



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

35. Jahrg.

Oktober 2010

Heft 10

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Actio pro socio und gesellschaftliche Treubindung
- BGH:** Sterbehilfe durch Abbruch einer medizinischen Behandlung
- BVerfG:** Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetze
- BGH:** E-B-V durch Änderung des Zuschlagsbeschlusses
- BVerfG:** Zulässigkeit der Beschlagnahme von Verteidigerpost
- BGH Bln/Bbg::** Verwirkung im Baunachbarstreit
- OVG Lüneburg:** Rechtsweg für Kontrolle eines kirchlichen Hausverbots



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

| | | |
|----|---|---|
| A. | Änderung der Vergütungsstrukturen im Bankenbereich..... | 1 |
| B. | Änderung des Wehrrechtsgesetzes..... | 2 |

Brandaktuell

| | | |
|------|---|---|
| BGH: | Sachmangel bei Vorfürswagen (älteres Modell nicht mangelhaft)..... | 3 |
|------|---|---|

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

| | | |
|-----------------|--|---|
| BGH: | actio pro socio (Gesellschafterliche Treubindung)..... | 4 |
| LG Saarbrücken: | Nachweis des Integritätsinteresses (nur beabsichtigte Eigenreparatur)..... | 7 |

Strafrecht

| | | |
|------|---|----|
| BGH: | Sterbehilfe (Behandlungsabbruch)..... | 11 |
| BGH: | Untreue (unterlassene Einzahlung eines Gewährleistungseinbehalts auf ein Sperrkonto) | 16 |

öffentl. Recht

| | | |
|--------------|--|----|
| OVG Münster: | öffentlich-rechtliche GoA (Kosten für Kinderbetreuung durch Eltern bei Krankheit auf Klassenfahrt)..... | 20 |
| BVerfG: | Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen (Bundesauftragsverwaltung)..... | 23 |

Kurzauslese I

| | | |
|-----------------|---|----|
| BGH: | Verjährungshemmung (nicht durch Klage eines Nichtberechtigten)..... | 27 |
| AG Siegburg: | Schadensersatzanspruch (Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten bei Verkehrsunfall)..... | 27 |
| BGH: | Ausgleichsanspruch (kein Schmerzensgeldanspruch)..... | 27 |
| BGH: | Totschlag (Rücktritt vom Versuch)..... | 28 |
| OLG Celle: | Einziehung (Zulässigkeit der Einziehung von Forderungen)..... | 28 |
| BGH: | Vergewaltigung (frühere Gewalteinwirkung als konkludente Drohung)..... | 29 |
| OLG Köln: | Urkundenfälschung (Ablösen behördlicher Aufkleber auf ausländischem Führerschein)..... | 29 |
| BSG: | Arbeitsunfall (Vorliegen einer Fahrgemeinschaft im unfallversicherungsrechtlichen Sinn)..... | 29 |
| OVG Greifswald: | Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts (nachträglicher Wegfall der Behördenzuständigkeit)..... | 30 |
| BGH: | Ampflichtverletzung (Nichtbeachtung einer Verwaltungsvorschrift)..... | 30 |
| OLG Frankfurt: | Speicherung von Schufa-Daten (Zulässigkeit)..... | 30 |

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

| | | |
|-------|---|----|
| BGH : | Änderung des Zuschlagsbeschlusses (E-B-V zwischen altem und neuem Ersteher)..... | 31 |
|-------|---|----|

Strafrecht

| | | |
|---------|--|----|
| BVerfG: | Beschlagnahme von Verteidigerpost (Zulässigkeit)..... | 35 |
|---------|--|----|

öffentl. Recht

| | | |
|---------------|---|----|
| OVG Bln/Bbg : | Rechtsbehelfsfrist des Nachbarn im Baurecht (nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis und Verwirkung) | 39 |
| OVG Lüneburg: | Rechtsschutz gegen kirchliches Hausverbot (Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Kontrolle) | 42 |

Kurzauslese II

| | | |
|----------------|--|----|
| BGH: | Restschuldbefreiung (Berücksichtigung einer Erbschaft) | 44 |
| BAG: | Scheinbeschluss (fehlende richterliche Unterschrift)..... | 44 |
| BGH: | selbstständiges Beweisverfahren (Anordnung der Klageerhebung ist unanfechtbar)..... | 44 |
| BGH: | Parteibezeichnung (Anforderungen)..... | 44 |
| KG: | Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids (per Fax)..... | 45 |
| OLG Stuttgart: | Vollstreckungsverfahren (einseitige Erledigungserklärung)..... | 45 |
| BGH: | Kindesmissbrauch (Konkurrenzen)..... | 45 |
| BGH: | Urteilszustellung (wirksame Zustellung an Pflichtverteidiger)..... | 46 |
| BGH: | Hauptverhandlung (Fortführung ohne den Angeklagten)..... | 46 |
| BVerwG: | Normenkontrollverfahren (Zulässigkeit bei ergänzendem Verfahren)..... | 46 |
| OVG Bautzen: | Anerkenntnisurteil (auch im Verwaltungsprozess)..... | 48 |
| BbgVerfG: | Verfassungsbeschwerde (keine Verfahrensaussetzung zur Erschöpfung des fachgerichtlichen Rechtswegs) | 48 |
| OVG Münster: | Zwangsgeldandrohung (Auswirkungen bei unterbliebener Zustellung)..... | 48 |

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

| | | |
|----------------|--|----|
| BGH: | Terminsgebühr (nicht durch Austausch von E-Mails) | 49 |
| OLG Köln: | Verfahrensgebühr (Erstattungsfähigkeit bei Berufungszurückweisung nach § 522 II ZPO)..... | 50 |
| OLG Hamburg: | Verschlechterungsverbot (keine Geltung im Beschwerdeverfahren)..... | 50 |
| OLG Oldenburg: | Beratungshilfe-Bewilligung (Bindungswirkung im Vergütungsfestsetzungsverfahren)..... | 51 |

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|--|--|----|
| OLG Koblenz: | Kostenerstattungsanspruch von Streitgenossen (unterschiedliche Prozessbevollmächtigte)..... | 51 |
| OVG Münster: | Prozesskostenhilfe (rückwirkende Bewilligung)..... | 52 |
| OLG Hamm: | Prozesskostenhilfe (unbeschränkte Beiordnung eines Rechtsanwalts nach Anwaltswechsel)..... | 52 |
| BGH: | Rechtsbeschwerde (Streit über die Vergütung des PKH-Anwalts)..... | 52 |
| Aus der Praxis | | |
| BGH: | Auseinandersetzung einer Freiberufersozietät (zulässige Werbung um Mandanten)..... | 53 |
| OVG Bremen: | anwaltliche Sorgfaltspflicht (Fristnotierung auf Klebezetteln)..... | 53 |
| BGH: | Prozesskostenhilfe (Gleichlauf von Anwaltsmandat und PKH-Beiordnung)..... | 53 |
| BGH: | PKH-Antrag per Fax (erforderliche Überprüfung des Sendeprotokolls)..... | 54 |
| OLG Düsseldorf: | Prozesskostenhilfe (Ratenzahlungsanordnung trotz Insolvenz des Antragstellers)..... | 54 |
| KG: | „demnächste“ Klagezustellung (angemessener Zeitraum zur Zahlung des Gerichtskostenvorschusses)..... | 54 |
| OLG Stuttgart: | Zustellung (Unterzeichnung des Empfangsbekanntnisses durch Assessor)..... | 55 |
| OLG München: | unrechtmäßige Pfändung (Nutzungsausfall für beschlagnahmtes TV-Gerät)..... | 56 |
| OLG Karlsruhe: | Beschwerde (Zulässigkeit der Zurückweisung nach § 522 II ZPO)..... | 56 |
| OLG Köln: | Pflichtverteidigerbestellung (Strafvollstreckungsverfahren)..... | 56 |
| Steuern | | |
| BFH: | Steuerberatungskosten (steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit)..... | 57 |
| BFH: | Korrektur eines Steuerbescheids (Rechtserheblichkeit neuer Tatsachen)..... | 59 |
| BAG: | Schwarzgeldabrede (keine Nettolohnvereinbarung)..... | 59 |
| Weitere Schriftumsnachweise | | 61 |
| Mandantenbrief | | 65 |

Aus der Gesetzgebung

A. Änderung der Vergütungsstrukturen im Bankenbereich

Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen vom 21.07.2010 – In-Kraft-Treten am 27.07.2010 (BGBl. I, S. 950)

I. Allgemeines

Die **Finanzmarktkrise** hat gezeigt, dass eine verfehlte Vergütungspolitik nicht nur die Stabilität einzelner Unternehmen, sondern auch die Finanzmarktstabilität im Allgemeinen gefährden kann, da die gängige Vergütungspraxis im Finanzsektor stark an kurzfristigen Kriterien ausgerichtet ist: Sie belohnt einseitig kurzfristigen Erfolg, ohne Misserfolg ausreichend zu sanktionieren. Damit verleitet sie dazu, den langfristigen und nachhaltigen Unternehmenserfolg aus dem Blick zu verlieren.

Bereits im Jahre **2009** hat die Bundesregierung ein **Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Bereich des Aktienrechts** auf den Weg gebracht. Nun sollen auch **Geschäftsleiter und Mitarbeiter im Bankenbereich hinsichtlich ihrer Vergütung neuen Regelungen unterworfen** werden, im **Versicherungsbereich auch Aufsichtsratsmitglieder**.

II. Ziele der gesetzl. Neuregelung

Mit dem Gesetz sollen die vom Financial Stability Board (FSB) entwickelten Prinzipien für solide Vergütungspraktiken in eine gesetzliche Regelung überführt werden. Das Gesetz liefert insbes. die **Rechtsgrundlage** dafür, dass **Einzelheiten zur Ausgestaltung der Vergütung durch eine Rechtsverordnung** des Bundesministeriums der Finanzen bzw. der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) **festgelegt werden können**.

Auf **europäischer Ebene** werden durch die sog. **CRD III-Richtlinie** weitere Anforderungen an die Vergütungssysteme von Kreditinstituten aufgestellt. Diese sind in den nationalen Regelungen, insbesondere in der Instituts-Vergütungsverordnung, bereits weitgehend berücksichtigt. Allerdings hat das Europäische Parlament den Richtlinien text nochmals geändert, nachdem das BMF seinen Entwurf der Instituts-Vergütungsverordnung veröffentlicht hat.

Die Richtlinie sieht nunmehr u. a. vor, dass die Anforderungen an Geschäftsleiter und Risikoträger auch für Mitarbeiter gelten, die in die gleiche Vergütungsbandbreite fallen wie diese. Außerdem werden freiwillige Pensionsleistungen in den Anwendungsbereich der Vergütungsanforderungen einbezogen. Die Frage, in welchem Umfang variable Vergütungsbestandteile bar ausgezahlt werden dürfen bzw. zurückbehalten werden müssen oder in nicht-baren Instrumenten auszuzahlen sind, ist in der Richtlinie teilweise anders geregelt als in der Instituts-Vergütungsverordnung.

Ein weiteres **Ziel des Gesetzes** ist, angesichts der wirtschaftlichen Situation eines Unternehmens **unangemessen hohe Bonuszahlungen zu unterbinden**. Die **Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)** soll dazu **stärkere Eingriffsrechte** bekommen. Sie kann die **Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile untersagen** oder auf einen bestimmten Anteil des Jahresergebnisses beschränken. Voraussetzung dafür ist, dass bestimmte aufsichtsrechtliche Anforderungen unterschritten wurden oder eine Unterschreitung droht.

B. Änderung des Wehrrechtsgesetzes

Gesetz zur Änderung wehr- und zivildienstrechtlicher Vorschriften 2010 vom 31.07.2010 – In-Kraft-Treten am 01.12.2010 (BGBl. I, S. 1052)

I. Änderungen im Wehrdienst

Kernpunkt der Gesetzesreform ist die **Verkürzung der Dauer des Wehrdienstes** von neun auf sechs Monate. Alle, die am 31.12.2010 bereits sechs oder mehr Monate Wehrdienst geleistet haben, beenden zu diesem Stichtag automatisch ihren Dienst. Die Möglichkeit, entsprechend dem ursprünglichen Einberufungsbefehl, neun Monate zu leisten, besteht jedoch weiterhin.

Künftig entfällt allerdings die Möglichkeit, seinen Wehrdienst in Etappen zu leisten. Früher war es noch möglich, nach sechsmonatigem Grundwehrdienst die restlichen drei Monate in zwei weiteren Abschnitten abzuleisten. Dies entfällt, da der Wehrdienst auf sechs Monate verkürzt wurde.

Gleichzeitig verkürzt sich auch der Erholungsurlaub von neun auf sechs Tage, je einen Tag pro Monat.

II. Änderungen im Zivildienst

Auch alle Zivildienstleistenden, die ab dem 01.07. 2010 ihren Dienst antreten, müssen künftig **nur noch sechs Monate Zivildienst** leisten. **Auf freiwilliger Basis kann** die Pflichtzeit um mindestens drei und höchstens sechs weitere Monate freiwilligen Dienst **verlängert werden**.

Zivildienstleistende, die am 31.12.2010 sechs Monate oder länger Dienst geleistet haben, scheiden mit Ablauf dieses Tages aus. Sie können aber auf eigenen Wunsch und Antrag auch noch neun Monate Dienst zu den bisherigen Bedingungen leisten.

Die Pflicht, Zivildienst zu leisten, erlischt, wenn ein „**Anderer Dienst im Ausland**“ nach § 14b Zivildienstgesetz oder ein „**Freiwilliges Jahr**“ nach § 14c Zivildienstgesetz von acht Monaten Dauer (bisher elf Monate) geleistet wurde.

III. Auswirkungen auf den Dienst im Zivil- u. Katastrophenschutz

Für den **Dienst im Zivil- und Katastrophenschutz** freigestellte Helfer müssen ab dem 01.12.2010 nur noch **vier Jahre Dienst** leisten, anstelle der bisherigen sechs Jahre.

Zum 01.12.2010 werden zudem **Übergangsregelungen** (§ 53 III WPfIG n.F. bzw. § 81 V ZDG n.F.) eingeführt: Danach sind Helfer, die sich nach alter Rechtslage zu einer sechsjährigen Mitwirkung verpflichtet haben, auf einen entsprechenden Antrag hin aus der Verpflichtung zu entlassen, wenn sie am 30.11.2010 oder später die neu vorgesehene vierjährige Mitwirkungsdauer erbracht haben. Das vom Gesetz vorgesehene **Antragsverfahren** macht es erforderlich, dass in jedem Einzelfall geprüft wird, ob die neue Mindestverpflichtungszeit von vier Jahren erbracht worden ist. Bei der Prüfung ist insbes. zu berücksichtigen, inwieweit genehmigte Unterbrechungen der Mitwirkung (z.B. durch Sonderurlaub) auf die Mitwirkungsdauer anzurechnen sind. Hierfür gilt, wie bereits nach alter Rechtslage, dass von der zuständigen Behörde genehmigte Unterbrechungen von bis zu sechs Monaten auf die Verpflichtungszeit anzurechnen sind.

Brandaktuell

BGB
§ 434

Sachmangel bei Vorführwagen älteres Modell nicht mangelhaft

BGB

(BGH in Pressemitteilung Nr. 175/2010– Urteil vom 15.09.2010, Az.: VIII ZR 61/09)

Fall: Der Kläger kaufte im Juni 2005 vom Beklagten, einem Händler, unter Verwendung eines Bestellformulars für gebrauchte Wohnmobile ein vom Verkäufer als Vorführwagen genutztes Wohnmobil. In dem Kaufvertrag sind der abgelesene Kilometer-Stand und die «Gesamtfahrleistung laut Vorbesitzer» mit 35 Kilometern angegeben. In der Zeile «Sonstiges» heißt es: «Vorführwagen zum Sonderpreis ...». Die Fahrzeugübergabe fand im Juli 2005 statt; die Erstzulassung erfolgte auf den Kläger. Im November 2005 erfuhr der Käufer auf einer Messe, dass es sich bei dem Wohnmobil um einen Aufbau aus dem Jahr 2003 handelt. Unter Berufung darauf erklärte er im März 2007 den Rücktritt vom Kaufvertrag. Mit seiner Klage begehrt er die Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 64.000 Euro Zug um Zug gegen Rückübereignung des Wohnmobils. Hat er hierauf einen Anspruch?

Der Kläger könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückübereignung des Wohnmobils nach §§ 437 Nr. 2, 323, 326 V, 346 I BGB haben.

Dann müssen überhaupt die Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung nach § 437 BGB vorliegen, das Wohnmobil müsste also bei Gefahrübergang, also **bei Übergabe (§ 446 BGB)** mangelhaft i.S.d. § 434 BGB gewesen sein.

In der vertraglichen Vereinbarung, dass ein **Vorführwagen** veräußert wird, könnte eine **Beschaffenheitsvereinbarung** nach § 434 I 1 BGB zu sehen sein.

Bereits zuvor hatte der BGH bei Kauf eines „**Neuwagens**“ ausgesprochen, dass hierin in der Regel die konkludente Zusicherung des Kfz-Händlers liegt, dass das verkaufte Fahrzeug „**fabrikneu**“ ist. Ein als Neuwagen verkaufter Pkw ist **nicht mehr „fabrikneu“**, wenn das betreffende Modell im Zeitpunkt des Verkaufs **nicht mehr unverändert hergestellt** wird. (BGH NJW 2000, 2018). Zudem ist ein unbenutztes Kraftfahrzeug auch nicht mehr fabrikneu, wenn es durch **längere Standzeit bedingte Mängel** aufweist oder wenn **zwischen Herstellung des Fahrzeugs und Abschluss des Kaufvertrags mehr als zwölf Monate** liegen (BGH NJW 2004, 160). Für den Verkauf eines „**Jahreswagens**“ hatte der BGH ausgesprochen, dass ein von einem Kraftfahrzeughändler als „Jahreswagen“ verkauftes Gebrauchtfahrzeug regelmäßig **nicht der vereinbarten Beschaffenheit**, entspricht wenn **zwischen der Herstellung und der Erstzulassung mehr als zwölf Monate** liegen (BGH NJW 2006, 2694).

Es stellt sich also die Frage, ob bei dem Verkauf eines Fahrzeugs als „Vorführwagen“ beim Käufer die berechtigte Erwartung geweckt wird, dass es sich um ein neueres Fahrzeug handelt, dass nicht schon mehrere Jahr alt ist.

*„Unter einem **Vorführwagen** ist ein **gewerblich genutztes Fahrzeug** zu verstehen, das einem Neuwagenhändler im Wesentlichen zum Zwecke der Vorführung (Besichtigung und Probefahrt) gedient hat und noch nicht auf einen Endabnehmer zugelassen war. Die Beschaffenheitsangabe „Vorführwagen“ umfasst hingegen keine **Vereinbarung über das Alter des Fahrzeugs oder die Dauer seiner bisherigen Nutzung** als Vorführwagen. Soweit mit der Bezeichnung „Vorführwagen“ häufig die Vorstellung verbunden ist, dass es sich regelmäßig um ein neueres Fahrzeug handelt, beruht dies allein darauf, dass ein Vorführwagen im Allgemeinen nur für **kürzere Probefahrten** genutzt wird und auch als **Ausstellungsobjekt** keiner größeren Abnutzung unterliegt. Ein Rückschluss auf das Alter des Vorführwagens kann angesichts dessen nur aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles gerechtfertigt sein. Derartige Umstände waren hier jedoch nicht gegeben.“* (BGH aaO)

Eine **Beschaffenheitsvereinbarung** nach § 434 I 1 BGB dahingehend, dass das Fahrzeug ein **neueres Modell** ist, **liegt** damit **nicht vor**. Weitere Anhaltspunkte für eine Mangelhaftigkeit nach § 434 I 1 BGB wegen des Fehlens einer vereinbarten Beschaffenheit, nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB wegen der Nichteignung zu einem vereinbarten Verwendungszweck oder nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB wegen des Fehlens der üblichen Beschaffenheit oder Verwendungseignung liegen nicht vor.

Ergebnis: Der Kläger hat keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückübereignung des Wohnmobils nach §§ 437 Nr. 2, 323, 326 V, 346 I BGB.

Entscheidungen materielles Recht

HGB
§ 161, 105

actio pro socio
Gesellschafterliche Treubindung

BGB

(BGH in NJW-RR 2010, 1123; Beschluss vom 26.04.2010 – II ZR 69/09)

1. Mit der actio pro socio kann ein nicht vertretungsberechtigter Gesellschafter **Sozialansprüche der Gesellschaft** gegen Mitgesellschafter geltend machen.
2. Sie hat ihre **Rechtsgrundlage** im **Gesellschaftsvertrag** und ist Ausfluss der Mitgliedschaftsrechte aller Gesellschafter.
3. Nach h.M. handelt es sich um einen Fall **quasigesetzlicher Prozessstandschaft**, so dass der Gesellschafter in eigenem Namen ein fremdes Recht geltend macht und auf Leistung an die Gesellschaft klagt.
4. Die actio pro socio ist **nicht subsidiär** gegenüber eine Gesamthandsklage oder eine Klage des Geschäftsführers.
5. Nach h.M. **erstreckt** sich die **Rechtskraft** des durch die actio pro socio erwirkten Urteils des Gesellschafters **nicht auf die Gesellschaft**.
6. Die Berufung auf die actio pro socio wird nur **beschränkt** durch die **Treuepflicht** des Gesellschafters **gegenüber der Gesellschaft und seinen Mitgesellschaftern**.

Fall: Die Parteien streiten um einen Anspruch der V-GmbH & Co. KG auf Rückgewähr vom Bekl. vorgenommener Entnahmen durch die Kl. im Wege der actio pro socio. Der Bekl. bestreitet die Entnahmen nicht, bringt jedoch vor, die Geltendmachung des Anspruchs der V-GmbH & Co. KG auf Rückgewähr vom Bekl. vorgenommener Entnahmen durch die Kl. im Wege der actio pro socio verstoße gegen Treu und Glauben, weil ihm bei Feststellung der Jahresabschlüsse der Gesellschaft für die Geschäftsjahre 2003/2004–2005/2006, Gewinnansprüche in Höhe der entnommenen Gelder zustünden und die Kl. die Feststellung der betreffenden Jahresabschlüsse aus sachfremden Erwägungen blockiere.

Bei den Ansprüchen auf Rückgewähr unberechtigter Entnahmen handelt es sich um Sozialansprüche, die auch der Kl. als Gesellschafter der KG in eigenem Namen im Wege der actio pro socio geltend machen kann.

I. Grundlagen der actio pro socio

Geht es um die Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft, so können diese grds. nur von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern geltend gemacht werden.

Etwas anderes gilt jedoch für die gesellschaftsvertraglichen **Ansprüche zwischen der KG/OHG und ihren Gesellschaftern**, sog. Sozialansprüche und Sozialverpflichtungen. Diese Ansprüche der Gesellschaft gegen Mitgesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag werden entweder von der Gesellschaft selbst oder durch einzelne Gesellschafter mit der **actio pro socio** geltend gemacht. Hierbei erhebt der Gesellschafter Klage in eigenem Namen gerichtet auf Zahlung an die Gesellschaft.

Die Rechtsfigur der actio pro socio ist **zwischenzeitlich anerkannt** (ständige Rspr., BGHZ 10, 91, 101; 25, 47, 49; 76, 170; K. Schmidt GesR § 21 IV 4 b, § 59 III 3 d; Erman/H. P. Westermann Rn 57; Soergel-Hadding Rn 49; MüKo-Ulmer Rn 204). Sie findet ihre **Rechtsgrundlage** nach heute h.M. im **Gesellschaftsvertrag** und ist **Ausfluss der Mitgliedschaft** jedes einzelnen Gesellschafters (BGH NJW 1992, 1890, 1892; Soergel/Hadding Rn 50; MüKo-Ulmer Rn 207).

Es sind jedoch zahlreiche Einzelfragen umstritten.

1. actio pro socio als Prozessstandschaft

Obwohl die mit einer actio pro socio geltend gemachten **Sozialansprüche zum Gesamthandsvermögen** der Gesellschaft gehören, ging die **früher h.M.** davon aus, dass

der Gesellschafter ein **eigenes Recht** geltend macht. Dies wurde damit begründet, dass sich die Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben, deren Vertragsparteien sämtliche Gesellschafter sind, die einander die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen schulden (vgl. (vgl. MüKo-Ulmer § 705, Rn 207 m.w.N.).

Heute entspricht es der h.M., dass die Rechtsfigur der actio pro socio prozessual ein Fall der **Prozessstandschaft** ist (vgl. BGH NJW 2000, 505, 506; (Erman/H. P. Westermann Rn 57; MüKo/Ulmer Rn 208; Wiedemann GesR I § 8 IV 1 c; Baumbach/Hopt § 109 HGB Rn 32; Grunewald GesR 1. Aufl. Rn 61; K. Schmidt GesR § 21 IV 4 b).).

Allerdings begründet die actio pro socio **nur die Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis**, nicht aber die Befugnis des Gesellschafters, materiell über den Anspruch, etwa durch Erlass oder Vergleich, zu verfügen (Soergel-Hadding Rn 50; Wiedemann GesR I § 8 IV 1 c aa); Bamberger/Roth- Schöne § 705 Rn 117).

2. Einordnung der Prozessstandschaft

a) Arten der Prozessstandschaft

Es sind zwei Arten der Prozessstandschaft zu unterscheiden

- Gesetzliche Prozessstandschaft

Hier ergibt sich die Befugnis, ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend zu machen aus einer gesetzlichen Regelung (z.B. Insolvenzverwalter, § 85 InsO oder Testamentsvollstrecker, §§ 2212, 2213 BGB).

- Gewillkürte Prozessstandschaft

Die gewillkürte Prozessstandschaft setzt eine **Ermächtigung** durch den Rechtsträger voraus, die nur wirksam ist, wenn das Recht, um das gestritten wird, an einen Dritten **übertragbar** ist. Zudem muss der Prozessstandschafter ein **eigenes, rechtsschutzwürdiges Interesse** an der Geltendmachung des Rechts in eigenem Namen haben.

b) Die actio pro socio

Für die actio pro socio ist es um **umstritten**, ob es sich um einen Fall der gesetzlichen oder gewillkürten Prozessstandschaft handelt.

aa) actio pro socio als gewillkürte Prozessstandschaft

Teilweise wird vertreten, dass es sich bei der actio pro socio um einen Fall der gewillkürten Prozessstandschaft handele. Dies wird damit begründet, dass sich die Befugnis zur Klage auch des nicht geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafters letztlich im Wege **ergänzender Vertragsauslegung** aus dem Gesellschaftsvertrag ergäbe (vgl. Hadding S 58 ff; Soergel/Hadding Rn 50; Erman/H. P. Westermann Rn 57).

bb) actio pro socio als gesetzliche Prozessstandschaft

Überwiegend wird die actio pro socio den Fällen der gesetzlichen Prozessstandschaft zugeordnet. Es handelte sich um eine **quasigesetzliche Befugnis kraft ungeschriebenen (Gewohnheits-)Rechts**. In ihren Wirkungen entspricht sie nach wohl h.M. einer gesetzlichen, d.h. die Eigenbefugnisse der Gesellschaft nicht einschränkenden Prozessstandschaft (vgl. MüKo/Ulmer, § 705 BGB Rn 209)

3. Voraussetzungen der Berufung auf die actio pro socio

Teilweise wird vertreten, dass das Handeln im Rahmen der actio pro socio nur zulässig ist, die **Notwendigkeit einer Klageerhebung** durch den nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter nachgewiesen wird. Dessen Klage sei **subsidiär** gegenüber eine Klage durch den Geschäftsführer (vgl. MüKo/Ulmer, § 705 BGB Rn 210; Erman/Westermann § 705 BGB, Rn 59).

Nach Rspr. und vorherrschender Meinung in der Lit. ist die actio pro socio dagegen kein bloßes Hilfsrecht, sondern auf Grund der **Minderheitenschutzfunktion** als **generelle Kontrollbefugnis** des einzelnen Gesellschafters nicht an weitere Voraussetzungen geknüpft (BGHZ 25, 47, 50 = NJW 1957, 1358; Baumbach-Hopt § 109 HGB Rn 32; Flume Bd I/1 § 10 IV; Wiedemann GesR I § 8 IV 1 c aa).

Beschränkt wird die actio pro socio insoweit nur durch die **Treuepflicht** (BGHZ 25, 47, 50 = NJW 1957, 1358; Wiedemann GesR I § 8 IV 1 c aa; Staudinger/Habermeier Rn 47; Bamberger/Roth- Schöne § 705 Rn 120)

4. Folgen einer Gesellschafterklage für eine Gesamthandsklage

Entschließt sich die Gesellschaft zu einer Gesamthandsklage, so kann dieser aus dem Verfahren der actio pro socio **weder** der **Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit** **noch** der **entgegenstehender Rechtskraft** entgegengehalten werden. Nach h.M. erstreckt sich die Rechtskraft des durch die actio pro socio erwirkten Urteils des Gesellschafters nicht auf die Gesellschaft (BGHZ 78, 1, 7; 79, 245, 249; MüKo/Ulmer Rn 214; aA Soergel-Hadding Rn 50; Bamberger/Roth- Schöne § 705 Rn 120).

II. Anwendung auf den Fall

Weitere Voraussetzungen außer der Gesellschafterstellung des Kl. müssen nach h.M. (s.o.) nicht vorliegen, allerdings wird die Befugnis zur Klage im Rahmen der actio pro socio durch die **Treuepflicht** des Klägers gegenüber der Gesellschaftern und der Gesellschaft beschränkt (BGHZ 25, 47, 50 = NJW 1957, 1358; Wiedemann GesR I § 8 IV 1 c aa; Staudinger/Habermeier Rn 47; Bamberger/Roth- Schöne § 705 Rn 120). Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob der Bekl. dem Kl. ein persönlich rechtsmissbräuchliches Verhalten vorwerfen kann.

*„Der Umstand, dass die Kl. im Wege der actio pro socio einen Anspruch der Gesellschaft geltend macht, steht dem an ein Verhalten der Kl. anknüpfenden Einwand des Rechtsmissbrauchs nicht entgegen. **Unabhängig** davon, ob man die Befugnis des Gesellschafters, Sozialansprüche der Gesellschaft im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen und auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen, dogmatisch als **eigenen materiell-rechtlichen Anspruch** des Gesellschafters oder als **Form der Prozessstandschaft** einordnet (zum Streitstand vgl. nur Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl., § 105 Rn 265 m.w.N.), findet die actio pro socio ihre **Grundlage im Gesellschaftsverhältnis** und ist **Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts** des Gesellschafters (BGH, NJW 1992, 1890 = ZIP 1992, 758 [760]).*

*Die Ausübung der Klagebefugnis unterliegt daher der **gesellschafterlichen Treuepflicht** und kann sich unter diesem Blickwinkel nach den konkreten Gesellschaftsverhältnissen, zu denen auch das **Verhalten des** sich auf die Befugnis berufenden **Gesellschafters** gehört, als **rechtsmissbräuchlich** darstellen (BGHZ 25, 47 [50] = NJW 1957, 1358; BGH, NJW-RR 2008, 1252 = NZG 2008, 622 = WM 2008, 1453 [1454]).“ (BGH aaO)*

Da das Berufungsgericht diese Fragen aber nicht geprüft hatte, wurde das Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

**Nachweis des Integritätsinteresses
nur beabsichtigte Eigenreparatur**

(LG Saarbrücken in NJW-RR 2010, 2359; Urteil vom 14.05.2010 – 13 S 178/09)

1. Der Geschädigte hat grds. die **freie Wahl** zwischen einer **Reparatur** und einer **Ersatzbeschaffung**.
2. Ist die Reparatur teurer als die Ersatzbeschaffung führt der Schutz des **Integritätsinteresses** dazu, dass Reparaturkosten geltend gemacht werden können, die den **Wiederbeschaffungswert um bis zu 30 % übersteigen**.
3. Die Inanspruchnahme dieser 30 % Grenze setzt die **Betätigung des Integritätsinteresses voraus**.
4. Dieses ist **grundsätzlich anzunehmen**, wenn die **Reparatur** ein einer dem Gutachten gleichwertigen Weise **durchgeführt** und das Fahrzeug mindestens **6 Monate weiter genutzt** wurde.
5. In diesem Rahmen ist grundsätzlich auch eine **Eigenreparatur zulässig**.
6. Kann diese nicht **zunächst nicht durchgeführt** werden, weil die finanziellen Mittel fehlen und auch ein Darlehen nicht erlangt werden kann, so ist die Anerkennung eines **Integritätsinteresses** zwar **nicht ausgeschlossen**, bedarf aber einer **besonders kritischer Prüfung**.
7. **Nicht ausreichend** ist die **bloße Absichtserklärung**. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Möglichkeit der Fremdreparatur gegen Vorfinanzierung durch den Schädiger besteht und die Eigenreparatur bei dem Geschädigten nur einen ganz geringen Finanzierungsaufwand auslösen würde.
8. Für die Bestimmung des **Restwertes** ist der **regionale Markt** maßgeblich. Der Geschädigte muss sich nicht auf die Verwertungsmöglichkeit in einer regionalen Restwertbörse verweisen lassen. Dies beschränkt seine Dispositionsbefugnis zu stark.
9. Die Feststellungen zum Restwert in einem **Sachverständigengutachten** sind nur maßgeblich, wenn dieser **mindestens 3 Angebote** auf dem regionalen Markt **eingeholt** hat.

Fall: Die Kl. macht restlichen Schadensersatz aus einem Verkehrsunfall geltend, der sich auf dem Gelände der Firma X ereignete und für den die Bekl. in vollem Umfang einstandspflichtig sind. Die Kl. behauptet, sie beabsichtige, das Fahrzeug in eigener Regie zu reparieren. Dies sei ihr angesichts ihrer Einkünfte von – unstreitig – 75 Euro Praktikantenvergütung und 164 Euro Kindergeld nicht möglich, da ihr auf Grund ihrer wirtschaftlichen Situation kein Kredit zur Vorfinanzierung gewährt werde. Der Wiederbeschaffungswert beträgt 2.800 Euro brutto. Die Reparaturkosten belaufen sich auf 3.093,08 Euro brutto = 2.599,23 Euro netto, wobei der Anteil des Materials 912,23 EUR netto = 1.085,60 Euro brutto beträgt.

Die Kl. macht auf der Grundlage des vorgelegten Gutachtens voraussichtliche Reparaturkosten in Höhe von netto 2.599,23 Euro sowie eine Auslagenpauschale von 25 Euro geltend abzgl. bereits gezahlter 419 Euro geltend. Das Sachverständigengutachten wies ohne Bezugnahme auf eingeholte Gutachten einen Restwert von 500 Euro aus. Die Bekl. verwies die Kl. dagegen auf Angebote in einer überregionalen Gebrauchtwagenbörse von 1.300 Euro. Der gerichtlich bestellte Sachverständige kam zu einem Restwert von 1.000,00 € Steht ihr ein Anspruch in dieser Höhe zu?

I. Wahlmöglichkeit zwischen Reparatur und Wiederbeschaffung

Der Umfang des Schadensersatzanspruchs der Kl. bestimmt sich nach § 249 BGB. Der Geschädigte, der es nach einem Sachschaden selbst in die Hand nimmt, den **früheren Zustand herzustellen**, ist gemäß § 249 II 1 BGB berechtigt, vom Schädiger den dazu erforderlichen Geldbetrag zu verlangen. Bei einem **Sachschaden an einem Kraftfahrzeug** kann der Geschädigte grundsätzlich wahlweise **entweder die Kosten für die Reparatur oder für die Anschaffung eines (gleichwertigen) Ersatzfahrzeugs** verlangen (BGHZ 162, 161 = NJW 2005, 1108).

II. 130 % Grenze und Integritätsinteresse

Zugleich ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Geschädigte hierbei nur die **Kosten** ersetzt verlangen darf, die **zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands erforderlich** sind. Problematisch ist die Ausübung des Wahlrechts daher dann, wenn die Reparatur höhere Kosten verursacht als die Ersatzbeschaffung. Gleichwohl erkennt die ständige Rechtsprechung den von § 249 BGB intendierten **Schutz des Integritätsinteresses** an.

*„Dabei kann der Geschädigte **Kosten der Instandsetzung**, die den **Wiederbeschaffungswert bis zu 30% übersteigen**, verlangen, wenn die **Reparatur fachgerecht** und in einem **Umfang** durchgeführt wird, wie ihn der Sachverständige zur **Grundlage seiner Kostenschätzung** gemacht hat. Denn bei der Entscheidung, ob und gegebenenfalls welchen Aufwand der Geschädigte für die Reparatur seines Fahrzeugs ersetzt verlangen kann, ist zu bedenken, dass **nur die Reparatur des dem Geschädigten vertrauten Fahrzeugs** regelmäßig sein **Integritätsinteresse zu befriedigen** vermag (BGHZ 162, 161 = NJW 2005, 1108).“ (LG Saarbrücken, aaO)*

Diese 130 % Grenze müsste hier überhaupt eingehalten werden.

1. Berücksichtigung der MwSt. bei Vergleichsberechnung für Eigenreparatur

*„Im Rahmen der danach durchzuführenden Vergleichsberechnung sind die **Brutto-Reparaturkosten** (vgl. BGH, NJW 2009, 1340) **zuzüglich der Wertminderung** den Wiederbeschaffungskosten gegenüberzustellen, wobei der **Restwert außer Betracht** zu lassen ist (vgl. BGH, NJW 1992, 303). Das gilt auch, wenn hier eine Eigenreparatur beabsichtigt ist. Zwar kann nach § 249 II 2 BGB **Mehrwertsteuer nur verlangt** werden, soweit sie **tatsächlich angefallen** ist. Im Rahmen der hier durchzuführenden Vergleichsberechnung geht es aber um die **wertende Betrachtung**, unter welchen Umständen die Reparatur eines total beschädigten Fahrzeuges noch als ausreichend wirtschaftlich angesehen werden kann (vgl. BGH NJW 2009, 1340).“ (LG Saarbrücken aaO)*

Die für den Fall einer Reparatur in einer Fachwerkstatt anfallende Mehrwertsteuer ist daher bei der Vergleichsberechnung zu berücksichtigen.

2. Berechnung

Die durch das Gutachten des Sachverständigen auf voraussichtlich brutto 3093,08 Euro geschätzten Reparaturkosten zuzüglich einer Wertminderung von 200 Euro – insgesamt 3.293,08 Euro – den Wiederbeschaffungswert von voraussichtlich brutto 2.800 Euro um rund 18%, so dass die 130 % Grenze noch eingehalten wird.

III. Integritätsinteresse bei noch nicht durchgeführter Reparatur nicht ausgeschlossen

Die Klägerin kann aber nur dann den Ersatz der Reparaturkosten auch bis zu 30 % über dem Wiederbeschaffungswert verlangen, wenn sie ihr **Integritätsinteresse** auch **betätigt** hat.

*„Dieses ist nach ständiger Rechtsprechung gegeben, wenn der Geschädigte das **Fahrzeug** nach tatsächlich durchgeführter Reparatur **in Gebrauch** nimmt, wobei regelmäßig eine Eigennutzung von **mindestens sechs Monaten** erforderlich ist (vgl. BGH, NJW 2008, 2183; NJW 2008, 439). Eine **Erstattung der bei Reparatur in einer Fachwerkstatt anfallenden Reparaturkosten bis zu 130% des Wiederbeschaffungswertes** kommt **auch dann in Betracht**, wenn die **Reparatur in Eigenregie** erfolgt (vgl. BGHZ 54, 82 = NJW 1970, 1454; BGH, NJW 1992, 1618 = VersR 1992, 710; Knerr, in: Geigel, Der Haftpflichtprozess, 24. Aufl. [2004], Kap. 3 Rn 25).“ (LG Saarbrücken aaO)*

Dies setzt grundsätzlich voraus, dass die Reparatur durchgeführt wurde. Die Kl. konnte die Reparatur jedoch aus finanziellen Gründen bislang nicht durchführen. Allerdings sollen nach einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen **Auffassung** Reparaturkosten bis zu 130% der **Wiederbeschaffungskosten auch ohne Durchführung einer Reparatur** erstattungsfähig sein, wenn dem Geschädigten die **Vorfinanzierung** einer Reparatur **weder mit eigenen Mitteln noch durch Aufnahme eines Darlehens möglich** ist (vgl. OLG Oldenburg, DAR 2004, 226 = BeckRS 2008, 18831; OLG München, NJW-RR 1999, 909; Halm/Fritz, in: Himmelreich/Halm, Hdb. der Kfz-Schadenregulierung, 2009, Kap. E Rn 47; Knerr, in: Geigel, Kap. 3 Rn 25; offen gelassen von OLG Naumburg, Urte. v. 13. 7. 2005 – 12 U 17/05).

*„Diese Auffassung geht im Ausgangspunkt **zutreffend** davon aus, dass das Erfordernis einer tatsächlichen **Durchführung der Reparatur keine eigenständige Anspruchsvoraussetzung** des Schadensersatzanspruchs ist. Ein solches Tatbestandsmerkmal ist dem Gesetz fremd. Insofern gilt gleiches wie hinsichtlich des Merkmals der sechsmonatigen Eigennutzung (vgl. BGHZ 178, 338 = NJW 2009, 910). Die tatsächliche Durchführung der Reparatur begründet lediglich ein **Indiz für das Vorhandensein eines Integritätsinteresses**, das es rechtfertigt, einen Anspruch über den Wiederbeschaffungswert hinaus zuzubilligen. Dies liegt schließlich auch in der Konse-*

quenz der Annahme, dass der Schadensersatzanspruch grundsätzlich sofort fällig wird, selbst wenn der Umfang der Ersatzpflicht erst nach einiger Zeit feststellbar ist (vgl. BGHZ 178, 338 = NJW 2009, 910).

Die Kammer teilt auch die Einschätzung, dass die **Erstattung von Reparaturkosten grundsätzlich möglich** sein kann, wenn der Geschädigte eine **Reparatur nicht vorfinanzieren** kann, er jedoch sein Integritätsinteresse anderweitig belegt. Nach § 249 I 1 BGB soll der Geschädigte bis zur Höhe des Integritätszuschlags unter **zwei grundsätzlich gleichwertigen Arten der Schadensbehebung** – Reparatur oder Ersatzbeschaffung – **frei wählen** können. Dieses Wahlrecht würde in unzulässiger Einschränkung der Dispositionsbefugnis des Geschädigten verkürzt, wollte man den **nicht vermögenden Geschädigten** generell auf eine **Abrechnung auf Totalschadensbasis** verweisen (vgl. BGHZ 178, 338 = NJW 2009, 910). Das gilt grundsätzlich auch für den Fall, dass der Geschädigte eine **Eigenreparatur beabsichtigt**. Wenn man dem Geschädigten – in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGHZ 54, 82 = NJW 1970, 1454) – **grundsätzlich die Möglichkeit zugesteht**, unter **Einsatz besonderer Fähigkeiten** und der eigenen Freizeit eine **kostengünstigere Reparatur** vorzunehmen und dabei gleichwohl Kosten bis zur Höhe der bei Fremdreparatur anfallenden Höhe zu liquidieren, ist es konsequent, diese Möglichkeit der unermöglichten Partei nicht allein auf Grund ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse zu nehmen.“ (LG Saarbrücken aaO)

IV. Anforderungen Nachweis des Integritätsinteresses bei nur beabsichtigter Reparatur

Wird das Vorhandensein des Integritätsinteresses nicht schon durch die Durchführung der Reparatur indiziert, so muss seine anderweitige Betätigung sorgfältig geprüft werden.

„Dies gebietet der **Schutz des Schädigers** vor einem ansonsten **leicht möglichen Missbrauch**. Dabei kann dahinstehen, ob überhaupt noch Raum für eine Vollstreckungsgegenklage oder eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung ist, wenn sich das Gericht bei Prüfung des Integritätsinteresses im Rahmen des Schadensersatzprozesses bereits mit der Frage befasst hat, ob der Geschädigte die Durchführung einer Reparatur beabsichtigt. Jedenfalls wäre der Schädiger einem **erheblichen Ausfallrisiko** ausgesetzt, da gerade dann, wenn der Geschädigte mangels finanzieller Mittel keine Reparatur vorfinanzieren kann, ein **erhöhtes Risiko der Insolvenz** oder jedenfalls der Erfolglosigkeit einer Zwangsvollstreckung besteht.

Wenn in Anbetracht dieser Risikoverteilung der Geschädigte auf einer **Eigenreparatur besteht**, obwohl ihm mit der **Möglichkeit einer Fremdreparatur** durch einen anerkannten Reparaturbetrieb, gegen deren Vorfinanzierung sich der Schädiger – wie auch hier – kaum wehren wird, eine **alternative Möglichkeit zur vollständigen Schadensstellung** zur Verfügung steht, so **genügt die bloße Absichtserklärung**, eine Reparatur durchführen zu wollen, zur Manifestierung des Integritätsinteresses **nicht**. Das gilt insbesondere dann, wenn die Eigenreparatur nur einen ganz geringen Finanzierungsaufwand bei dem Geschädigten auslösen würde.“ (LG Saarbrücken aaO)

V. Anwendung auf den Fall

„Wäre der klägerische Vortrag zutreffend, hätte es **nahegelegen**, bereits die erfolgte **Teilzahlung** zu nutzen, um hiervon **Reparaturteile zu erwerben** und mit der Reparatur zu beginnen, zumal nach dem Parteigutachten ... davon auszugehen war, dass die bei Eigenreparatur allein anfallenden Materialkosten von netto 912,23 Euro, entsprechend brutto 1085,60 Euro bereits in Höhe von 394 Euro (Teilzahlung 419 Euro abzüglich Pauschale 25 Euro) gedeckt waren und die Kl. immerhin über ein – wenn auch geringes – Einkommen verfügt. Wenn sich die Kl. vorliegend gleichwohl dazu entschloss, ihren **provisorisch instandgesetzten Pkw ohne Vornahme einer Schadensbehebung längerfristig weiterzunutzen**, verbleiben für die Kammer im Ergebnis nicht zu überwindende **Zweifel an ihrer tatsächlichen Reparaturabsicht**, ungeachtet der Frage, ob die Kl., die ein Vorpraktikum als Erzieherin absolvierte, überhaupt über die technischen Voraussetzungen für eine fachgerechte Eigenreparatur verfügt.“ (LG Saarbrücken aaO)

Danach hat die Kl. ihr Integritätsinteresse hier nicht hinreichend dargetan. Ihre Behauptung, sie habe eine Eigenreparatur beabsichtigt, diese jedoch aus finanziellen Gründen nicht durchführen können, ist nicht nachvollziehbar.

VI. Schadensberechnung auf Totalschadensbasis

Der der Kl. zustehende Schadensersatz ist daher auf Totalschadensbasis zu berechnen.

„Da die Kl. ihr Integritätsinteresse nicht nachgewiesen hat, kann sie lediglich den Wiederbeschaffungsaufwand abzüglich der Reparaturkosten geltend machen (BGH, NJW 2005, 1108 = VersR 2005, 663).“ (LG Saarbrücken aaO)

1. Berücksichtigung des Restwertes

Da bei Berechnung auf der Grundlage einer Ersatzbeschaffung aber das verunfallte Fahrzeug in Besitz der Kl. bleibt, muss sie sich von der ihr zustehenden Schadensersatzleistung den Restwert in Abzug bringen lassen. Fraglich ist allerdings, von welchem Restwert hier auszugehen ist.

a) Verweis auf überregionale Restwertaufkäuferbörse

„Der Geschädigte ist **grundsätzlich nicht verpflichtet**, einen **Markt für Restwertaufkäufer** in Anspruch zu nehmen und kann vom Schädiger nicht auf einen höheren Restwerterlös verwiesen werden,

der auf einem Sondermarkt durch spezialisierte Restwertverkäufer erzielt werden könnte. Zwar können besondere Umstände dem Geschädigten Veranlassung geben, **ohne weiteres zugängliche günstigere Verwertungsmöglichkeit** wahrzunehmen. Derartige Ausnahmen, deren Voraussetzungen zur Beweislast des Schädigers stehen, müssen jedoch in engen Grenzen gehalten werden, da ansonsten die **Dispositionsbefugnis** des Geschädigten **unterlaufen** würde, dem die von der Versicherung gewünschten Verwertungsmodalitäten aufgezwungen würden (BGH, NJW 2010, 605 = VersR 2010, 130; NJW 2007, 1674 = ZfS 2007, 382; NJW 2007, 2918 = ZfS 2007, 631; LG Saarbrücken, Urt. v. 17. 11. 2008 – 13 S 124/08 = BeckRS 2009, 88080).“ (LG Saarbrücken aaO)

Die von den Bekl. vorgelegten Restwertangebote sind nicht zu Grunde zu legen, da sie sich ganz überwiegend nicht auf den hier maßgeblichen regionalen Markt beziehen. Maßgeblich ist daher der Restwert, den der Geschädigte auf dem allgemeinen regionalen Markt erzielen kann.

b) Anforderungen an Restwertbestimmung im Gutachten

„Beauftragt der Geschädigte – wie im Streitfall – einen **Gutachter** mit der Schadensschätzung zum Zwecke der Schadensregulierung, so kann das eingeholte Sachverständigengutachten den Nachweis des Restwertes auf dem jeweiligen regionalen **Markt** nur erbringen, wenn der Sachverständige das Gutachten unter Berücksichtigung der geltenden Rechtsprechung zum Schadensersatz bei Kfz-Unfällen erstellt hat. Danach ist es im Regelfall geboten, **drei Angebote auf dem maßgeblichen regionalen Markt** zu ermitteln und diese im Gutachten konkret zu benennen (vgl. BGH NJW 2010, 605 = DS 2009, 150 = VersR 2010, 130; NJW 2009, 1265 = VersR 2009, 413f.).“ (LG Saarbrücken aaO)

Der Restwert ist daher hier nicht auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen zu bestimmen, da es den Anforderungen der Rechtsprechung zum Schadensersatz bei Kfz-Unfällen nicht genügt. Es weist den Restwert aus, ohne konkret offenzulegen, ob und mit welchem Ergebnis Angebote auf den maßgeblichen regionalen Markt berücksichtigt wurden.

„Auf der Grundlage der nachvollziehbaren und von den Parteien nicht substantiiert beanstandeten Ausführungen des Gutachtens des Sachverständigen, das auch den Anforderungen der Rechtsprechung zum Schadensersatz bei Kfz-Unfällen genügt, war der Restwert vielmehr mit 1.000 Euro zu Grunde zu legen.“ (LG Saarbrücken aaO)

2. Berechnung des Wiederbeschaffungswertes

Der Wiederbeschaffungswert beträgt 2.800 Euro. Er ist unter Abzug einer Differenzbesteuerung von rund 2% in Ansatz zu bringen.

„Gemäß § 249 II 2 BGB ist die Umsatzsteuer nur zu erstatten, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist. Wird ein Fahrzeug auf dem Gebrauchtwagenmarkt üblicherweise nach § 25a UStG differenzbesteuert, so ist die Differenzbesteuerung vom Brutto-Wiederbeschaffungswert in Abzug zu bringen (BGH NJW 2006, 285 = VersR 2006, 238).“ (LG Saarbrücken aaO)

Danach ergibt sich ein Schaden von 2.800 Euro (Wiederbeschaffungswert laut Gutachten) – 56 Euro (Differenzbesteuerung) – 1.000 Euro (Restwert) + 25 Euro (Auslagenpauschale) – 419 Euro (vorprozessuale Zahlung) = 1.350 Euro.

VII. Ergebnis: Die Kl. hat einen Anspruch auf Zahlung weiter 1.350 Euro. Ein darüber hinausgehende Anspruch besteht nicht.

StGB
§§ 212, 216**Sterbehilfe
Behandlungsabbruch**

StGB

(BGH in FamRZ 2010, 1551 = NJW 2010, 2963; Urteil vom 25.06.2010 – 2 StR 454/09)

1. **Sterbehilfe durch** Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (**Behandlungsabbruch**) ist dann **gerechtfertigt, wenn**
 - dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen **Patientenwillen** entspricht (§ 1901a BGB) und
 - dazu dient, einem ohne Behandlung **zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen**.
2. Ein solcher **Behandlungsabbruch** kann **sowohl durch Unterlassen als auch durch aktives Tun** vorgenommen werden.
3. **Gezielte Eingriffe in das Leben** eines Menschen, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung stehen, **sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung nicht zugänglich**.

Fall: Bei dem Angekl. handelt es sich um den Rechtsanwalt einer Betreuerin G. Diese betreute ihre Mutter, die sich seit fünf Jahren im Wachkoma befand und mittels einer sog. PEG-Sonde künstlich ernährt wurde. Entsprechend einem früher geäußerten Wunsch der Mutter beendete die Betreuerin im Einvernehmen mit der Heimleitung und dem behandelnden Arzt, der eine medizinische Indikation nicht mehr als gegeben ansah, die Nahrungszufuhr über die Sonde. Als die Geschäftsleitung des Gesamtunternehmens davon erfuhr, wies sie die Heimleitung an, die künstliche Ernährung umgehend wieder aufzunehmen. Der Betreuerin wurde ein Hausverbot angedroht, falls sie ihr Einverständnis verweigern sollte.

Darauf erteilte der Angekl. der Betreuerin am gleichen Tag telefonisch den Rat, den Schlauch der Sonde unmittelbar über der Bauchdecke zu durchtrennen, weil gegen die rechtswidrige Fortsetzung der Sondenernährung durch das Heim ein effektiver Rechtsschutz nicht kurzfristig zu erlangen sei. Nach seiner Einschätzung der Rechtslage werde keine Klinik eigenmächtig eine neue Sonde einsetzen, so dass die Betreute würde sterben können.

Als das Pflegepersonal dies entdeckte, wurde die Polizei gerufen und die Betreute auf Anordnung eines Staatsanwalts gegen den Willen der Betreuerin in ein Krankenhaus gebracht. Dort wurde ihr eine neue PEG-Sonde gelegt. Zwei Wochen später starb die Betreute eines natürlichen Todes.

Zu prüfen ist, ob das Verhalten des Angekl. und das ihm nach § 25 II StGB zurechenbare, auf seinen Rat hin erfolgte Durchtrennen des Versorgungsschlauchs der PEG-Sonde durch die frühere Mitangekl. G als **versuchter Totschlag durch Einwilligung oder aber** auf Grund des Eingreifens **sonstiger Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt** war.

- I. Die **Beendigung der künstlichen Ernährung** durch Unterlassen bzw. Reduzierung der Zufuhr kalorienhaltiger Flüssigkeit durch die G war schon auf der Grundlage des zur Tatzeit geltenden Rechts **zulässig**, denn die anerkannten Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Behandlungsabbruch durch sog. „passive Sterbehilfe“ lagen vor.

„Dabei kam es hier nicht auf einen – im Einzelfall möglicherweise schwer feststellbaren (vgl. BGHSt 40, 257 = NJW 1995, 204 = NStZ 1995, 80) – mutmaßlichen Willen der Betroffenen an, da ihr wirklicher, vor Eintritt ihrer Einwilligungsunfähigkeit ausdrücklich geäußertes Wille zweifelsfrei festgestellt war. Zwischen den Betreuern und dem behandelnden Arzt bestand überdies Einvernehmen, dass der Abbruch der künstlichen Ernährung dem Willen der Patientin entsprach. Unter diesen Voraussetzungen durfte die Fortsetzung der künstlichen Ernährung unterlassen werden, ohne dass eine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich oder veranlasst gewesen wäre.“ (BGH aaO)

1. Die von der Heimleitung **angekündigte Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung** hätte hingegen einen **rechtswidrigen Angriff gegen die körperliche Integrität und das Selbstbestimmungsrecht der Patientin** dargestellt, denn nach der schon zur Tatzeit ganz herrschenden Rechtsauffassung verliehen weder der Heimvertrag noch die Gewissensfreiheit (Art. 4 I GG) der Heimleitung oder dem Pflegepersonal das Recht, sich über das Selbstbestimmungsrecht von Patienten hinwegzusetzen und eigenmächtig in deren verfassungsrechtlich verbürgtes Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen.

vgl. BGHZ 163, 163 = NJW 2005, 2385; Dirksen GesR 2004, 124; Höfling JZ 2006, 145; Hufen NJW 2001, 849; Hufen ZRP 2003, 248; Ingelfinger JZ 2006, 821; Lipp FamRZ 2004, 317; Müller DNotZ 2005, 927; Sternberg-Lieben, Festschr. f. Eser, S. 1185; Uhlenbruck NJW 2003, 1710; Verrel, Gutachten z. 66. DJT, 2006, C 41ff.; Wagenitz FamRZ 2005, 669; anders noch OLG München NJW 2003, 1743; LG Traunstein NJW-RR 2003, 221

2. Die **Handlungen des Angekl. und der G**, mit denen die rechtswidrige Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung und der hierin liegende Angriff auf die körperliche Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht verhindert werden sollten, könnten zunächst **nach den Regeln der Nothilfe (§ 32 StGB) gerechtfertigt** gewesen sein.

*„Zwar lag eine **Notwehrlage i.S. von § 32 StGB** vor, welche den Angekl. und die G zur Nothilfe gem. § 32 II StGB berechtigt hätte. Die Verteidigungshandlungen richteten sich hier aber nicht oder nicht allein gegen Rechtsgüter des Angreifers (Sachbeschädigung durch Zerschneiden des Schlauchs), sondern vor allem gegen ein höchstrangiges, anderes Rechtsgut der Angegriffenen selbst. Der **Eingriff in das Rechtsgut Leben** der angegriffenen Person kann aber ersichtlich **nicht durch Nothilfe** gegen einen Angriff auf das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht derselben Person **gerechtfertigt sein**. Er **bedurfte** als selbstständige Rechtsgutsverletzung vielmehr einer eigenen, von der Nothilfelage **unabhängigen Legitimation**.“* (BGH aaO)

3. Auch eine Rechtfertigung aus dem Gesichtspunkt des **Notstands gem. § 34 StGB scheidet** vorliegend schon deshalb **aus, weil sich der Eingriff des Angekl. gegen das höchstrangige Rechtsgut (Leben)** derjenigen Person **richtete, welcher die gegenwärtige Gefahr** (für die Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und des Selbstbestimmungsrechts) i.S. von § 34 StGB **drohte**.

a. A. Otto, Gutachten z. 56. DJT, 1986, D 44ff.; Merkel ZStW 107, 454; ders., Früheuthanasie, 2000, S. 523ff.; Neumann, NK-StGB, Vorb. § 211 Rn 127; MüKo-StGB/Schneider, Vorb. §§ 211 ff. Rn 111f.; Chr. Schneider, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1998, S. 242ff.

Eine **Entschuldigung gem. § 35 StGB** oder aus dem Gesichtspunkt des „**übergesetzlichen**“ Notstands **scheidet ebenfalls aus**.

4. Eine **Rechtfertigung** für die Tötungshandlung konnte sich daher hier allein aus dem von den Kindern der Betreuten als deren Betreuern geltend gemachten **Willen der Betroffenen**, also ihrer Einwilligung ergeben, die künstliche Ernährung abzubrechen und ihre Fortsetzung oder Wiederaufnahme zu unterlassen.

Im **Unterschied zu den bislang vom BGH entschiedenen Fällen** weist der vorliegende Fall jedoch die Besonderheit auf, dass die die Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung verhindernde, direkt auf die Lebensbeendigung abzielende Handlung der G, die dem Angekl. als eigene Handlung gem. § 25 II StGB zugerechnet worden ist, nach den allgemeinen Regeln nicht als Unterlassen, sondern als **aktives Tun** anzusehen ist. Für diesen Fall ist eine **Rechtfertigung direkt lebensbeendender Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt der „Sterbehilfe“ von der Rspr. bisher nicht anerkannt** worden.

Hieran hält BGH aaO, auch im Hinblick auf die durch das 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.07.2009 (BGBl I, 2286) geänderte zivilrechtliche Rechtslage, **nicht mehr fest**.

*„Der **Gesetzgeber** hat entschieden, dass der **tatsächliche oder mutmaßliche**, etwa in konkreten Behandlungswünschen zum Ausdruck gekommene **Wille eines aktuell einwilligungsunfähigen Patienten** unabhängig von Art und Stadium seiner Erkrankung **verbindlich** sein und den Betreuer sowie den behandelnden Arzt binden soll (§ 1901a III BGB; vgl. dazu die Begr. des Gesetzentw., BT-Dr 16/8442, S. 11f.; Palandt/Diederichsen, BGB, 69. Aufl., § 1901a Rn 16ff. u. 29).*

Eine betreuungsgerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit für Entscheidungen über die Vornahme, das Unterlassen oder den Abbruch medizinischer Maßnahmen ist auf Fälle von Meinungsdivergenzen zwischen Arzt und Betreuer oder Bevollmächtigtem über den Willen des nicht selbst äußerungsfähigen Patienten oder über die medizinische Indikation von Maßnahmen beschränkt (§ 1904 II BGB u. § 1904 IV BGB).

*Diese **Neuregelung entfaltet auch für das Strafrecht Wirkung**. Allerdings bleiben die Regelungen der §§ 212, 216 StGB von den Vorschriften des Betreuungsrechts unberührt, welche schon nach ihrem Wortlaut eine Vielzahl weit darüber hinaus reichender Fallgestaltungen betreffen und auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht etwa strafrechts-spezifische Regeln für die Abgrenzung erlaubter Sterbehilfe von verbotener Tötung enthalten (vgl. BT-Dr 16/8442, S. 7f. u. 9).*

I. Ü. ergibt sich schon aus dem grds. schrankenlosen und die unterschiedlichsten betreuungsrechtlichen Fallgestaltungen erfassenden Wortlaut des § 1901a BGB selbst, dass die Frage einer strafrechtlichen Rechtfertigung von Tötungshandlungen nicht nur als zivilrechtsakzessorisches Problem behandelt werden kann: Wo die Grenze einer rechtfertigenden Einwilligung verläuft und der Bereich strafbarer Tötung auf Verlangen beginnt, ist, ebenso wie die Frage nach der Reichweite einer eine Körperverletzung rechtfertigenden Einwilligung (§ 228 StGB), eine strafrechts-spezifische Frage, über die im Lichte der Verfassungsordnung und mit Blick auf die Regelungen anderer Rechtsbereiche, jedoch im Grundsatz autonom nach materiell strafrechtlichen Kriterien zu entscheiden ist.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte diese Grenze durch die Regelungen der §§ 1901a ff BGB nicht verschoben werden (BT-Dr 16/8442, S. 9). Die §§ 1901a ff BGB enthalten aber auch eine verfahrensrechtliche Absicherung für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten, die selbst zu einer Willensäußerung nicht (mehr) in der Lage sind. Sie sollen gewährleisten, dass deren Wille über den Zeitpunkt des Eintritts von Einwilligungsunfähigkeit hinaus gilt und beachtet wird. Diese Neuregelung, die ausdrücklich mit dem Ziel der Orientierungssicherheit für alle Beteiligten geschaffen wurde, muss unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung (vgl. Reus JZ 2010, 80) bei der Bestimmung der Grenze einer möglichen Rechtfertigung von kausal lebensbeendenden Handlungen berücksichtigt werden.“ (BGH aaO)

II. **Fraglich ist, ob eine Rechtfertigung des Angekl. und der Mittäterin G durch Einwilligung der betroffenen Patientin abzulehnen ist, weil die Voraussetzungen einer nach bisherigem Recht zulässigen sog. passiven Sterbehilfe durch Unterlassen der weiteren künstlichen Ernährung nicht vorgelegen haben, da das Durchtrennen des Schlauchs der PEG-Sonde als aktives Handeln zu werten und deshalb der Einwilligung der Patientin eine rechtfertigende Wirkung abzusprechen ist.**

1. Diese Ansicht entspricht der **bisher in Rspr. und Lit. ganz überwiegend vertretenen Auffassung**, wonach zwischen (unter bestimmten Bedingungen) erlaubter „passiver“ und „indirekter“ sowie stets verbotener „aktiver“ Sterbehilfe zu unterscheiden sei.

vgl. hierzu allg. Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., Vorb. §§ 211ff. Rn 21ff.; Fischer, StGB, 57. Aufl., Vorb. §§ 211–216 Rn 16ff.; Otto NJW 2006, 2217; Roxin/Schroth, Hdb. d. MedizinstrafR, 4. Aufl., S. 83ff.; Chr. Schneider, S. 33ff.; MüKo-StGB/Schneider, Vorb. §§ 211ff. Rn 88ff.; Schöch, Festschr. f. Hirsch, 1999, S. 693ff.; Schreiber NSTZ 2006, 473; Schroth GA 2006, 549; Ulsenheimer, ArztstrafR i.d. Praxis, 4. Aufl. 2008, S. 336 Rn 275ff.; alle m.w. Nachw.; vgl. auch Sterbehilfe u. Sterbebegleitung, Bericht der Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz v. 23. 4. 2004, 64ff.

Das **bloße Einstellen künstlicher Ernährung** ist danach schon wegen seines äußeren Erscheinungsbildes, jedenfalls aber nach dem Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens, **nicht als aktives Tun, sondern als Unterlassen und damit als „passives“ Verhalten** angesehen worden.

BGHSt 40, 257 = NJW 1995, 204 = NSTZ 1995, 80; vgl. dazu auch Coeppicus FPR 2007, 63; Schönke/Schröder, Vorb. §§ 211ff. Rn 27ff.; Fischer, Vorb. §§ 211-216 Rn 19ff.; Helgerth JR 1995, 338; Kutzer NSTZ 1994, 110; ders. FPR 2007, 59; Merkel ZStW 107, 545; MüKo-StGB/Schneider, Vorb. §§ 211ff. Rn 88ff.; Schöch NSTZ 1995, 153; Schroth GA 2006, 549; Verrel, Gutachten z. 66. DJT, 2006, C 13ff. u. C 56f.; Vogel MDR 1995, 337; Weigend, LK-StGB, 12. Aufl., § 13 Rn 8; jew. m.w.N.; grundlegend dazu schon Geilen, „Euthanasie“ u. Selbstbestimmung, 1975, S. 22ff.

Eine zulässige „passive Sterbehilfe“ setzt auf der Grundlage dieser Differenzierung nach bisher h. M. deshalb stets ein **Unterlassen im Rechtssinn** (§ 13 StGB) voraus; aktives Handeln im natürlichen Sinne soll danach stets als rechtswidriges Tötungsdelikt i.S. der §§ 212, 216 StGB strafbar sein (vgl. Helgerth JR 1995, 338).

2. An diesem **an den äußeren Erscheinungsformen von Tun und Unterlassen orientierten Kriterium** für die Abgrenzung zwischen gerechtfertigter und rechtswidriger Herbeiführung des Todes mit Einwilligung oder mutmaßlicher Einwilligung des betroffenen Patienten hält BGH aaO jedoch nicht fest.

a) Die **BGH-Rspr.** hat sich in der Vergangenheit selbst auch nicht durchgängig hieran orientiert, denn ein **pflichtwidriges Unterlassen kann den Tatbestand des § 216 StGB ebenfalls erfüllen** (BGHSt 13, 162 = NJW 1959, 1738; BGHSt 32, 367 = NJW 1984, 2639).

„Schon dies zeigt, dass die Kriterien für die Abgrenzung zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten nicht allein in der äußerlichen Handlungsqualität gefunden werden können. Zwar unterscheidet das Gesetz zwischen dem pflichtwidrigen Unterlassen einer erfolgsabwendenden Handlung und dem aktiv erfolgsverursachenden Tun grds. wertungsmäßig, da es in § 13 II StGB für den Fall der Erfolgsverursachung durch Unterlassen eine fakultative Strafmilderung bereit hält (vgl. Kargl GA 1999, 459; Ulsen-

heimer, S. 336). Diese generelle Differenzierung lässt jedoch gleichzeitig die Möglichkeit offen, Tun und Unterlassen wertungsmäßig gleich zu gewichten und damit auch gleich zu behandeln, wenn der zu Grunde liegende Lebenssachverhalt dies erfordert.

Die Grenze zwischen erlaubter Sterbehilfe und einer nach den §§ 212, 216 StGB strafbaren Tötung kann nicht sinnvoll nach Maßgabe einer naturalistischen Unterscheidung von aktivem und passivem Handeln bestimmt werden. Die Umdeutung der erlebten Wirklichkeit in eine dieser widersprechende normative Wertung, nämlich eines tatsächlich aktiven Verhaltens, etwa beim Abschalten eines Beatmungsgeräts, in ein „normativ verstandenes Unterlassen“ – mit dem Ziel, dieses Verhalten als „passive Sterbehilfe“ rechtlich legitimieren zu können – ist in der Vergangenheit zu Recht auf Kritik gestoßen und als dogmatisch unzulässiger „Kunstgriff“ abgelehnt worden (vgl. etwa Fischer, Vorb. §§ 211–216 Rn 20; Gropp, Gedächtnisschr. f. Schlüchter, 2002, S. 173; Hirsch, Festschr. f. Lackner, 1987, S. 597; Kargl GA 1999, 459).

Eine solche wertende Umdeutung aktiven Tuns in ein normatives Unterlassen wird den auftretenden Problemen nicht gerecht: Ein „Behandlungsabbruch“ erschöpft sich nämlich nach seinem natürlichen und sozialen Sinngehalt nicht in bloßer Untätigkeit; er kann und wird vielmehr fast regelmäßig eine Vielzahl von aktiven und passiven Handlungen umfassen, deren Einordnung nach Maßgabe der in der Dogmatik und von der Rechtsprechung zu den Unterlassungsstaten des § 13 StGB entwickelten Kriterien problematisch ist und teilweise von bloßen Zufällen abhängen kann. Es ist deshalb sinnvoll und erforderlich, alle Handlungen, die mit einer solchen Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, in einem normativ-wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammenzufassen, der neben objektiven Handlungselementen auch die subjektive Zielsetzung des Handelnden umfasst, eine bereits begonnene medizinische Behandlungsmaßnahme gemäß dem Willen des Patienten insgesamt zu beenden oder ihren Umfang entsprechend dem Willen des Betroffenen oder seines Betreuers nach Maßgabe jeweils indizierter Pflege- und Versorgungserfordernisse zu reduzieren. Denn wenn ein Patient das Unterlassen einer Behandlung verlangen kann, muss dies gleichermaßen auch für die Beendigung einer nicht (mehr) gewollten Behandlung gelten, gleich, ob dies durch Unterlassen weiterer Behandlungsmaßnahmen oder durch aktives Tun umzusetzen ist, wie es etwa das Abschalten eines Respirators oder die Entfernung einer Ernährungssonde darstellen. Dasselbe gilt, wenn die Wiederaufnahme einer dem Patientenwillen nicht (mehr) entsprechenden medizinischen Maßnahme in Rede steht.“ (BGH aaO)

- b) Da eine Differenzierung nach aktivem und passivem Handeln nach äußerlichen Kriterien nicht geeignet ist, sachgerecht und mit dem Anspruch auf Einzelfallgerechtigkeit die Grenzen zu bestimmen, innerhalb derer eine Rechtfertigung des Handelns durch den auf das Unterlassen oder den Abbruch der medizinischen Behandlung gerichteten Willen des Patienten anzuerkennen ist, müssen andere Kriterien gelten, anhand derer diese Unterscheidung vorgenommen werden kann. Diese ergeben sich nach BGH aaO aus den Begriffen der „Sterbehilfe“ und des „Behandlungsabbruchs“ selbst und aus der **Abwägung der betroffenen Rechtsgüter vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Ordnung**.

„Der Begriff der Sterbehilfe durch Behandlungsunterlassung, -begrenzung oder -abbruch setzt voraus, dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist. Nur in diesem engen Zusammenhang hat der Begriff der „Sterbehilfe“ einen systematischen und strafrechtlich legitimierenden Sinn. Vorsätzliche lebensbeendende Handlungen, die außerhalb eines solchen Zusammenhangs mit einer medizinischen Behandlung einer Erkrankung vorgenommen werden, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung dagegen von vornherein nicht zugänglich; dies ergibt sich ohne Weiteres aus § 216 StGB und § 228 StGB und den diesen Vorschriften zu Grunde liegenden Wertungen unserer Rechtsordnung.

Eine durch Einwilligung gerechtfertigte Handlung der Sterbehilfe setzt überdies voraus, dass sie objektiv und subjektiv unmittelbar auf eine medizinische Behandlung im o. g. Sinn bezogen ist. Erfasst werden hiervon nur das Unterlassen einer lebenserhaltenden Behandlung oder ihr Abbruch sowie Handlungen in der Form der sog. „indirekten Sterbehilfe“, die unter Inkaufnahme eines möglichen vorzeitigen Todeseintritts als Nebenfolge einer medizinisch indizierten palliativen Maßnahme erfolgen.

Das aus Art. 1 I, 2 I GG abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen legitimiert die Person zur Abwehr gegen nicht gewollte Eingriffe in ihre körperliche Unversehrtheit und in den unbeeinflussten Fortgang ihres Lebens und Sterbens; es gewährt ihr aber kein Recht oder gar einen Anspruch darauf, Dritte zu selbstständigen Eingriffen in das Leben ohne Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung zu veranlassen. Eine Rechtfertigung durch Einwilligung kommt daher nur in Betracht, wenn sich das Handeln darauf beschränkt, einen Zustand (wieder-)herzustellen, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt, indem zwar Leiden gelindert, die Krankheit aber nicht (mehr) behandelt wird, so dass der Patient letztlich dem Sterben überlassen wird. Nicht erfasst sind dagegen Fälle eines gezielten Eingriffs, der die Beendigung des Lebens vom Krankheitsprozess abkoppelt.

Eine solche Unterscheidung nach den dem Begriff des Behandlungsabbruchs immanenten Kriterien der Behandlungsbezogenheit und der Verwirklichung des auf die Behandlung bezogenen Willens der betroffenen Person ist besser als die bisherige, dogmatisch fragwürdige und praktisch kaum durchführbare Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Handeln geeignet, dem Gewicht der betroffenen Rechtsgüter in der Abwägung Geltung zu verschaffen und für alle Beteiligten eine klare rechtliche Orientierung zu bieten.“ (BGH aaO)

- c) Die **tatbestandlichen Grenzen des § 216 StGB** bleiben hierdurch **unberührt**.

„Dies entspricht auch der Intention des Gesetzgebers des 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes, wonach Handlungen, die der Ablehnung einer medizinischen Maßnahme oder der Untersagung ihrer Fortführung durch den betroffenen Patienten Rechnung tragen, von einer Tötung auf Verlangen i.S. des § 216 StGB strikt zu unterscheiden sind (vgl. BT-Dr 16/8442, S. 3, 7f.).“ (BGH aaO)

3. Die **Anwendung der oben dargelegten Grundsätze einer Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs** ist **nicht auf das Handeln der den Patienten behandelnden Ärzte sowie der Betreuer und Bevollmächtigten beschränkt, sondern kann auch das Handeln Dritter erfassen**, soweit sie als von dem Arzt, dem Betreuer oder dem Bevollmächtigten für die Behandlung und Betreuung hinzugezogene Hilfspersonen tätig werden.

„Dies folgt schon daraus, dass sich ein Behandlungsabbruch in der Regel nicht in einzelnen Handlungen oder Unterlassungen erschöpft, sondern unter Umständen ein Bündel von meist palliativ-medizinischen Maßnahmen erfordert, die nicht notwendig vom behandelnden Arzt selbst vorgenommen werden müssen.“ (BGH aaO)

- III. **Ergebnis:** Der Angekl. hat als von der Betreuerin hinzugezogener und sie beratender Rechtsanwalt ebenso wenig rechtswidrig gehandelt wie die Betreuerin selbst und hat sich deshalb nicht nach §§ 212, 216 StGB strafbar gemacht.

StGB
§ 266

Untreue
unterlassene Einzahlung eines Gewährleistungseinbehalts
auf ein Sperrkonto
 (BGH in NJW 2010, 2948; Urteil vom 25.05.2010 – VI ZR 205/09)

StGB

Bei der **Verpflichtung des Auftraggebers**, die von ihm gem. § 17 Nr. 6 I 1 VOB/B **einbehaltenen Sicherheit auf ein Sperrkonto einzuzahlen** (§ 17 Nr. 6 I 3 VOB/B), handelt es **nicht** um eine **qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht i.S. des § 266 I 2.Alt. StGB**.

Fall: K führte für die inzwischen insolvente E-Bau-AG, deren alleiniger Vorstand B war, Stahlarbeiten an zwei Hotelbauten durch. Für beide Aufträge war die Geltung der VOB/B vereinbart. Nach den Bauverträgen war die E-Bau-AG berechtigt, für die Dauer der Gewährleistungsfrist einen Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5% der Bruttoabschlussrechnungssumme geltend zu machen, der jeweils auf ein Sperrkonto bei einer Bank einzuzahlen war. Mit Schlussrechnung vom 12.04.2006 und 17.11.2006 rechnete die K die Aufträge ab. Die Rechnungsbeträge wurden von der E-Bau-AG unter Abzug von Sicherheitseinbehalten in Höhe von 1.896,13 € und 8.262,62 € bezahlt. Die K stellte der E-Bau-AG am 28.11.2006 bzw. am 21.02.2007 Gewährleistungsbürgschaften in Höhe der einbehaltenen Beträge und verlangte sodann deren Auszahlung. Die E-Bau-AG kam dieser Aufforderung nicht nach und zahlte die Beträge auch nicht auf ein Sperrkonto ein. Am 13.04.2007 erhob die K gegen die E-Bau-AG Klage auf Rückgabe der Bürgschaften und Auszahlung der Sicherheitseinbehalte. Am 12.06.2007 ist der Klage durch Versäumnisurteil stattgegeben worden. Die Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil blieb erfolglos. Am 15.06.2007 wurde über das Vermögen der E-Bau-AG das Insolvenzverfahren eröffnet.

B könnte den Tatbestand der **Untreue gem. § 266 StGB** verwirklicht haben, indem er als alleiniger Vorstand der E-Bau-AG gegen deren Verpflichtung aus § 17 VI Nr.1 S.3 VOB/B verstoßen hat, den vereinbarten Sicherheitseinbehalt auf ein Sperrkonto einzubezahlen.

Dies **setzt voraus**, dass es sich bei der **Verpflichtung des Auftraggebers**, die von ihm gem. § 17 VI Nr.1 S.3 VOB/B **einbehaltenen Sicherheit auf ein Sperrkonto einzuzahlen**, um eine **qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht i.S. des § 266 I 2. Alt. StGB** handelt.

I. In **Rspr. und Lit.** ist diese Frage der Einordnung des § 17 VI Nr.1 S.3 VOB/B **umstritten**.

- Nach **OLG München** (NJW 2006, 2278 = NZBau 2006, 313 = NSTz 2006, 632) besteht jedenfalls bei Geltung der VOB/Teil B eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Werkunternehmer. Unterlässt der Auftraggeber die Einzahlung auf ein Sperrkonto und kann er den Restwerklohn infolge eigener Insolvenz nicht mehr auszahlen, so kann dies Untreue nach dem Treubruchtatbestand sein.
- **Andere Gerichte** haben indessen gegenteilig entschieden oder zumindest Zweifel an dieser Einordnung angemeldet.

OLG Köln IBR 2010, 28; LG Bonn BauR 2004, 1471 = BeckRS 2007, 15947; LG Ellwangen BauR 2009, 1788; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2009, 571 = NZI 2009, 263 = NZBau 2009, 518; vgl. auch OLG Stuttgart IBR 2010, 142

- Auch im **Schrifttum** sind die Auffassungen geteilt: Während Jousen (Ingenstau/Korbion, VOB, Teile A und B, 17. Aufl., § 17 VI VOB/B Rn 25), Thierau (Kappellmann/Messerschmidt, VOB, Teile A und B, 3. Aufl., § 17 VOB/B Rn 214) und Hildebrandt (IBR 2009, 139) ohne nähere Begründung der Auffassung des OLG München folgen, wird die vertragliche Verpflichtung des Auftraggebers eines Bauvertrags zur Einzahlung eines Sicherheitseinbehalts auf ein Sperrkonto von anderen Autoren nicht als Vermögensbetreuungspflicht i.S. von § 266 StGB angesehen.

MüKo-StGB/Dierlamm, 2006, § 266 Rn 65; Greeve/Garbuio, Hdb. d. BaustrafR, § 27 Rn 20 ff; Greeve, Festschr. f. Hamm, 2008, S. 121 ff.; Greeve/Müller NZBau 2000, 239; Lang IBR 2010, 28

II. **BGH aaO** schließt sich nun der **letztgenannten Auffassung an**.

1. Der **Treubruchtatbestand des § 266 I 2. Alt. StGB** setzt das Bestehen einer (gesetzlichen oder vertraglichen) **Vermögensbetreuungspflicht voraus**.

Den Täter muss eine **inhaltlich herausgehobene Pflicht** treffen, Vermögensinteressen eines Dritten zu betreuen, das heißt diesem drohende Vermögensnachteile abzuwenden. Er muss innerhalb eines nicht ganz unbedeutenden Pflichtenkreises im Interesse des Vermögensinhabers tätig und **zur fremdnützigen Vermögensfürsorge verpflichtet** sein. **Allgemeine schuldrechtliche Verpflichtungen**, insbes. aus Austauschverhältnissen, **reichen nicht aus**, und zwar auch dann nicht, wenn sich hieraus Rücksichtnahme- oder Sorgfaltspflichten ergeben.

BGH NSTZ 1986, 361; BGH NJW 1988, 2483; BGH NJW 1991, 1069; BGH NSTZ 1994, 35 und NSTZ 2006, 38; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 266 Rn 23; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 266 Rn 36 m.w. Nachw.

Die **Vermögensbetreuung** muss sich als **Hauptpflicht**, d. h. als zumindest mitbestimmende **und nicht nur „beiläufige“ Pflicht** darstellen.

BGHSt 1, 186; BGHSt 4, 170 = NJW 1953, 1272; BGHSt 24, 386 = NJW 1972, 1904; BGHSt 33, 244 = NJW 1985, 2280 = NSTZ 1985, 548

Diese Kriterien sind Anhaltspunkte, deren Gewichtung im Einzelfall Grundlage einer wertenden Gesamtbetrachtung sein muss. In der Regel wird sich eine Treuepflicht nur aus einem fremdnützig typisierten Schuldverhältnis ergeben, in welchem der Verpflichtung des Täters Geschäftsbesorgungscharakter zukommt (Schönke/Schröder, § 266 Rn 23a; Fischer, § 266 Rn 38). Bei rechtsgeschäftlicher Grundlage kommt es im Einzelfall auf die vertragliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses an (Fischer, § 266 Rn 39).

2. Unter Anwendung dieser Grundsätze hat der BGH die gesetzliche Regelung des **§ 550 b II 1 BGB a.F.** (jetzt: **§ 551 III BGB**), wonach der Vermieter von Wohnraum eine ihm als Sicherheit überlassene Geldsumme bei einem Kreditinstitut getrennt von seinem eigenen Vermögen anlegen muss, wobei die Erträge dem Mieter zustehen, als eine Vermögensbetreuungspflicht i.S. des § 266 I 2. Alt. StGB angesehen.

Hierbei handelt es sich um eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht, die vom Gesetzgeber erklärtermaßen (BT-Dr 9/2079, S. 10f.) nach dem Vorbild der Vorschrift des § 27 IV 1 WEG a.F. (jetzt: § 27 V 1 WEG) und in ausdrücklicher Anlehnung an die für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften der §§ 1806, 1807 I Nr. 5 BGB als Treuhandverhältnis gestaltet worden ist (BGHSt 41, 224 = NJW 1996, 65).

Dagegen scheidet eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht in Bezug auf die Mietkaution bei der **Gewerberaummiete** aus, da sich die gesetzlichen Regelungen über die Anlage von Mietkautionen allein auf Mietverhältnisse über Wohnraum beziehen (BGHSt 52, 182 = NJW 2008, 1827).

Zwar kommt grds. auch die rechtsgeschäftliche Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht i.S. des § 266 I StGB in Betracht, doch begründet die bloße Vereinbarung einer Kautionsanleihe als solche noch keine Vermögensbetreuungspflicht (BGHSt 52, 182 = NJW 2008, 1827). Vertragliche Pflichten müssen, um eine Vermögensbetreuungspflicht begründen zu können, im besonderen Maße den Interessen des Vertragspartners dienen und gerade deshalb vereinbart worden sein. Das bedeutet, dass sich die Vertragspartner bei einer Kautionsabrede nicht nur über die Zahlung einer Kautionsanleihe an sich, sondern auch über deren besondere Anlageform geeinigt haben müssen. Vereinbaren die Parteien eines gewerblichen Mietverhältnisses eine besondere Sicherheit nicht ausdrücklich und bringen dadurch nicht zum Ausdruck, dass der Vermieter im Hinblick auf die Kautionsanleihe treuhänderische Pflichten zu übernehmen hat, kann deshalb nicht von der Annahme einer rechtsgeschäftlichen Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen werden.

3. Treffen den Empfänger der Kautionsanleihe keine besonderen, ihm vertraglich auferlegte Sicherungspflichten, ist die **Einzahlung einer Kautionsanleihe nicht anders zu beurteilen, als wenn der Mieter für einen künftigen Sicherungsfall vorleistet**.

*„Insoweit besteht an sich immer ein Sicherungsbedürfnis, das der vorleistende Mieter aber durch eine entsprechende Fassung der Vereinbarung minimieren kann. Einem gewerblichen Mieter ist die Durchsetzung einer entsprechenden vertraglichen Absicherung auch abzuverlangen. Ein gewisses **Sicherungsbedürfnis** wohnt i. Ü. letztlich jeder Vorleistung inne. Dieses dem Leistenden verbleibende Restrisiko reicht jedoch grds. nicht aus, den Empfänger der Vorleistung mit einer Vermögensbetreuungspflicht i.S. des § 266 I StGB zu belasten (BGHSt 28, 20 = NJW 1978, 2105; BGHSt 52, 182 = NJW 2008, 1827 = NZM 2008, 415). Gerade im Rahmen von Austauschverhältnissen bedarf es deshalb – sofern eine gesetzliche Bestimmung fehlt – einer ausdrücklichen Vereinbarung, die den Vertragsschließenden insoweit zu einer besonderen Vermögensfürsorge zu Gunsten des anderen Vertragspartners verpflichtet. Anderenfalls erschöpft sich der Verstoß in einer Verletzung der Pflicht, sich vertragsgemäß zu verhalten. Dies begründet aber als solches noch keine Untreue (BGHSt 22, 190 = NJW 1968, 1938; BGHSt 33, 244 = NJW 1985, 2280).“* (BGH aaO)

4. Nach diesen Grundsätzen **genügt** die zwischen den Vertragspartnern vorliegend getroffene **Vereinbarung über die Einzahlung der Sicherheitseinbehalte auf ein Sperrkonto nicht, um eine Vermögensbetreuungspflicht i.S. von § 266 I StGB zu begründen.**

Die Parteien haben zwar die Geltung der VOB/B vereinbart und vertraglich bestimmt, dass für sämtliche in § 17 VOB/B vorgesehenen Fälle ein Sperrkonto bei einer Bank einzurichten ist; diese Regelung verpflichtet den Auftraggeber aber nicht zu einer besonderen Vermögensfürsorge zu Gunsten des Auftragnehmers.

- a) Diejenigen, die in § 17 VI Nr.1 S.3 VOB/B eine Vermögensbetreuungspflicht des Auftraggebers sehen, stützen ihre Auffassung letztlich darauf, dass nur hierdurch ein **angemessener Ausgleich der wechselseitigen Sicherungsinteressen** gewährleistet werde.

Der Sicherungseinbehalt diene der Absicherung eventueller Gewährleistungskosten für die Dauer der Gewährleistungsfrist und sichere damit ausschließlich den Auftraggeber vor dem Risiko der Insolvenz des Werkunternehmers, setze aber zugleich umgekehrt diesen hinsichtlich des einbehaltenen Restwerklohns dem Risiko der Insolvenz des Auftraggebers aus. Dieses Risiko müsse zur Herstellung eines gerechten Interessenausgleichs ebenfalls abgesichert werden. Deshalb müsse der Auftraggeber jedenfalls dann, wenn zwischen den Vertragsparteien die Geltung der VOB/B vereinbart sei, nach deren § 17 VI Nr.1 S.3 VOB/B den einbehaltenen Betrag dem Auftragnehmer mitteilen und binnen 18 Tagen nach dieser Mitteilung auf ein Sperrkonto einzahlen. Diese Regelung sei dahin zu verstehen, dass der Auftraggeber nicht berechtigt sei, das einbehaltene Geld weiterhin als zu seinem eigenen Vermögen gehörend zu betrachten und damit zu arbeiten. Vielmehr gelte dieser Betrag ab dem Tag der Sicherheitsleistung als Fremdgeld. Diese Regelung diene ausschließlich dem Schutz des Unternehmers vor dem Risiko einer Insolvenz des Auftraggebers. Auf Grund dieses ausschließlichen Schutzcharakters gegenüber dem Unternehmer stelle bereits die Verpflichtung des Auftraggebers, den Sicherungseinbehalt auf ein Sperrkonto einzubezahlen, eine vertragliche Vermögensbetreuungspflicht i.S. des § 266 I 2. Alt. StGB dar. Dem stehe auch nicht entgegen, dass es sich bei dieser Verpflichtung lediglich um eine vertragliche Nebenpflicht handele. Denn durch Einbehalt des zu bezahlenden Werklohns auf Grund der Regelung der VOB/B werde der Sicherungseinbehalt Teil einer vertraglichen Hauptpflicht. Der Werklohn sei grds. mit Stellung der Schlussrechnung fällig, lediglich im Umfang eines vereinbarten Sicherungseinbehalts verschiebe sich die Auszahlungsfälligkeit in der Regel um die Dauer der Gewährleistungsfrist (vgl. OLG München NJW 2006, 2278 = NZBau 2006, 313 = NSTZ 2006, 632).

„Diese Erwägungen können nicht überzeugen: Anders als bei der Kautio handelt es sich bei dem anzulegenden Geld nämlich nicht um dem Auftraggeber anvertrautes Fremdgeld, dessen Geber in besonderem Maße schutzwürdig ist, sondern um einbehaltenen Werklohn. Hinsichtlich des einbehaltenen Betrags besteht keine fällige Forderung, da die Fälligkeit durch die getroffene Vereinbarung für die Dauer der Gewährleistungsfrist hinausgeschoben ist. Im Gegensatz zu der in § 551 III BGB im Einzelnen vorgezeichneten Pflicht zur Anlage der Mietkaution besteht zu keinem Zeitpunkt ein einklagbarer Anspruch auf Einzahlung des Sicherheitseinbehalts auf das Sperrkonto (Greeve, Festschr. f. Hamm, S. 131). Zwar wird der Werkunternehmer, wenn die Sicherheit einbehalten wird und deren Einzahlung auf das Sperrkonto unterbleibt, dem Risiko der Insolvenz des Auftraggebers ausgesetzt, doch ist der Auftragnehmer in hinreichender Weise dadurch geschützt, dass er die Fälligkeit des Sicherheitseinbehalts nach § 17 VI Nr.1 S.3 VOB/B herbeiführen kann, indem er dem Auftraggeber eine angemessene Nachfrist zur Einzahlung auf ein Sperrkonto setzt. Kommt der Auftraggeber dem nicht nach, so kann der Auftragnehmer die Auszahlung des einbehaltenen Betrags verlangen, ohne Sicherheit leisten zu müssen (vgl. OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2009, 571 = NZI 2009, 263 = NZBau 2009, 518; OLG Köln IBR 2010, 28). Hinzu kommt, dass der Auftraggeber mit der Einzahlung auf ein Sperrkonto auch keine Leistung an den Auftragnehmer vornimmt. Der Einbehalt durch Zahlung auf ein Sperrkonto bedeutet nämlich keine Zahlung an den Auftragnehmer zum Zwecke der endgültigen Vergütung (Greeve, Festschr. f. Hamm, S. 134).“ (BGH aaO)

- b) Den Auftraggeber eines Werkvertrags trifft auch **keine inhaltlich herausgehobene Pflicht, die Vermögensinteressen des Auftragnehmers zu betreuen.**

„Es handelt sich um eine zivilvertragliche Nebenpflicht, die keine Vermögensbetreuungspflicht begründet (MüKo-StGB/Dierlamm, § 266 Rn 65; Greeve/Müller NZBau 2000, 239; Greeve/Garbuio, Hdb. des BaustrafR, § 27 Rn 23; Lang IBR 2010, 28). Während die Erheblichkeit der Fürsorgepflicht des Vermieters gegenüber den Vermögensinteressen des Mieters auch daraus deutlich wird, dass die Vorschriften über die Einzahlung der Mietkaution zum Zwecke des Mieterschutzes vom Gesetzgeber als unabdingbare Regelung ausgestaltet worden sind (Greeve, Festschr. f. Hamm, S. 132), kann die in § 17 VI Nr.1 S.3 VOB/B vorgesehene Einzahlungsverpflichtung auf ein Sperrkonto von den Vertragsparteien wirksam abbedungen werden (BGHZ 157, 29 = NJW 2004, 443).

Es kommt hinzu, dass der Auftraggeber die einbehaltene Sicherheit nicht ohne Mitwirkung des Auftragnehmers insolvenzsicher anlegen kann. Hierfür bedarf es neben einer Vereinbarung der Vertragsparteien darüber, bei welchem Geldinstitut der Sicherheitseinbehalt einzuzahlen ist, zwingend der

gemeinsamen Eröffnung eines „Und-Kontos“. Die Einrichtung eines bloßen Sperrkontos mit Sperrvermerk genügt demgegenüber nicht, weil hierdurch nur ein schuldrechtlicher Anspruch des Auftragnehmers begründet würde, der dem Auftragnehmer in der Insolvenz des Auftraggebers weder ein Absonderungsrecht gem. § 84 InsO noch einen Anspruch auf Aussonderung nach § 47 InsO gewähren würde (OLG Dresden BauR 2004, 1310; Greeve, Festschr. f. Hamm, S. 132).“ (BGH aaO)

- c) Gegen die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht spricht schließlich auch die **Parallele zum Arbeitsrecht**.

„So unterfällt das Einbehalten und Nichtabführen von Teilen des Arbeitsentgelts, die der Arbeitgeber – auf Grund privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Verpflichtung – an einen Dritten zu zahlen hat, nicht dem Treubruchtatbestand des § 266 StGB, weshalb es der Gesetzgeber für erforderlich gehalten hat, ein solches Verhalten durch Schaffung der Vorschrift des § 266a StGB a.F. (jetzt: § 266a III StGB) eigens unter Strafe zu stellen. Bei einem Austauschvertrag liegt in der bloßen Nichtentrichtung eines Teils des vertraglich geschuldeten Entgelts strafrechtlich regelmäßig keine Untreue gegenüber dem Vertragspartner. Das gilt auch dann, wenn Teile des Entgelts nicht geleistet werden, die nicht an den Vertragspartner selbst, sondern pflichtgemäß an einen Dritten oder auf ein besonderes Sperrkonto zu zahlen sind, denn allein auf Grund einer besonderen Zahlstelle wird für den zur Zahlung Verpflichteten noch keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Vertragspartner begründet.“ (BGH aaO)

III. **Ergebnis:** B hat sich nicht wegen Untreue nach § 266 StGB strafbar gemacht.

öffentlich-rechtliche GoA VwVfG
Kosten für Kinderbetreuung durch Eltern bei Krankheit auf Klassenfahrt
(OVG Münster in NVwZ-RR 2010, 643; Beschluss vom 30.04.2010 – 19 A 993/07)

1. Die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677ff. BGB) sind **grundsätzlich auch im öffentlichen Recht anwendbar**
2. **Während** der Zeit, in der Schüler am **Schulunterricht** oder an einer anderen **Schulveranstaltung** teilnehmen, muss die **Schule** sie **beaufsichtigen**.
3. **Eltern** sind **nicht nur zivilrechtlich** gegenüber ihrem minderjährigen Kind, sondern, wenn es Schüler einer Schule ist, **auch** dieser gegenüber **öffentlich-rechtlich zur Aufsicht** über das Kind verpflichtet.
4. Die Aufsichtspflicht der Schule endet nicht schon dann, wenn der Schüler während der Klassenfahrt so schwer erkrankt, dass er an der Schulveranstaltung „Klassenfahrt“ nicht weiter teilnehmen kann.
5. Die Schule muss vielmehr den erkrankten Schüler **auch auswärts so lange beaufsichtigen, bis die Eltern die Aufsicht selbst übernehmen.**“

Fall: Der Sohn der Kl. nahm im April 2005 als damals 14-jähriger Schüler an einer Klassenfahrt nach England teil. Während dieser Zeit wurde er wegen einer Blinddarmentzündung in einem Krankenhaus in L. operiert. Auf Bitten der begleitenden Lehrer reiste die Kl. zu 1 nach L. und übernahm die Betreuung ihres Sohnes, der erst nach der planmäßigen Rückreise der Klasse wieder reisefähig war und später zusammen mit der Kl. zu 1 nach Deutschland zurückreiste. Die Kl. verlangten von der Bekl. als Schulträgerin, ihnen die Kosten für die Hin- und Rückreise nach L. zu erstatten. Wird die Klage Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage müsste zulässig sein.

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und keine Sonderzuweisungen eingreifen.

Die Einordnung einer Streitigkeit richtet sich nach der **Natur des Rechtsverhältnisses**, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt danach vor, wenn das Klagebegehren nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist.

Die Kl. machen hier geltend, für einen anderen, nämlich für die Bekl. eine Aufgabe wahrgenommen zu haben, wofür sie nun einen Aufwendungsersatz fordern. In Betracht kommt daher **ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)**.

*„Die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677ff. BGB) sind **grundsätzlich auch im öffentlichen Recht anwendbar**. Wer eine Angelegenheit erledigt, die – wie er weiß – zum **Aufgabenbereich einer Behörde** gehört, führt ein objektiv fremdes Geschäft und handelt als Geschäftsführer ohne Auftrag. Die gleichzeitige Wahrnehmung eigener Interessen steht dem nicht entgegen (vgl. dazu: z.B. BVerwG, NVwZ 1992, 264; BVerwGE 80, 170 = NJW 1989, 922; BVerwGE 48, 279 [285f.] = BeckRS 1975, 30439200)“* (OVG Münster aaO)

In der Sache geht es hier um die Aufsichts- und Betreuungspflicht der Schule gegenüber einem Schulkind während der Schulzeit und auf einer Klassenfahrt.

*„**Während** der Zeit, in der Schüler am **Schulunterricht** oder an einer anderen **Schulveranstaltung** teilnehmen, muss die **Schule** sie **beaufsichtigen**. Dies ergab sich im April 2005 aus § 12 I 1 NWSchulO. Heute folgt die Aufsichtspflicht der Schule aus dem öffentlich-rechtlichen Schulverhältnis (vgl. § 42 NWSchulG) und den allgemeinen Aufgaben der Schule sowie aus § 57 I NWSchulG, wonach die Lehrkräfte die Schüler u.a. beaufsichtigen und betreuen (vgl. auch Nr. 1 der Verwaltungsvorschriften zu § 57 I NWSchulG – Aufsicht – vom 18. 7. 2005, NWABl S. 289). Diese Grundsätze gelten auch für Klassenfahrten, die zu den sonstigen Schulveranstaltungen i.S. des § 43 I 1 NWSchulG und des § 12 I 1 NWSchulO zählen.“* (OVG Münster aaO)

Da es sich bei der angeblich wahrgenommenen **Aufgabe** um eine **hoheitliche** handelt, findet die öffentlich-rechtliche GoA analog §§ 677 ff. BGB Anwendung, so dass hier eine

öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, die zweifellos nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Die Voraussetzungen des § 40 I VwGO liegen damit vor.

Es könnte allerdings die abdrängende Sonderzuweisung des § 40 II VwGO eingreifen. Nach § 40 II VwGO sind solche öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden, die auf einen Schadenersatzanspruch aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten gestützt werden. Hier wird der Anspruch aus einer öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag hergeleitet. Diese gehört zu den öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen. Es ist umstritten, ob die abdrängende Sonderzuweisung des § 40 II VwGO auch gilt, wenn Ansprüche aus Leistungsstörungen öffentlich-rechtlicher Schuldverhältnisse geltend gemacht werden.

Dies könnte jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, wenn der geltend gemachte Anspruch seiner Natur nach gar **kein Leistungsstörungenanspruch** ist. Der Anspruch ist nicht darauf gerichtet, einen entstandenen Schaden zu ersetzen, sondern soll die freiwilligen Aufwendungen des Geschäftsführers erstatten. Der **Aufwendungsersatzanspruch** des Geschäftsführers ist ein Hauptleistungsanspruch und damit kein Anspruch aus Leistungsstörung. § 40 II VwGO greift daher nicht ein.

Der Verwaltungsrechtsweg ist daher gem. § 40 I VwGO eröffnet.

2. statthafte Klageart

Die Geltendmachung des Aufwendungsanspruchs aus öffentlich-rechtlicher GoA kann im Rahmen der allgemeinen Leistungsklage erfolgen.

3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

Die nach § 42 II VwGO erforderliche Klagebefugnis muss zum Ausschluss von Popularklagen in analoger Anwendung auch bei der allgemeinen Leistungsklage vorliegen. Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz darf daher nach der Möglichkeitstheorie nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen sein. Für die Betreuung eines Kindes durch die Eltern während der Klassenfahrt erscheint ein solcher Anspruch zumindest möglich, so dass die Klagebefugnis vorliegt.

4. weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

Hinsichtlich des Vorliegens der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken.

Die Klage ist zulässig.

II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die Voraussetzungen für einen Anspruch aus öffentlich-rechtlicher GoA vorliegen.

Es muss erkennbar werden, dass der Geschäftsführer **für einen Träger öffentlicher Gewalt** tätig geworden ist.

Fraglich ist jedoch, ob die **Eltern** hier **nicht ausschließlich eine eigene Aufgabe** erfüllt haben. Die Frage, ob Eltern in Fallgestaltungen der vorliegenden Art (auch) eine Aufgabe der Schule oder ausschließlich eine eigene Aufgabe wahrnehmen, wenn sie ihr auswärts auf einer Klassenfahrt erkranktes, minderjähriges Kind pflegen und beaufsichtigen sowie es nach Hause holen, beantwortet sich nach Inhalt und Reichweite einerseits der Elternpflicht zur Betreuung und Aufsicht und andererseits der Aufsichtspflicht der Schule.

1. Betreuungspflicht der Eltern

„Maßgeblich dafür sind im vorliegenden Fall die im April 2005 noch geltenden Vorschriften der Allgemeinen Schulordnung (NWSchulO) i.d.F. der Bekanntmachung vom 25.06.2002, geändert durch Verordnung vom 08.04.2003 (NWSGV, S. 223), die sich jedoch, soweit sie hier relevant sind, inhaltlich nicht von den Vorschriften des seit dem 01.08.2005 geltenden Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (NWSchulG) unterscheiden.“ (OVG Münster aaO)

Eltern sind danach **nicht nur zivilrechtlich** gegenüber ihrem minderjährigen Kind, sondern, wenn es Schüler einer Schule ist, **auch** dieser gegenüber **öffentlich-rechtlich zur Aufsicht** über das Kind **verpflichtet**.

*„Diese schulrechtliche Aufsichtspflicht findet ihre Grundlage im Schulverhältnis, aus dem sich für alle Bet. Rechte und Pflichten ergeben (§ 42 I 2 NWSchulG) im April 2005 (§ 3 II 1 NWSchulO), für die Eltern insbesondere die Pflicht zum vertrauensvollen und partnerschaftlichen Zusammenwirken mit der Schule bei der Verwirklichung der Bildungs- und Erziehungsziele (§§ 2 III 2, 42 I 3 NWSchulG) im April 2005 (§§ 3 II 2, 38 I 1 NWSchulO). Bestandteil dieses vertrauensvollen und partnerschaftlichen Zusammenwirkens mit der Schule ist unter anderem die **Pflicht der Eltern, ihr Kind von der Schule in ihre alleinige Obhut zurück zu übernehmen, sobald seine Teilnahmepflicht am Unterricht oder an einer sonstigen Schulveran-***

staltung endet (§ 43 NWSchulG, § 8 NWSchulO) und soweit ihnen dies nach den tatsächlichen Umständen möglich und zumutbar ist. Den Inhalt und die Reichweite der schulrechtlichen Aufsichtspflicht der Eltern musste der Landesgesetzgeber nicht im Einzelnen regeln, weil er insoweit an die zivilrechtlichen Grundsätze über die Beaufsichtigung minderjähriger Kinder durch ihre Eltern anknüpfen konnte.“ (OVG Münster aaO)

2. Betreuungspflicht der Schule

Die Schule muss während der **gesamten Dauer einer Klassenfahrt** alle daran teilnehmenden Schüler beaufsichtigen (vgl. § 57 I NWSchulG; früher § 12 NWSchulO).

„Dies gilt jedoch grundsätzlich nur solange, wie ein Schüler an der Klassenfahrt **tatsächlich teilnimmt** (vgl. dazu: Böhm, Aufsicht und Haftung in der Schule, 3. Aufl. [2007], Rn 154; Gampe/Knapp/ Margies/Rieger, Recht in der NWSchule, Stand: Juni 2005, 9/§ 12 NWSchulO, Rn 55, S. 29; Heckel, Schulrechtskunde, 7. Aufl. [2000], S. 387; Pöttgen/Jehkul/Esser/Zaun, Allgemeine NWSchulO, 15. Aufl. [1995], § 12 Rn 1; Jülich, Schulwanderungen und Schulfahrten, 4. Aufl. [1988], Nr. 4.3.; Jülich, RdJB 1986, 76 [76, 84]).

Die **Aufsichtspflicht** der Schule **endet** aber grundsätzlich **nicht** schon dann, wenn der Schüler während der Klassenfahrt und damit oft weit vom Wohnort der Eltern entfernt so schwer erkrankt, dass er an der Schulveranstaltung „Klassenfahrt“ nicht weiter teilnehmen kann. Die Schule muss vielmehr den erkrankten Schüler, um ihn aufsichtspflichtgemäß vor Schaden zu bewahren, **auch auswärts so lange beaufsichtigen, bis die Eltern die Aufsicht selbst übernehmen**.“ (OVG Münster aaO)

3. Verhältnis von Elternpflicht und Pflicht der Schule

„Nach diesen Grundsätzen gehören die Aufsicht der Eltern über ihr minderjähriges Kind und dessen Pflege zur Personensorge (§§ 1626 I 2, 1631 I BGB). Die sich aus ihr ergebenden Rechte und Pflichten sind höchstpersönliche Positionen, die die Eltern nie der Substanz nach auf einen anderen übertragen können. Die Ausübung der Rechte, z.B. die Beaufsichtigung, dagegen ist übertragbar (vgl. Wenz, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. [1999], Vor, § 1626 Rn 48; MüKo/Huber, BGB, 4. Aufl. [2002], § 1631 Rn 14).“ (OVG Münster aaO)

Kann ein Schüler **aus gesundheitlichen Gründen** nicht am Unterricht oder an einer Schulveranstaltung teilnehmen, ist er **nicht verpflichtet**, die **Schule zu besuchen** (vgl. § 9 I NWSchulO, jetzt § 43 II NWSchulG).

„Bleibt er in einem solchen Fall zu Hause, obliegt es (selbstverständlich) allein den Eltern, ihr Kind zu pflegen und zu beaufsichtigen. Als höchstpersönliche Pflicht der Eltern bleibt die Aufsichtspflicht über ihr Kind dem Grunde nach auch dann bestehen, wenn es sich im Verantwortungsbereich der Schule befindet. Dann tritt die Aufsichtspflicht der Schule lediglich neben die fortbestehende Aufsichtspflicht der Eltern, verdrängt diese aber nicht (vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 24.11. 1987 – 9 S 592/86, in: ESVGH 38, 86 [88]).“ (OVG Münster aaO)

4. Anwendung auf den Fall

„Es war es nicht Aufgabe des Gymnasiums oder der aufsichtsführenden Lehrer, dafür zu sorgen, dass der Sohn der Kl. während seines Krankenhausaufenthaltes, sobald die Kl. zu 1 die Betreuung und Aufsicht **tatsächlich übernommen hatte**, beaufsichtigt und nach Hause begleitet wurde. Dies oblag vielmehr den Kl. als Eltern, die damit keine Aufgabe der Schule wahrgenommen haben, sondern ausschließlich ihr eigenes Geschäft als Eltern.“ (OVG Münster aaO)

GG
Art. 85, 87d**Zustimmungsbefähigung von Bundesgesetzen**
Bundesauftragsverwaltung

VerfR

(BVerfG in NVwZ 2010, 1146; Beschluss vom 04.05.2010 – 2 BvL 8/07 und 2 BvL 09/07)

1. Im Bereich der **Bundesauftragsverwaltung** sieht Art. 85 I GG ein **Zustimmungserfordernis** nur für die **Einrichtung von Behörden**, nicht auch für Regelungen des Verwaltungsverfahrens vor.
2. Ein solches Zustimmungsbefähigung in **Abweichung vom Enumerationsprinzip** kann auch **nicht durch Auslegung** im Vergleich mit Art. 84 I GG a.F. hergeleitet werden.
3. Soweit Art. 85 II GG eine Zustimmungsbefähigung für **Allgemeine Verwaltungsvorschriften** durch die Bundesregierung vorsieht, ergibt sich nichts anderes, da der Erlass solcher Vorschriften über das **gesetzlich verankerte Weisungsrecht weit hinausgeht**.
4. Soweit Art. 87d II GG eine **Zustimmungsbefähigung** für die Übertragung von Aufgaben der Luftverkehrsverwaltung an die Länder als Auftragsangelegenheit vorsieht, gilt dies nur für die **Übertragung neuer Aufgaben** oder eine **vergleichbare Ausweitung vorhandener Aufgaben**.

Fall: Die Vorlagen stellten zur Prüfung, ob die näher bezeichneten, mit dem Gesetz zur Neuordnung von Luftsicherheitsaufgaben vom 11.01.2005 (BGBl I, 78) eingeführten Regelungen zur Überprüfung der Zuverlässigkeit von Luftfahrern mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

Der Kl. im Ausgangsverfahren des Normenkontrollverfahrens 2 BvL 8/07 wurde als langjähriger Inhaber eines Luftfahrerscheins für Privatflugzeugführer und eines Luftfahrerscheins für Segelflugzeugführer vom Regierungspräsidium Darmstadt aufgefordert, eine Zuverlässigkeitsüberprüfung gem. § 7 I Nr. 4 LuftSiG zu beantragen. Nachdem er der Aufforderung nicht nachgekommen war, wiederrief das Regierungspräsidium Darmstadt im Juli 2006 beide Lizenzen.

In dem Ausgangsverfahren, das dem Normenkontrollverfahren 2 BvL 9/07 zu Grunde lag, wandte sich der Kl. dagegen, dass der ihm vor Inkrafttreten des Luftsicherheitsgesetzes erteilte Luftfahrerschein für Privatflugzeugführer im August 2006 widerrufen wurde, nachdem er den geforderten Zuverlässigkeitsnachweis nicht vorgelegt hatte.

Das VG Darmstadt hat mit Beschlüssen vom 27.06.2007 (BeckRS 2007, 27508; BeckRS 2007, 27509) nach Art. 100 I GG in beiden Verfahren den Rechtsstreit ausgesetzt und dem BVerfG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob § 7 I Nr. 4 LuftSiG i.V.m. § 4 I 2 Nr. 3 LuftVG verfassungsgemäß ist. Die Vorschriften seien mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, weil das Luftsicherheitsgesetz der Zustimmung des Bundesrates bedürftig sei und diese nicht erteilt worden sei.

Das BVerfG hat daraufhin festgestellt, dass die Vorlagefrage auf das in den Ausgangsverfahren Entscheidungserhebliche zu beschränken ist (vgl. BVerfGE 3, 187 [196] = NJW 1954, 28; BVerfGE 4, 74 [81] = NJW 1955, 17; BVerfGE 8, 274 [291ff.] = NJW 1959, 475; BVerfGE 117, 272 [291] = NJW 2007, 1577; BVerfGE 117, 316 [324] = NJW 2007, 1343; BVerfGE 120, 1 [23] = NVwZ 2008, 1102, st. Rspr.). In den Ausgangsverfahren geht es ausschließlich um den Widerruf von Lizenzen für Privat- und Segelflugzeugführer (§ 1 II Nr. 1 und Nr. 4 LuftVG). Für die Ausgangsverfahren entscheidungserheblich und im vorliegenden Verfahren klärungsbedürftig kann daher nur sein, ob die zur Prüfung gestellten Bestimmungen mit dem Grundgesetz insoweit vereinbar sind, als sie eine Zuverlässigkeitsüberprüfung für Luftfahrer i.S. des § 4 I 1 i.V. mit § 1 II Nr. 1 und Nr. 4 LuftVG vorschreiben. Sind die Regelungen zustimmungsbefähigt?

Grundsätzlich bedürfen Bundesgesetze nicht der Zustimmung des Bundesrates. Eine Zustimmung des Bundesrates ist nur dort erforderlich, wo das Grundgesetz sie ausdrücklich vorsieht (**Enumerationsprinzip**, vgl. BVerfGE 1, 76 [79]; BVerfGE 37, 363 [381] = NJW 1974, 1751; BVerfGE 108, 370 [397] = NVwZ 2004, 329; zum Gebot strikter Auslegung vgl. auch BVerfGE 55, 274 [319f.] = NJW 1981, 329; BVerfGE 75, 108 [150] = NJW 1987, 3115

Fraglich ist also, ob sich für die betreffenden Regelungen aus dem Grundgesetz eine Zustimmungsbefähigung ergibt.

I. **Zustimmungsbefähigung nach Art. 85 I GG wegen Regelung zur Behördeneinrichtung**

Bundesgesetzliche Regelungen zur Einrichtung der Behörden, die Bundesgesetze im Auftrage des Bundes auszuführen haben, bedürfen nach Art. 85 I 1 GG der Zustimmung des Bundesrates. Diese Bestimmung dient dem Schutz der Verwaltungshoheit der Länder (vgl. BVerfGE 75, 108 [150] = NJW 1987, 3115). Das Luftsicherheitsgesetz überträgt den Ländern Aufgaben als **Bundesauftragsverwaltung**. Enthält das Luftsicherheitsgesetz also Re-

gelungen zur Einrichtungen von Behörden ist Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 85 I GG anzunehmen.

„Das Luftsicherheitsgesetz verwendet in zahlreichen Vorschriften den Begriff der Luftsicherheitsbehörde(n) und bestimmt Aufgaben der so bezeichneten Behörden. Darin liegt jedoch **keine Einrichtungsregelung** i.S. des Art. 85 I 1 GG. Zwar wird im Sinne dieser Verfassungsbestimmung die Einrichtung der Behörden geregelt, wenn ein **Gesetz die Länder zur Schaffung neuer Behörden verpflichtet** (vgl. zum gleichlautenden Merkmal in Art. 84 I GG a.F. BVerfGE 75, 108 [150, 151f.] = NJW 1987, 3115). Eine solche Verpflichtung begründet aber das **Luftsicherheitsgesetz nicht**. Der Ausdruck „die Luftsicherheitsbehörde(n)“ steht abkürzend für die mit der Wahrnehmung der Aufgaben nach dem Luftsicherheitsgesetz betrauten Behörden und hat **allein die Funktion, diese umständlichere Umschreibung zu erübrigen**. Eine Vorgabe, die die Organisationshoheit der Länder berührte – etwa dahingehend, dass die genannten Aufgaben bestimmten vorhandenen oder neu zu errichtenden Behörden oder jeweils nur einer einzigen Behörde zugewiesen werden müssten –, ist damit nicht verbunden (vgl. OVG Münster, Ur. v. 22. 11. 2007 – 20 D 38/05.AK, BeckRS 2008, 33204).

Daher liegt eine Regelung der Behördeneinrichtung auch nicht darin, dass das Luftsicherheitsgesetz den bezeichneten **Behörden unmittelbar bestimmte Aufgaben** – eben die Aufgaben der Ausführung dieses Gesetzes – **zuordnet**. Erst recht stellt es keine Regelung der Behördeneinrichtung dar, dass das Gesetz mittelbar auf die Tätigkeit von Landesbehörden einwirkt, indem es, beispielsweise durch Erweiterung des Kreises der Personen, denen gegenüber die Verwaltungstätigkeit wahrzunehmen ist, die den Landesbehörden zufallenden Tätigkeiten quantitativ vermehrt (vgl. BVerfGE 75, 108 [151f.] = NJW 1987, 3115; BVerfGE 105, 313 [333] = NJW 2002, 2543 = NVwZ 2002, 1102 L). Ob die Regelungen des Luftsicherheitsgesetzes zustimmungspflichtig sind, soweit sie die von den Ländern auszuführenden Aufgaben definieren, richtet sich nach Art. 87d II GG und hängt nach dieser Bestimmung davon ab, ob es sich um eine Übertragung neuer Aufgaben handelt (dazu unter 3). Vor **Vollzugslasten** als solchen sind die Länder – wie im Bereich der Ausführung der Bundesgesetze als eigene Angelegenheit, so auch im Bereich der Bundesauftragsverwaltung – **nicht durch das Erfordernis der Bundesratszustimmung zu Regelungen der Behördeneinrichtung geschützt** (vgl. zu Art. 84 I GG a.F. BVerfGE 75, 108 [151f.] = NJW 1987, 3115; BVerfGE 105, 313 [333] = NJW 2002, 2543 = NVwZ 2002, 1102 L).“ (BVerfG aaO)

II. Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 85 I GG wegen Regelungen zum Verwaltungsverfahren

Führen Länder Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, so ist in Art. 84 I GG ein Zustimmungserfordernis für bestimmte Fälle vorgesehen. Hier handelt es sich allerdings um Bundesauftragsverwaltung (vgl. Art. 87d II GG)

„Im Bereich der Bundesauftragsverwaltung besteht **kein Zustimmungserfordernis für bundesgesetzliche Regelungen des Verwaltungsverfahrens** (so auch Groß, in: Friauf/Höfling, BerlKomm, Art. 85 Rn 13 [Februar 2008]; Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Aufl. [2008], Art. 85 Rn 5; Badura, StaatsR, 3. Aufl. [2003], G 48; Clemens/Umbach, in: Clemens/Umbach, GG II, 2002, Art. 85 Rn 23; Bull, in: AK-GG, 3. Aufl. [2001], Art. 85 Rn 11; Steinberg, Bundesaufsicht, Länderhoheit und AtG, 1990, S. 19; Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 85 Rn 28 [Januar 1987]; Finkelburg/Lässig, VwVfG I, 1979, Einl. Rn 52; Bettermann, Das Verwaltungsverfahren, VVDStL 17 [1959], 118 [159, Fußn. 123]). Nach dem **Wortlaut des Art. 85 I 1 GG sind nur Regelungen der Behördeneinrichtung, nicht dagegen auch Regelungen des Verwaltungsverfahrens zustimmungsbedürftig**“ (BVerfG aaO)

Allerdings könnte eine Auslegung des Art. 85 GG unter Abweichung vom Enumerationsprinzip zu einer Zustimmungsbedürftigkeit führen.

1. Auslegung des Art. 85 I GG unter Berücksichtigung des Art. 84 I GG a.F.

a) Auslegung nach dem wirklichen Willen des Gesetzgebers

Art. 84 I GG a.F. sah für den Bereich der Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit eine **Zustimmungsbedürftigkeit** ausdrücklich sowohl für bundesgesetzliche Regelungen der Behördeneinrichtung als auch für **bundesgesetzliche Regelungen des Verwaltungsverfahrens** vor (vgl. nunmehr, anders ansetzend, Art. 84 I 3 und 6 i.V.m. S. 1 und 2 GG). Dass die **Wortfassung des Art. 85 I GG**, die hiervon abweichend **nur Regelungen zur Einrichtung der Behörden** einem Zustimmungserfordernis unterwirft, auf einem **Redaktionsversehen** im Zusammenhang mit der Aufspaltung einer ursprünglich zwischen Landeseigenverwaltung und Auftragsverwaltung nicht differenzierenden Vorschrift beruhte (so Heitsch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 321ff.), ist **nicht belegbar**.

b) systematische / teleologische Auslegung

„Art. 85 I GG auf einen **Gleichlauf mit den bei Art. 84 I GG a.F. vorgesehenen Zustimmungserfordernissen hin auszulegen** (vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. [2009], Art. 85 Rn 3; Dittmann, in:

Sachs, GG, 5. Aufl. [2009], Art. 85 Rn 10; Hermes, in: Dreier GG III, 2. Aufl. [2008], Art. 85 Rn 29; Bartlsperger, in: BK, Art. 90 Rn 84 [Juli 1969]; Ipsen, StaatsR I, 18. Aufl. [2006], Rn 640; Jänchen/Kiefer, ZLW 2009, 245 [248]), liegt auch **nicht aus systematischen oder teleologischen Gründen nahe.**“ (BVerfG aaO)

Zwischen der Ausführung von Bundesgesetzen **als eigene Angelegenheit** (Art. 84 GG) und der Ausführung von Bundesgesetzen in **Bundesauftragsverwaltung** (Art. 85 GG) bestehen **Unterschiede**, an die sich systemkonform und sinnvoll eine **Differenzierung hinsichtlich des Erfordernisses der Bundesratszustimmung** zu Verfahrensregelungen knüpfen lässt.

aa) Wesen der Ausführung als eigene Angelegenheit

Soweit die Länder **Bundesgesetze als eigene Angelegenheit** ausführen, sind sie grundsätzlich nicht nur befugt, die Gesetze selbst – durch eigene Behörden – auszuführen, sondern auch berechtigt, innerhalb des jeweiligen materiellrechtlichen Rahmens über die Art und Weise der Gesetzesausführung selbst zu befinden; ihnen steht **nicht nur die Wahrnehmungskompetenz**, sondern **auch die Sachkompetenz** zu. In diese Sachkompetenz greifen für die Länder verbindliche bundesgesetzliche Verfahrensregelungen ein.

„Das in Art. 84 I GG a.F. vorgesehene Zustimmungserfordernis für Verfahrensregelungen entsprach daher der allgemeinen Funktion der Zustimmungserfordernisse nach Art. 84 und 85 GG, einen **nicht vom Willen des Bundesrates gedeckten Einbruch in die verfassungsrechtliche Verwaltungszuständigkeit der Länder** und die damit verbundene Systemverschiebung im föderalen Gefüge **auszuschließen** (vgl. BVerfGE 48, 127 [178] = NJW 1978, 1245; BVerfGE 55, 274 [319] = NJW 1981, 329; BVerfGE 75, 108 [150] = NJW 1987, 3115; BVerfGE 114, 196 [231] = NVwZ 2006, 191).“ (BVerfG aaO)

bb) Bundesauftragsverwaltung

Die Bundesauftragsverwaltung zeichnet sich dagegen dadurch aus, dass den **Ländern** schon nach der Ausgestaltung dieses Verwaltungstyps in Art. 85 GG **nur die Wahrnehmungskompetenz uneingeschränkt** zusteht.

„Die **Sachkompetenz** ist ihnen von vornherein nur unter dem **Vorbehalt** zugewiesen, dass **nicht der Bund die konkurrierende Sachkompetenz in Anspruch nimmt**, die ihm nach Art. 85 III GG in Gestalt einer umfassenden Weisungsbefugnis zusteht (vgl. BVerfGE 81, 310 [331f.] = NVwZ 1990, 955; BVerfGE 104, 249 [264ff.]). Dass Art. 85 I GG für die bundesgesetzliche Regelung des Verfahrens ein Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates nicht vorsieht, ist daher **keine Systemwidrigkeit**, die darauf hindeuten könnte, dass der Verfassungsgeber eine andere als die formulierte Regelung gewollt hat.“ (BVerfG aaO)

2. Herleitung einer Zustimmungsbedürftigkeit aus Art. 85 II 1 GG

Art. 85 II 1 GG sieht vor, dass die Bundesregierung im Bereich der Auftragsverwaltung allgemeine Verwaltungsvorschriften nur mit der Zustimmung des Bundesrates erlassen darf. Möglicher Weise kann hieraus die Zustimmungsbedürftigkeit von Verfahrensregelungen im Bereich der Bundesverwaltung hergeleitet werden.

„Die Kompetenz zum **Erlass von Verwaltungsvorschriften** ist – anders als die zur gesetzlichen Regelung des Verfahrens – eine **der Exekutive inhärente Befugnis** (vgl. BVerfGE 100, 249 [261] = NVwZ 1999, 977). Mit dem Erlass von Verwaltungsvorschriften nimmt der Bund unmittelbar **selbst Verwaltungsbefugnisse wahr**, die **über das** ihm durch Art. 85 III GG eingeräumte **Weisungsrecht hinausgehen**. Ein **Erst-Recht-Schluss** von der Zustimmungsbedürftigkeit allgemeiner Verwaltungsvorschriften auf die Zustimmungsbedürftigkeit bundesgesetzlicher Verfahrensregelungen (vgl. Dittmann, in: Sachs, GG, 5. Aufl. [2009], Art. 85 Rn 10; Hermes, in: Dreier, GG, 2. Aufl. [2008], Art. 85 Rn 29; Trute, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, 5. Aufl. [2005], Art. 85 Rn 12; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. [2007], Art. 85 Rn 3; Bartlsperger, in: BK, Art. 90 Rn 84 [Juli 1969]; Ipsen, StaatsR I, 18. Aufl. [2006], Rn 640) **drängt sich daher nicht auf.**“ (BVerfG aaO)

III. Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 87d II GG

Nach Art. 87d II GG können durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, Aufgaben der Luftverkehrsverwaltung den Ländern als Auftragsverwaltung übertragen werden. Das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben könnte eine solche Aufgabenübertragung enthalten.

1. Voraussetzungen für die Annahme einer Aufgabenübertragung

„Eine gesetzliche Regelung „überträgt“ den Ländern Aufgaben, soweit sie ihnen **Aufgaben zuweist, die ihnen zuvor nicht oblagen. Aufgabenbezogene Regelungen**, die – wie etwa die Wiederholung oder Konkretisierung bereits früher erfolgter Aufgabenzuweisungen im Rahmen der gesetzlichen Neuregelung einer Materie – den **Aufgabenbestand** der Länder gegenüber dem bisherigen Rechtszustand **nicht vergrößern**, stellen **keine Aufgabenübertragung** im von Art. 87d II GG gemeinten, konstitutiven Sinne dar. Sinn der grundgesetzlichen Erfordernisse einer Zustimmung des Bundesrates ist es, eine von der Verfassung zugelassene **einfachgesetzliche Systemverschiebung im föderalen Gefüge**, die die primären verfassungsrechtlichen Kompetenzzuordnungen zu Lasten der Länder verändert, **an das Einvernehmen der Ländervertretung zu binden** (vgl. BVerfGE 48, 127 [178] = NJW 1978, 1245; BVerfGE 114, 196 [231] = NVwZ 2006, 191). Dies gilt auch für Art. 87d II GG. Wo eine **Systemverschiebung** mangels konstitutiver Bedeutung der gesetzlichen Regelung **nicht stattfindet, greift das Zustimmungserfordernis nicht ein** (vgl. BVerfGE 10, 20 [49] = NJW 1959, 1531; BVerfGE 37, 363 [388] = NJW 1974, 1751; BVerfGE 114, 196 [224f.] = NVwZ 2006, 191).“ (BVerfG aaO)

2. Vergleich der Aufgaben vor und nach Inkrafttreten des Luftsicherheitsgesetzes

Es kommt daher darauf an, ob den Ländern mit dem Luftsicherheitsgesetz neue Aufgaben übertragen wurden. Der Aufgabenbegriff des Art. 87d II GG ist insofern nicht determiniert. Der **Zuschnitt der übertragenen Aufgaben** wird innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens **allein durch den einfachen Gesetzgeber definiert**.

„**Bestimmt** dieser die übertragene **Aufgabe kleinteilig** – etwa dahin, dass die Sicherheitsüberprüfung näher bezeichneter Personengruppen von den Ländern vorzunehmen ist –, so handelt es sich um eine **neue Übertragung**, wenn die von den Ländern durchzuführende Prüfung später auf andere Personengruppen erweitert wird. Weist er den Ländern dagegen eine Aufgabe zu, die von vornherein so weit bestimmt ist, dass auch Prüfungspflichten in Bezug auf neu hinzugekommene Personengruppen ihr unterfallen, dann liegt in einer entsprechenden Ausdehnung der den Ländern zufallenden Prüfpflichten keine Übertragung einer neuen Aufgabe, sondern nur eine Ausgestaltung der bereits früher zugewiesenen.

Auch **bloße Änderungen in der Ausgestaltung einer übertragenen Aufgabe**, die den Inhalt der das Zustimmungserfordernis auslösenden Aufgabenübertragungsnorm und damit die gesetzliche Bestimmung der übertragenen Aufgabe als solche nicht unmittelbar modifizieren, können **ausnahmsweise** der Sache nach eine **Übertragung neuer Aufgaben** darstellen und somit der Zustimmung nach Art. 87d II GG bedürfen. Dies ist der Fall, wenn sie der übertragenen Aufgabe einen **neuen Inhalt** und eine **wesentlich andere Bedeutung und Tragweite** verleihen (vgl. BVerfGE 48, 127 [180ff., 184] = NJW 1978, 1245).

Die **Aufgabe der Luftverkehrsverwaltung** weist das Grundgesetz dagegen **primär dem Bund** zu (Art. 87d I 1 GG), und **gerade ihre – auch partielle – Verlagerung auf die Länder** unterwirft es dem Vorbehalt der **Zustimmung** des Bundesrates (Art. 87d II GG). Danach kann das Zustimmungserfordernis des Art. 87d II GG dem **Schutz vor einer von der grundgesetzlichen Primärverteilung der Zuständigkeiten abweichenden Belastung** mit Aufgaben dienen. Allerdings begründet im Rahmen des Art. 87d II GG eine Gesetzesänderung, die **ohne inhaltliche Veränderung** der aufgabenübertragenden Norm lediglich zu einer quantitativen Erhöhung der Vollzugslasten führt, ohne dass dies die Wahrnehmung der übertragenen Aufgabe strukturell oder in anderer Weise schwerwiegend verändert, noch **keine Zustimmungsbedürftigkeit**. Dies folgt schon aus dem nicht auf die Erhöhung von Verwaltungslasten, sondern auf die **Übertragung von Aufgaben abstellende Wortlaut** der Bestimmung. Zudem ist auch bei der Auslegung des Art. 87d II GG zu berücksichtigen, dass das **Grundgesetz die Zustimmungsbedürftigkeit** von Bundesgesetzen **nur als Ausnahme** und nur für Fälle einer besonders gewichtigen Berührung der föderalen Ordnung und des Interessenbereichs der Länder vorsieht (vgl. BVerfGE 1, 76 [79]; BVerfGE 37, 363 [381, 383] = NJW 1974, 1751; BVerfGE 61, 149 [206]).“ (BVerfG aaO)

3. Anwendung auf den Fall

Nach diesen Maßstäben hat das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben den Ländern keine neue Aufgabe i.S. des Art. 87d II GG übertragen.

„Die neue Aufgabenübertragungsnorm des § 16 II LuftSiG nimmt im Verhältnis zur früheren **keine inhaltliche Erweiterung der übertragenen Aufgabe** vor. Gemäß § 16 II LuftSiG werden – vorbehaltlich anderweitiger Regelung in den nachfolgenden Absätzen – die Aufgaben der Luftsicherheitsbehörden nach diesem Gesetz und nach der Verordnung (EG) Nr. 2320/2002 von den Ländern im Auftrage des Bundes ausgeführt.

Das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben hat auch **nicht** die übertragene Aufgabe **derart grundlegend umgestaltet**, dass trotz sachlich gleichgebliebenen Inhalts der Übertragungsnorm von der Übertragung einer neuen Aufgabe die Rede sein könnte. Einen neuen Inhalt und eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite (vgl. BVerfGE 48, 127 [180ff., 184] = NJW 1978, 1245) hat die bereits durch § 31 II Nr. 19 LuftVG a.F. übertragene Aufgabe des Schutzes vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs durch dieses Gesetz nicht erhalten.“ (BVerfG aaO)

IV. Ergebnis: Die zur Prüfung gestellten Regelungen unterliegen keinem Zustimmungserfordernis des Bundesrates.

Kurzauslese I

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

BGB **BGB**
§ 204 I Nr. 1 **Verjährungshemmung**
nicht durch Klage eines Nichtberechtigten
(BGH in NJW 2010, 2270; Urteil vom 29.10.2009 – I ZR 191/07)

Die **Vorschrift des § 204 I Nr. 1 BGB setzt** – ebenso wie schon § 209 I BGB a. F. – eine **Klage des materiell Berechtigten voraus. Berechtigter ist** neben dem ursprünglichen Rechtsinhaber und dessen Rechtsnachfolger **auch der gesetzliche oder gewillkürte Prozessstandschafter.**

„[Die Vorschrift des § 204 I Nr. 1 BGB] setzt – ebenso wie schon § 209 I BGB a. F. – eine Klage des materiell Berechtigten voraus (vgl. MüKo/Grothe, 5. Aufl., § 204 Rn 17; Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 204 Rn 8; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 204 Rn 9; BGH NJW 1999, 3707). Dementsprechend **hemmt die Klage eines Nichtberechtigten nicht den Lauf der Verjährung.** Obwohl § 204 I Nr. 1 BGB – anders als § 209 I BGB a. F. – nicht mehr ausdrücklich auf den „Berechtigten“ abstellt, **hat sich sachlich am Erfordernis der materiellen Berechtigung des Kl. nichts geändert.**

Nach der **Begründung des Gesetzentwurfs** zur Modernisierung des Schuldrechts wurde die in § 209 I BGB a. F. vorgesehene Unterbrechung der Verjährung als „**unsystematisch**“ empfunden, weil in § 211 I, 212a S.1, 214 I, 215 I BGB a. F. bestimmt war, dass die Unterbrechung durch Geltendmachung eines Anspruchs im Verfahren „**fortdauerte**“. Hierin wurde der Sache nach eine Hemmung gesehen. Aus diesem Grunde sollte die durch Klageerhebung eintretende Unterbrechung der Verjährung in eine Hemmung umgewandelt werden. Inhaltlich sollte § 204 I Nr. 1 BGB der Vorschrift des § 209 I BGB a. F. indessen entsprechen (vgl. BT-Dr 14/6040, S. 113; Rabe NJW 2006, 3089 f.; Staudinger/Peters, § 204 Rn 6; a.A. Kähler NJW 2006, 1769). Berechtigter i.S. von § 204 I Nr. 1 BGB ist neben dem ursprünglichen Rechtsinhaber und seinem Rechtsnachfolger **aber auch der gesetzliche oder gewillkürte Prozessstandschafter** (BGH NJW 1999, 3707f.; Staudinger/Peters, § 204 Rn 9f.; MüKo/Grothe, § 204 Rn 17).“ (BGH aaO)

BGB **BGB**
§ 249 **Schadensersatzanspruch**
Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten bei Verkehrsunfall
(AG Siegburg in MDR 2010, 1112; Urteil vom 31.03.2010 – 111 C 10/10)

Der Geschädigte kann die **zur Ermittlung der Schadenshöhe des unfallbeschädigten Fahrzeugs angefallenen Sachverständigenkosten trotz Mithaftung** in Höhe von 50% jedenfalls **dann in voller Höhe ersetzt verlangen, wenn die Kosten auch bei Abrechnung auf Basis des hälftigen Reparaturaufwands in gleicher Höhe angefallen wären.**

„Der Schädiger hat die Kosten eines vom Geschädigten zur Schadensfeststellung, insbes. zur Bestimmung der Schadenshöhe eingeholten Sachverständigengutachtens zu ersetzen, soweit dieses **aus Sicht des Geschädigten im Zeitpunkt der Beauftragung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich ist** (BGH NJW 2007, 1450; Oetker, in: MüKo/Oetker, 5. Aufl. 2006, § 249 Rn 371). Demnach kommt es darauf an, ob ein verständig und wirtschaftlich denkender Geschädigter nach seinen Erkenntnissen und Möglichkeiten die Einschaltung eines Sachverständigen für geboten erachten durfte (BGH NJW 2005, 356). Auch **bei Kfz-Unfällen darf der Geschädigte einen Sachverständigen hinzuziehen**, und zwar auch dann, wenn bereits der Schädiger einen beauftragt hat (Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. 2010, § 249 Rn 58). Die Kosten für einen Sachverständigen sind nur dann nicht erforderlich und damit nicht erstattungsfähig, wenn ein offensichtlicher Bagatellschaden bis ca. 700 € vorliegt; in derartigen Fällen genügt ein Kostenvoranschlag durch eine Kfz-Werkstatt (BGH NJW 2005, 356; Palandt/Grüneberg, § 249 Rn 58).

Im Gegensatz zu den Schadenspositionen, die im Falle einer Mithaftung des Geschädigten quotiert werden müssen, wie beispielsweise Reparaturkosten, fallen Sachverständigenkosten überhaupt nicht an, wenn der Geschädigte den Unfall vollständig selbst verursacht hat (Poppe DAR 2005, 669). Denn bei den Kosten, die durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens entstehen, handelt es sich um Rechtsverfolgungskosten. Diese **Kosten dienen ausschließlich dazu, den auf Grund der jeweiligen Haftungsquote erstattungsfähigen Anteil des dem Geschädigten entstandenen Gesamtschadens von dem Schädiger ersetzt zu bekommen.** Die **Sachverständigenkosten sind deswegen nicht wie der Gesamtschaden des Geschädigten zu quotieren**, da sie erst dann entstehen, wenn der Geschädigte seinen erstattungsfähigen Anteil des Gesamtschadens gegenüber dem Schädiger beziffern und belegen muss.“ (AG Siegburg aaO)

BGB **BGB**
§ 906 II 2 **Ausgleichsanspruch**
kein Schmerzensgeldanspruch
(BGH in MDR 2010, 1113; Urteil vom 23.07.2010 – V ZR 142/09)

Der **Ausgleichsanspruch nach § 906 II 2 BGB gewährt kein Schmerzensgeld.**

- I. Bei dem Ausgleichsanspruch nach § 906 II 2 BGB handelt es sich um einen **aus dem Grundstückseigentum abgeleiteten Anspruch**; die Gewährung einer Entschädigung auf seiner Grundlage **setzt einen Bezug zu dem beeinträchtigten Grundstück** in Form der Eigentums- oder Besitzstörung mit der Folge einer zu

duldenden **Nutzungsbeeinträchtigung voraus** (siehe nur BGH NJW 2009, 3787). Von einem Schadensersatzanspruch unterscheidet sich der Ausgleichsanspruch darin, dass die Entschädigung die durch die zu duldende Einwirkung eingetretene Vermögenseinbuße beseitigen soll, während der Schadensersatz der Wiederherstellung des Zustands dient, der bestünde, wenn die Einwirkung nicht zu der unzumutbaren Beeinträchtigung geführt hätte (BGHZ 147, 45). **Auszugleichen sind somit vermögenswerte Nachteile**, die ihre Ursache in der Eigentums- oder Besitzstörung haben.

- II. Nach diesen Grundsätzen **scheidet die Berücksichtigung von Gesundheitsstörungen** bei der Prüfung, ob ein Ausgleichsanspruch nach § 906 II 2 BGB besteht, **nicht von vornherein aus**.

„Relevanz können sie bei der Beurteilung der Wesentlichkeit der Beeinträchtigung des betroffenen Grundstücks haben, wenn nämlich Einwirkungen i. S. v. § 906 I 1 BGB zur Herbeiführung von Gesundheitsstörungen geeignet sind (BGHZ 49, 148; BGH NJW 2004, 1317). Das bedeutet jedoch nicht, dass in einem solchen Fall eine Entschädigung in der Form des Schmerzensgeldes für die erlittene Gesundheitsverletzung zu zahlen ist. Soweit sich die Revision für ihre gegenteilige Ansicht auf Stimmen in der Lit. (Staudinger/Roth, BGB 2009, § 906 Rn 77 und 110; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II 2. Halbband, § 85 II 5; Gerlach, Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts, S. 236 ff.) beruft, bleibt das erfolglos. Zwar befürworten die genannten Autoren (ebenso Staudinger/Kohler, Einl. zum UmweltHR 2002, Rn 120, siehe aber auch Rn 219) die Einbeziehung von Gesundheitsschäden in den Schutzbereich des § 906 II 2 BGB im Wege der Analogie. Ob dem zu folgen ist, kann indes offen bleiben, denn sie sprechen sich nicht dafür aus, dass als Folge davon neben der Entschädigung für vermögenswerte Nachteile auch die Zahlung eines Schmerzensgeldes verlangt werden kann. Lediglich Spindler (Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 253 Rn 10) und Däubler (JuS 2002, 625) bejahen einen Schmerzensgeldanspruch auf der Grundlage von § 906 II 2 BGB i.V.m. § 253 II BGB. Diese Autoren verkennen jedoch, dass der Ausgleichsanspruch ungeachtet des Umstands, dass die auf seiner Grundlage zu zahlende Entschädigung im Einzelfall die Höhe des vollen Schadensersatzes erreichen kann (BGHZ 142, 66), kein Schadensersatzanspruch ist; Voraussetzung für die Verpflichtung des Schädigers zur Zahlung eines Schmerzensgeldes ist jedoch das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs (§ 253 II BGB). Fehlt es daran, ist die Vorschrift in § 253 II BGB auch nicht entsprechend anwendbar (Bamberger/Roth/Fritzsche, BGB, 2. Aufl., § 906 Rn 77). Auch kann sich die Revision nicht mit Erfolg auf eine "Parallelwertung im Bundesimmissionsschutzgesetz" stützen, denn nach § 14 S. 2 BImSchG kann unter den dort genannten Voraussetzungen Schadensersatz verlangt werden. Das ist, wie gesagt, etwas anderes als die Entschädigung nach § 906 II 2 BGB.“ (BGH aaO)

StGB

Totschlag

StGB

§§ 24 I, 212

Rücktritt vom Versuch

(BGH in NSTZ-RR 2010, 276; Beschluss vom 20.05.2010 – 3 StR 78/10)

Ein **strafbefreiender Rücktritt vom Versuch** gem. § 24 I 1 HS 2 StGB **setzt voraus**, dass der **Täter eine neue Kausalkette in Gang setzt**, die für die Nichtvollendung der Tat ursächlich oder jedenfalls mitursächlich wird. Dabei kann sich der Täter auch eines Dritten bedienen.

*„§ 24 I 2 StGB setzt voraus, dass der Täter alles tut, was in seinen Kräften steht und nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist, und dass er **die aus seiner Sicht ausreichenden Verhinderungsmöglichkeiten ausschöpft**, wobei er sich **auch der Hilfe Dritter bedienen kann** (BGHSt 33, 295 = NJW 1986, 73 = NSTZ 1986, 25; BGH NSTZ 2008, 329). Allerdings sind, wenn – wie hier – ein Menschenleben auf dem Spiel steht, insoweit hohe Anforderungen zu stellen. Der Täter muss sich um die bestmögliche Maßnahme bemühen. Hilft er nicht selbst, so muss er sich zumindest vergewissern, ob die Hilfspersonen das Notwendige und Erforderliche veranlassen (BGHSt 33, 295 = NJW 1986, 73 = NSTZ 1986, 25).“ (BGH aaO)*

StGB

Einziehung

StGB

§ 74 II Nr. 1

Zulässigkeit der Einziehung von Forderungen

(OLG Celle in NSTZ-RR 2010, 279; Beschluss vom 05.05.2009 – 1 Ws 169/09)

Die **Frage, wem Rechte i.S. des § 74 II Nr. 1 StGB „gehören“**, beantwortet sich nach **materiellem Recht**. Im Fall eines treuhänderisch eingerichteten Kontos kann sich der Treugeber daher auf eine bloß wirtschaftliche Beeinträchtigung bei Einziehung der Forderung des Treunehmers gegen das Kreditinstitut nicht berufen.

*„Ausgehend von der **Entstehungsgeschichte** der Einziehungsvorschriften und der vergleichbaren BGH-Rspr. zur Einziehung von Sicherungs- oder Vorbehaltseigentum sieht der Senat keine Veranlassung, bei der Einziehung von Forderungen abweichend von der **zivilrechtlichen Beurteilung der Inhaberschaft auf die wirtschaftliche Zugehörigkeit** abzustellen. Auch bei Rechten kommt es vielmehr maßgeblich auf die dingliche Zuordnung an, während schuldrechtliche Ansprüche außer Betracht zu bleiben haben. Dem entspricht es im Zivilrecht, dass die Pfändung von Treuhandkonten Gläubigern der Treugeber versagt bleiben muss und diese stattdessen die Forderungen der Treugeber gegen den Treuhänder auf Rückübertragung nach Beendigung des Treuhandverhältnisses pfänden können (vgl. Stöber, Forderungspfändung, Rn 403 m.w.N.). Dass im Fall der Insolvenz des Treuhänders dem Treugeber ein Aussonderungsrecht zusteht (§ 47 InsO) bzw. im Fall der Pfändung von Treuhandforderungen durch Gläubiger des Treuhänders dem Treugeber die Möglichkeit einer Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO eröffnet ist, ändert an dem grds. zivilrechtlich bestehenden Auseinanderfallen der Forderungen zwischen Treuhänder und Bank einerseits und Treugeber und Treuhänder andererseits nichts. Dass die **insolvenzrechtlichen Besonderheiten auf den Begriff des „Gehörens“ i.S. des § 74 I StGB keinen Einfluss haben**, ist bereits **höchststrichlerlich geklärt** (vgl. BGHSt 24, 227 = NJW 1971, 2236). Aber auch die **Besonderheiten der Zwangsvollstreckung im Zivilrecht stehen** – wie sich aus der oben genannten BGH-Rspr. ergibt – **der Anknüpfung an die rein formale Rechtsposition bei der strafrechtlichen Einziehung nicht entgegen** (vgl. auch OLG Karlsruhe NJW 1974, 709).“ (OLG Celle aaO)*

StGB
§ 177 II 2 Nr. 1

Vergewaltigung
frühere Gewalteinwirkung als konkludente Drohung
(BGH in NSTZ 2010, 570; Beschluss vom 24.06.2009 – 4 StR 260/10)

StGB

Frühere Gewalteinwirkungen können als (konkludente) Drohung gegenüber dem Opfer **anzusehen sein**, den körperlich wirkenden Zwang erneut anzuwenden, falls das weitere Vorgehen des Täters auf Widerstand stoßen sollte.

„So kann vorangegangene Gewalt in diesem Sinne fortwirken, wenn das Opfer angesichts der früheren Gewalteinwirkung und der gegebenen Kräfteverhältnisse **aus Furcht vor weiteren Gewalttätigkeiten von einer Gegenwehr absieht**, sofern der Täter zumindest erkennt und billigt, dass das Opfer sein Verhalten als Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben empfindet (vgl. BGH NSTZ-RR 2003, 42).“ (BGH aaO)

StGB
§ 273 I Nr. 1

Urkundenfälschung
Ablösen behördlicher Aufkleber auf ausländischem Führerschein
(OLG Köln in NSTZ 2010, 520; Beschluss vom 06.10.2009 – 81 Ss 43/09)

StGB

I. Das **Ablösen behördlicher Aufkleber auf einem ausländischen Führerschein** mit dem Hinweis, dass die Fahrerlaubnis in Deutschland nicht gilt, **stellt keine Urkundenfälschung dar**.

„**Verfälschung einer Urkunde i.S.d. § 267 StGB** ist die **nachträgliche Veränderung ihres Gedankeninhalts**, durch die der Anschein erweckt wird, der Aussteller habe die Erklärung in der Form abgegeben, die sie durch die Veränderung erlangt hat (Schönke/Schröder/Cramer/Heine, 27. Aufl., § 267 Rn 64 m.w.N.). Die Urkunde muss infolge des Eingriffs eine andere Tatsache zu beweisen scheinen als vorher; d.h. ihre Beweisrichtung muss geändert werden, ohne dass sie den Charakter als Urkunde verliert (vgl. Fischer, 56. Aufl., § 267 Rn 19 m.w.N.).

Das ist durch die dem Angekl. angelastete Handlung indessen **nicht eingetreten**: Soweit es den durch die tschechischen Behörden ausgestellten Führerschein anbetrifft, ist dessen **Inhalt durch die Manipulation des Angekl. nicht verändert** worden. Die darin verkörperte **Erklärung über die Erteilung der Fahrerlaubnis** an den Angekl. ist vielmehr durch das Ablösen der Aufkleber **unverändert geblieben** (vgl. auch BayObLG NJW 1980, 1057 für die vergleichbare Fallgestaltung des Entfernens eines Vermerks über die Erteilung von Benzingutscheinen auf einem Fahrzeugschein).

Die **Aufkleber als solche** können schon deshalb **nicht Gegenstand einer Urkundenfälschung sein, weil sie ohne Bezug zu einem bestimmten Führerschein keinen eigenständigen Erklärungswert haben**. Dieser wird erst durch die Verbindung mit dem Führerschein hergestellt und durch die Trennung wieder aufgehoben, aber nicht verändert. Die mit der Verbindung von Führerschein und Aufklebern der deutschen Straßenverkehrsbehörde geschaffene Gesamturkunde (vgl. dazu Fischer aaO, Rn 19b) mit der Erklärung, dass diese tschechische Fahrerlaubnis im Gebiet der BR Deutschland keine Geltung hat, wird ebenfalls durch die Tathandlung nicht in ihrer Beweisrichtung verändert und damit i.S.d. § 267 I StGB verfälscht. Durch das (völlige) Entfernen der Aufkleber wird diese Urkunde vielmehr vernichtet.“ (OLG Köln aaO)

II. In Betracht kommt jedoch eine **Strafbarkeit wegen Veränderns amtlicher Ausweise nach § 273 I Nr. 1 StGB**.

„Der **Straftatbestand schützt die Sicherheit und Zuverlässigkeit des amtlichen Rechtsverkehrs im Allgemeinen**. Unter Ausweisen i.S.d. Vorschrift sind dabei öffentliche Urkunden zu verstehen, die zumindest auch dem Identitätsnachweis einer Person dienen. Dazu können grds. auch von ausländischen Behörden erteilte Führerscheine gehören (vgl. Schönke/Schröder/Cramer/Heine aaO, § 273 Rn 12). Der **Eingriff in die Urkunde muss sich nicht auf den Identitätsnachweis beziehen**. Vielmehr kommen Veränderungen hinsichtlich jeglicher Eintragungen (Vermerke, Genehmigungen, Stempel) in Betracht, sofern sie mit dem Ausweis fest verbunden sind.“ (OLG Köln aaO)

SGB VII
§§ 8 II Nr. 2b

Arbeitsunfall
Vorliegen einer Fahrgemeinschaft im unfallversicherungsrechtlichen Sinn
(BSG in DB 2010, 1356; Urteil vom 12.01.2010 – B 2 U 36/08 R)

SGB

Der **Versicherungsschutz wegen Teilnahme an einer Fahrgemeinschaft** ist auf dem Weg nach oder von dem Ort der versicherten Tätigkeit **nicht auf „eine“ Fahrgemeinschaft beschränkt**.

„§ 8 II Nr. 2 b SGB VII geht auf die **Vorläuferregelung des § 550 II Nr. 2 RVO** zurück. Nach dieser durch § 15 Nr. 1 b des 17. Rentenanpassungsgesetzes vom 01.04.1974 eingeführten Bestimmung war die **Versicherung nicht ausgeschlossen, wenn der Versicherte von dem unmittelbaren Weg zwischen Wohnung und dem Ort der Tätigkeit abgewichen ist**, weil er mit anderen berufstätigen oder versicherten Personen gemeinsam ein Fahrzeug für den Weg nach und von dem Ort der Tätigkeit benutzt hat. Sie sollte zur Förderung von Fahrgemeinschaften beitragen und sicherstellen, dass der **Unfallversicherungsschutz auf Umwegen erhalten bleibt**, die gemacht werden, weil mitfahrende Personen unterwegs aufgenommen oder abgesetzt werden. Es ist daher nicht erforderlich, dass die Teilnehmer einer Fahrgemeinschaft vom Ausgangspunkt aus mitfahren und bis zum Ziel mitgenommen werden. Vielmehr genügt es, dass ein Teil des Wegs mit Hilfe der Fahrgemeinschaft zurückgelegt wird.

Der **Fahrer einer Fahrgemeinschaft verliert nicht** dadurch **seinen Unfallversicherungsschutz**, dass er eine Person zu dessen Zielort bringt, um dann zu einer anderen Person zu fahren, um mit diesem eine weitere Fahrgemeinschaft zu bilden. Weder aus dem Wortlaut des § 8 II Nr. 2 b SGB VII noch den Materialien zur Vorläuferregelung des § 550 II Nr. 2 RVO lässt sich eine Beschränkung auf die Beteiligung an nur einer Fahrgemeinschaft ableiten. Wie der Senat wiederholt betont hat, **begründet das Bestehen einer Fahrgemeinschaft aus sich heraus keinen neuen Versicherungsschutz**. § 8 II Nr. 2 b SGB VII erweitert den durch § 8 II Nr. 1 SGB VII zugebilligten Versicherungsschutz auf dem unmittelbaren Weg vom und nach dem Ort der Tätigkeit auf bestimmte Um- und Abwege, die wegen des gemeinsamen Fahrens zu einer Erweiterung der Wegstrecke führen.“ (BSG aaO)

VwVfG
§ 3 III

**Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts
nachträglicher Wegfall der Behördenzuständigkeit**

VwVfG

(OVG Greifswald in NVwZ-RR 2010, 751; Beschluss vom 19.05.2010 – 2 L 149/09)

Der **nachträgliche Wegfall der (sachlichen) Behördenzuständigkeit führt nicht zur formellen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts.**

„In § 3 III VwVfG gibt es demgegenüber eine Regelung, nach der **eine Behörde unter bestimmten Voraussetzungen einen Verwaltungsakt sogar noch erlassen kann, nachdem sie ihre (örtliche) Zuständigkeit bereits verloren hat.** Eine andere Beurteilung ist auch nicht aus rechtstaatlichen Erwägungen bzw. dem Anspruch auf ein faires Verfahren geboten. In der Sache würde sich die **Rechtsposition des Betroffenen nicht verbessern**, würde der angefochtene Verwaltungsakt aufgehoben und durch einen inhaltsgleichen ersetzt. Dass es für die Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit der streitigen Aufforderung auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ankommt, führt im Hinblick auf die Auswirkungen eines nachträglichen Zuständigkeitswechsel nicht zu einem anderen Ergebnis. Allenfalls mag zu erwägen sein, ob die Klage auf die zuletzt zuständige Behörde umzustellen gewesen wäre.“ (OVG Greifswald aaO)

BGB
§ 839

**Amtspflichtverletzung
Nichtbeachtung einer Verwaltungsvorschrift**

BGB

(BGH in MDR 2010, 1113; Beschluss vom 24.06.2010 – III ZR 315/09)

Eine **Verwaltungsvorschrift ist von einem Amtsträger auch dann noch zu beachten, wenn diese wegen einer Befristung außer Kraft getreten ist und nicht durch eine andere ersetzt wurde.**

„Die Verwaltungsvorschrift war zwar bis zum 31.12.2005 befristet und damit zum Zeitpunkt der hier durchgeführten Untersuchung formal außer Kraft getreten. Sie ist jedoch nicht durch eine andere Verwaltungsvorschrift ersetzt worden. In dieser Situation können (müssen) die mit der Durchführung und Überwachung der Bauordnung betrauten Stellen und Behörden **davon ausgehen, dass sich die Auffassung der obersten Bauaufsichtsbehörde zu den in der Verwaltungsvorschrift gemachten Aussagen auch nach deren Auslaufen nicht geändert hat** (vgl. Gädtke/Temme/Heinz/Czepuck, NWBauO, 11. Aufl., § 17 Rn 1a). Dabei darf insbes. bei „sicherheitsrelevanten“ Fragen wie denen des Brandschutzes erwartet werden, dass die oberste Bauaufsichtsbehörde, wenn und soweit die Nichtverlängerung der Geltungsdauer der Verwaltungsvorschrift auf einer anderen Bewertung der Gefahrenlage beruhen sollte, darauf schon vor Erlass einer neuen Verwaltungsvorschrift in geeigneter Weise (Rundschreiben, Runderlasse etc.) hinweist, um zukünftigen Brandgefahren zu begegnen.“ (BGH aaO)

BDSG
§ 28 I Nr. 2

**Speicherung von Schufa-Daten
Zulässigkeit**

BDSG

(OLG Frankfurt in MDR 2010, 1135; Beschluss vom 13.07.2010 – 19 W 33/10)

Die **Speicherung und Übermittlung von Daten über eine rechtskräftig titulierte Forderung** aus einem Kreditvertrag **durch die Schufa ist gem. § 28 I Nr. 2 BDSG grds. zulässig.**

„Nach § 28 I Nr. 2 BDSG ist das Übermitteln personenbezogener Daten zulässig, soweit es zur **Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stellen** erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das **schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung** überwiegt. Insoweit wird zwischen sog. harten und weichen Negativmerkmalen unterschieden.

Hier betreffen die bei der Ag. gespeicherten Daten, die der Ast. nicht näher darlegt, offenbar die rechtskräftig titulierte Forderung der A-Bank aus dem Kreditvertrag, somit sog. harte Negativmerkmale. Insoweit ist die Datenübermittlung regelmäßig zulässig. Die Meldung an die Ag. dient der Wahrung der berechtigten Belange der Antragsgegnerin und der Allgemeinheit. Die Ag. hat die Aufgabe, ihren Vertragspartnern **Informationen zu verschaffen, um sie vor Verlusten im Kreditgeschäft mit Konsumenten zu schützen** und ihnen gleichzeitig die Möglichkeit zu geben, ihren **Kunden durch Beratung vor übermäßiger Verschuldung zu bewahren.**“ (OLG Frankfurt aaO)

Entscheidungen VerfahrensrechtZVG
§§ 89, 90**Änderung des Zuschlagsbeschlusses
E-B-V zwischen altem und neuem Ersteher**

ZPO

(BGH in NJW 2010, 2664; Urteil vom 05.03.2010 – V ZR 106/09)

1. Wird nach der Zwangsversteigerung eines Grundstücks der **Zuschlagsbeschluss** im Beschwerdeweg **rechtskräftig aufgehoben** und der Zuschlag zugleich einem anderen erteilt, verliert der ursprüngliche Ersteher das Eigentum an den Schuldner **rückwirkend zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Zuschlagsbeschlusses**; der neue Ersteher wird mit dem Wirksamwerden der Zuschlagserteilung an ihn Eigentümer.
2. Von diesem Zeitpunkt an besteht zwischen dem ursprünglichen Ersteher, der das Grundstück weiterhin benutzt, und dem neuen Ersteher ein **Eigentümer-Besitzer-Verhältnis**.
3. Der neue Ersteher hat einen **Anspruch auf Nutzungsherausgabe** nach § 987 BGB ab dem Zeitpunkt, in welchem dem ursprünglichen Ersteher die im Beschwerdeweg ergangene **Zuschlagsentscheidung zustellt** worden ist; bis dahin haftet der ursprüngliche Ersteher nach § 988 BGB.

Fall: Am 19.06.2007 erhielten die Bekl. in einem drei Grundstücke betreffenden Zwangsversteigerungsverfahren den Zuschlag erteilt. Auf die Beschwerde der Kl. hob das LG mit Beschluss vom 17.09.2007, der ihr am 10.10.2007 zugestellt wurde, den Zuschlagsbeschluss auf und erteilte der Kl. den Zuschlag. Die dagegen gerichtete Rechtsbeschwerde der Bekl. wies der Senat mit Beschluss vom 15.05.2008 (NJW-RR 2008, 1597) zurück.

Die Kl. verlangt von den Bekl. für den Zeitraum vom 19.06.2007 bis 31.05.2008 Nutzungsersatz von 4.990 Euro geltend. Besteht ein solcher Anspruch?

I. Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Nutzungsersatz in Höhe von 4.990 Euro gem. §§ 987, 990 BGB haben.

1. Bestehen einer Vindikationslage

Dazu muss zwischen der Kl. und den Bekl. im Zeitpunkt der Nutzungsziehung eine Vindikationslage bestanden haben. Die Kl. müsste also Eigentümerin und die Bekl. müssten Besitzer ohne Recht zu Besitz gewesen sein.

a) Eigentum der Kl.**aa) Ausgangssituation**

Ursprünglich war der Vollstreckungsschuldner Eigentümer der Grundstücke.

bb) Eigentumserwerb der Bekl.

Mit der Verkündung des Beschlusses vom 19.06.2007, in welchem das Vollstreckungsgericht den Bekl. den Zuschlag erteilt hat, erlangten diese nach §§ 89, 90 I Halbs. 1 ZVG das Eigentum, allerdings unter der Voraussetzung, dass der Zuschlagsbeschluss nicht im Beschwerdeweg rechtskräftig aufgehoben wird (§ 90 I Halbs. 2 ZVG).

„Zu einer solchen Aufhebung ist es hier gekommen; die Beschwerdeentscheidung des LG, in welcher der Zuschlagsbeschluss des Vollstreckungsgerichts aufgehoben worden ist, ist durch den die dagegen erhobene Rechtsbeschwerde zurückweisenden Beschluss des Senats vom 15.05.2008 rechtskräftig geworden. Damit haben die Bekl. ihr Eigentum rückwirkend zum 19.06.2007 verloren (vgl. OLG Celle, NJW 2006, 3440 = WM 2006, 2039 [2041] m.w.N.; Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 90 Anm. 2.3).“ (BGH aaO)

cc) Eigentumserwerb der Kl.

Fraglich ist, ob daher davon auszugehen ist, dass die Kl. ebenfalls rückwirkend ab diesem Zeitpunkt Eigentum erworben hat.

„Das hat allerdings nicht zur Folge, dass die Kl. das Eigentum rückwirkend zu demselben Zeitpunkt erlangt hat. Denn ihr wurde der Zuschlag erstmals in der Beschwerdeentscheidung des LG erteilt, und diese wurde nach § 104 ZVG mit der Zustellung an sie wirksam, also am 10.10.2007. Damit erlangte die Kl. das Eigentum. In dem dazwischen liegenden Zeitraum war

der **Vollstreckungsschuldner** Eigentümer (Stöber, § 90 Anm. 6.3; Korintenberg/Wenz, ZVG, 6. Aufl., § 90 Anm. 4).“ (BGH aaO)

Der Vollstreckungsschuldner war daher bis zum 09.10.2007 Eigentümer der Grundstücke, danach hat die Kl. das Eigentum erlangt

b) **Besitz der Bekl. ohne Besitzrecht**

Die Beklagten müssten Besitzer der Grundstücke ohne Besitzrecht gewesen sein.

„Die Bekl. waren bis zum 31.05.2008 Besitzer der Grundstücke. Da sie sich auf einen **anderen Rechtsgrund** für das Besitzrecht als ihr – **vermeintliches – Eigentum nicht berufen** und ein solcher auch nicht ersichtlich ist, haben sie mit dem Verlust des Eigentums auch ihr **Recht zum Besitz rückwirkend verloren**.“ (BGH aaO)

Die Bekl. haben die Grundstücke daher als Besitzer ohne Besitzrecht besessen. Die Voraussetzungen für ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis liegen daher eigentlich vor.

c) **kein Ausschluss wegen fiktiver Vindikationslage**

Dem könnte aber entgegen stehen, dass es in dem Fall der rückwirkenden Wiederherstellung des Eigentums es an der Voraussetzung für Ansprüche nach §§ 987ff. BGB fehlt, dass zur Zeit der Tatbestandsverwirklichung ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB besteht. Die Änderung der Zuschläge könnte nur zu fiktiven Vindikationslage führen.

„Dies verkennt, dass die Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auch dann anwendbar sind, wenn der Eigenbesitzer von Anfang an nicht zum Besitz berechtigt war, weil sein Eigentumserwerb z.B. nach § 142 I BGB oder – wie hier – nach § 90 I Halbs. 2 ZVG rückwirkend entfallen ist (OLG Celle, NJW 2006, 3440 = WM 2006, 2039 [2041] m.w.N.; MüKo/Baldus, 5. Aufl., Vorb. §§ 987–1003 Rn 18; Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl., Vorb. v. § 987 Rn 7; Kaiser, NJW 2007, 2823 [2824]).“ (BGH aaO)

Zwischen der Kl. und den Bek. bestand daher vom 10.10.2007 bis zum 31.05.2008 eine Vindikationslage.

2. **Voraussetzungen der §§ 987, 990 BGB**

a) **Haftung nach §§ 987, 990 BGB wegen Bösgläubigkeit**

War der Besitzer bei dem Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er dem Eigentümer von der Zeit des Erwerbs an nach § 987 BGB. Erfährt der Besitzer später, dass er zum Besitz nicht berechtigt ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntnis an

aa) **Kenntnis oder Kennenmüssen von mangelnder Berechtigung bei Besitzerwerb, § 990 I 1 BGB**

„Bösgläubigkeit beim Besitzerwerb liegt dann vor, wenn in diesem Zeitpunkt dem Besitzer die fehlende Besitzberechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war (s. nur Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2006, § 990 Rn 10 mit umfangr. Nachw.). Daran fehlt es hier; die Bekl. haben den Besitz auf Grund des ihnen erteilten Zuschlags erlangt und waren deshalb zunächst zum Besitz berechtigt. Dass diese Berechtigung rückwirkend entfiel, wussten sie beim Besitzerwerb nicht und mussten es auch nicht wissen.“ (BGH aaO)

bb) **Erlangung positiver Kenntnis von mangelnder Berechtigung nach Besitzerwerb, § 990 I 2 BGB**

Die Bekl. könnten jedoch vom Wegfall ihrer Besitzberechtigung durch den Beschluss vom 20.11.2007 Kenntnis erlangt haben, mit dem die sofortige Beschwerde der Kl. gegen die ihren Antrag auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Beschwerdeentscheidung vom 17.09.2007 zurückweisende Entscheidung des Vollstreckungsgerichts zurückgewiesen worden ist.

„Zwar hat das LG darin unter anderem ausgeführt, dass die Wirkungen des den Bekl. erteilten Zuschlags mit der Rechtskraft der Beschwerdeentscheidung rückwirkend wegfallen. Aber es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bekl. diesen Ausführungen entnommen haben, sie seien während des von dem LG so bezeichneten „Schwebezustands“ bis zur Rechtskraft der Beschwerdeentscheidung nicht zum Besitz berechtigt.“

*Ein redlich und vom eigenen Vorteil nicht beeinflusst Denkender, auf dessen Überzeugung es ankommt (Senat, BGHZ 26, 256 [260] = NJW 1958, 668; BGHZ 132, 306 = NJW 1996, 2030 [2031]), konnte der Entscheidung des LG allenfalls die Möglichkeit des Wegfalls des Besitzrechts entziehen. Positive Kenntnis von dem Wegfall konnten die Ausführungen des LG jedoch schon deshalb nicht verschaffen, weil sie keine **Einschätzung der Erfolgsaussichten** der gegen seine Beschwerdeentscheidung eingelegten Rechtsbeschwerde enthalten.“ (BGH aaO)*

Die Bekl. haften der Kl. daher nicht nach §§ 987, 990 auf Nutzungsherausgabe.

b) Haftung nach § 987 BGB wegen Rechtshängigkeit

Nach § 987 I BGB hat der Besitzer dem Eigentümer die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit zieht.

Der Begriff der Rechtshängigkeit bezieht sich auf die gerichtliche Geltendmachung des Herausgabeanspruchs.

„Die unmittelbare Anwendung der Vorschrift scheidet daran, dass die Kl. gegen die Bekl. keine auf Herausgabe der Grundstücke gerichtete Klage erhoben hat.“ (BGH aaO)

c) Haftung analog § 987 BGB

Fraglich ist jedoch, ob nicht eine analoge Anwendung der Vorschrift in Betracht kommt.

aa) Beschwerde gegen Zuschlagsbeschluss statt Herausgabeklage

Die Kl. hat zwar keine Herausgabeklage erhoben, ihre gegen den Zuschlagsbeschluss des Vollstreckungsgerichts eingelegte Beschwerde könnte aber auf dasselbe Ziel wie eine Herausgabeklage nach § 985 BGB gerichtet gewesen sein. Dies ist aber nicht der Fall.

*„Denn auf die Wirkungen der **Zuschlagsbeschwerde** kommt es nicht an, weil sie **vor dem Entstehen des Eigentümer-Besitz-Verhältnisses** erhoben wurde. Ansprüche nach §§ 987ff. BGB setzen jedoch voraus, dass zur Zeit der Tatbestandsverwirklichung ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB, also eine Vindikationslage besteht (Senat, NJW-RR 2008, 1397 [1398] m.w.N.). Das war seit dem 10.10.2007 der Fall.“ (BGH aaO)*

bb) Zustellung der Beschwerdeentscheidung

Allerdings könnte für die Parteien eine den in § 987 BGB geregelten Anspruchsvoraussetzungen vergleichbare Situation in dem Zeitpunkt entstanden sein, in welchem den Bekl. die Beschwerdeentscheidung des LG zugestellt wurde.

*„Diese trat an die Stelle der Herausgabeklage. Denn die Kl. musste – und konnte wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses – eine solche Klage nicht erheben. Die in der Beschwerdeentscheidung enthaltene **Zuschlagsentscheidung** ist ein **Vollstreckungstitel**, aus dem die Kl. gegen die Bekl. die Zwangsvollstreckung auf **Räumung und Herausgabe der Grundstücke** betreiben konnte (§ 93 I 1 ZVG). Insoweit hatte die Kl. sogar eine **stärkere Rechtsstellung als ein Herausgabekläger**.*

*An die Stelle der **Rechtshängigkeit** trat die **Zustellung der Beschwerdeentscheidung** an die Bekl. Von diesem Zeitpunkt an mussten sie mit der Herausgabevollstreckung rechnen. Ihre Rechtsstellung war schwächer als die eines Herausgabebeklagten, der nach **Rechtshängigkeit** der Klage mit einer Verurteilung zur Herausgabe rechnen muss und deshalb nach § 987 BGB haftet.“ (BGH aaO)*

Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen nach § 987 BGB ab dem Zeitpunkt der Zustellung der Beschwerdeentscheidung an die Bekl. liegen damit vor.

II. Haftung auf Herausgabe von Nutzungen nach § 988 BGB

Hat ein Besitzer, der die Sache als ihm gehörig oder zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts an der Sache besitzt, den Besitz unentgeltlich erlangt, so ist er gem. § 988 BGB dem Eigentümer gegenüber zur Herausgabe der Nutzungen, die er vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit zieht, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

Fraglich ist, ob diese Regelung nicht auch hier eingreift. Zwar haben die Bekl. den Besitz im Zusammenhang mit dem Zuschlag nicht unentgeltlich erlangt, sie haben den Besitz allerdings rechtsgrundlos erlangt. Die rechtsgrundlose Besitzerlangung könnte insofern der unentgeltlichen gleichzusetzen sein.

*„Zur Herausgabe von Nutzungen ist nicht nur der nicht berechnigte Besitzer verpflichtet, der seinen Besitz unentgeltlich erworben hat, sondern **auch** der Besitzer, der seinen **Besitz ohne Rechtsgrund erlangt** hat (BGHZ 10, 350 [357] = NJW 1953, 1826; Senat, NJW 1973, 1455 = WM 1973, 1047 [1048] m.w.N.). Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung ist es nur folgerichtig, § 988 BGB auch dann anzuwenden, wenn der Ersteher das versteigerte Grundstück **auf Grund** des mit dem Zuschlag eingetretenen **Eigentumserwerb** (§ 90 I Halbs. 1 ZVG) **in Besitz genommen** hat und die **Zuschlagsentscheidung** im Beschwerdeweg **rückwirkend aufgehoben** wird (Böttcher, ZVG, 4. Aufl., § 90 Rn 7; Mohrbutter, Hdb. d. gesamten Vollstreckungs- und InsolvenzR, 2. Aufl., § 43 I b; Steiner/Eickmann, ZVG, 9. Aufl., § 90 Rn 29; Stöber, § 90 Anm. 6.3; vgl. auch Korintenberg/Wenz, § 90 Anm. 4). Denn auch in diesem Fall fehlt dem Besitzerwerb von Anfang an der Rechtsgrund. Die Herausgabe hat, wenn der Zuschlag – wie hier – im Beschwerdeweg einem anderen Ersteher erteilt wurde, bis zur Wirksamkeit der rechtskräftigen Beschwerdeentscheidung (§ 104 ZVG) an den Vollstreckungsschuldner als bisherigen Grundstückseigentümer und von diesem Zeitpunkt ab an den anderen Ersteher als neuen Grundstückseigentümer zu erfolgen (Stöber, § 90 Anm. 6.3).“ (BGH aaO)*

Wegen der Haftung der Bekl. auch nach § 987 BGB betrifft der Anspruch der Kl. nach § 988 BGB den Zeitraum, der zwischen dem Entstehen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (10.10.2007) und dem Entstehen des Anspruchs nach § 987 BGB (Zustellung der Beschwerdeentscheidung an die Bekl.) liegt.

StPO
§§ 97, 148**Beschlagnahme von Verteidigerpost
Zulässigkeit**

StPO

(BVerfG in NJW 2010, 2937; Beschluss vom 20.05.2010 – 2 BvR 1413/09)

§§ 97, 148 StPO stehen in einem Strafverfahren gegen einen Strafverteidiger der Beschlagnahme und Verwertung von Schreiben des beschuldigten Verteidigers an seinen Mandanten nicht entgegen.

Fall: Der beschwerdeführende Rechtsanwalt war Strafverteidiger des T. Wegen einer in einem Schreiben an T enthaltenen beleidigenden Äußerung wurde er zu einer Geldstrafe verurteilt. Der betreffende Brief war als Zufallsfund beschlagnahmt worden, nachdem die Strafverfolgungsbehörden hiervon im Zuge einer Durchsuchung des Haft-raums des T Kenntnis erlangt hatten. Die Durchsuchung wurde im Rahmen eines u. a. gegen den Bf. gerichteten Strafverfahrens gerichtlich angeordnet, nachdem der Bf. in den Verdacht geraten war, Briefe des T aus der Justizvollzugsanstalt verbracht und weitergeleitet zu haben, obwohl diese Briefe ihrem Inhalt nach dazu geeignet und bestimmt waren, die Adressaten zu falschen, den T entlastenden Aussagen zu bewegen.

Soweit mit der **Beschlagnahme und Verwendung der Verteidigerpost** ein **Eingriff in das Grundrecht** des Bf. **auf freie Berufsausübung** aus **Art. 12 I GG** vorliegt, ist dieser **Eingriff gerechtfertigt**.

- I. Nach Art. 12 I GG unterliegt die durch den **Grundsatz der freien Advokatur** gekennzeichnete anwaltliche Berufsausübung der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts. Geschützt ist insbes. auch das **Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant**. Integrität und Zuverlässigkeit des einzelnen Berufsangehörigen sowie das **Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit** sind die Grundbedingungen dafür, dass dieses Vertrauen entstehen kann. Die Verschwiegenheitspflicht rechnet daher von jeher zu den anwaltlichen Grundpflichten; als **unverzichtbare Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung** hat sie teil am Schutz des Art. 12 I 1 GG (vgl. BVerfGE 110, 226 = NJW 2004, 1305 m. w. Nachw.).
 1. Der **Schutz des Art. 12 I GG umfasst auch die Strafverteidigung**, die zu den wesentlichen Berufsaufgaben eines Rechtsanwalts zählt.

„Die Institution der Strafverteidigung ist durch das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes geschützt. Das Recht des Beschuldigten, sich im Strafverfahren von einem Anwalt seiner Wahl und seines Vertrauens verteidigen zu lassen, ist nicht nur durch § 137 I StPO und Art. 6 III c EMRK gesetzlich garantiert, sondern zugleich durch Art. 2 I GG i. V. mit dem Rechtsstaatsprinzip des GG verfassungsrechtlich verbürgt. Mit der Verankerung des Rechts auf Verteidigung im Verfassungsprinzip des rechtsstaatlichen Strafverfahrens hat das BVerfG von jeher freie Wahl und Vertrauen als Voraussetzungen einer effektiven Strafverteidigung hervorgehoben. Nur wenn der Beschuldigte auf die Verschwiegenheit seines Verteidigers zählen kann, ist die Vorbedingung für das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses geschaffen, ohne das eine Strafverteidigung nicht wirkungsvoll sein kann (vgl. BVerfGE 110, 226 = NJW 2004, 1305 m.w. Nachw.).“ (BVerfG aaO)
 2. Die Verurteilung des Bf. greift in dessen Freiheit der Berufsausübung ein. Sie stützt sich entscheidend auf die Verwertung eines Briefs des Bf., den dieser als Strafverteidiger seinem Mandanten innerhalb des Mandatsverhältnisses geschrieben hat. Soweit die Vorschriften der StPO – insbes. § 94 StPO i.V. mit § 97 I Nr. 1 StPO und § 53 I 1 Nr. 2 StPO sowie § 148 StPO – den **Schutz der Vertraulichkeit des Verteidigungsverhältnisses** regeln und Aussagen über die Beschlagnahme und spätere Verwertung von Verteidigerpost treffen, **beziehen sie sich auf die Berufsausübung des als Strafverteidiger tätigen Rechtsanwalts** und greifen in den Schutzbereich des Art. 12 I GG ein, soweit sie die Beschlagnahme und Verwertung zulassen (vgl. auch BVerfGE 110, 226 = NJW 2004, 1305).

„Etwas anderes ergibt sich für den hier zu beurteilenden Fall auch nicht daraus, dass der Bf. zum Zeitpunkt der Verurteilung und damit der Verwertung des Briefs das Mandatsverhältnis zu T bereits beendet hatte: In der Verwertung hat sich erneut der Eingriff in das zum Zeitpunkt der Beschlagnahme selbst noch bestehende Mandat manifestiert.“ (BVerfG aaO)
 3. Der in der **Verwertung des vom Bf. verfassten Briefs** liegende Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit **ist gerechtfertigt**.

- a) **Eingriffe** in die Freiheit der Berufsausübung sind **nur dann mit Art. 12 I GG vereinbar**, wenn sie auf einer **gesetzlichen Grundlage** beruhen, die durch **ausreichende Gründe des Gemeinwohls** gerechtfertigt wird (vgl. BVerfGE 94, 372 = NJW 1996, 3067).

Die aus Gründen des Gemeinwohls **unumgänglichen Beschränkungen des Grundrechts** stehen unter dem **Gebot der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit**. Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen deshalb nicht weiter gehen, als es die sie rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern (vgl. BVerfGE 54, 301 = NJW 1981, 33). Eingriffszweck und Eingriffsintensität müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen (vgl. BVerfGE 101, 331 = NJWE-FER 2000, 117).

Im Einzelfall ist dies durch die Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften seitens der damit befassten Fachgerichte sicherzustellen. Insofern prüft das Verfassungsgericht lediglich, ob eine gerichtliche Entscheidung auf einer grds. unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Grundrechte beruht, deren Verletzung geltend gemacht wird, oder ob das Auslegungsergebnis selbst die geltend gemachten Grundrechte verletzt (vgl. BVerfGE 18, 85 = NJW 1964, 1715; BVerfGE 30, 173 = NJW 1971, 1645).

- b) Die **gesetzliche Grundlage der Verwertung** des im Haftraum seines Mandanten beschlagnahmten Briefs des Bf. **ergibt sich aus den Regelungen der StPO**: Die Vorschriften des **§ 244 II StPO** und des **§ 261 StPO** berechtigen und verpflichten das Gericht, die **Beweisaufnahme zur Ermittlung des wahren Sachverhalts** grds. **auf alle zur Verfügung stehenden Beweismittel zu erstrecken**.

Damit trägt das Gesetz den verfassungsrechtlichen Erfordernissen der Wahrheitserforschung im Strafprozess (vgl. BVerfGE 57, 250 = NJW 1981, 1719) und der funktionstüchtigen Strafrechtspflege (vgl. BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469) Rechnung.

Verwertungsverbote stellen demgegenüber eine begründungsbedürftige Ausnahme dar (vgl. BVerfG NJW 2010, 287 m.w. Nachw.). Ein Verwertungsverbot kann sich nach der st., verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden BGH-Rspr. jedoch im Einzelfall nach Abwägung der betroffenen Belange dann ergeben, wenn der Beweis unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften erhoben worden ist (vgl. BVerfG NJW 2009, 3225 m. umf. Nachw.).

- c) Vorliegend hat der BGH die Verwertung des vom Bf. verfassten Schreibens schon deswegen für zulässig erachtet, weil die **Durchsuchung der Haftzelle** des T, die Durchsicht der dabei aufgefundenen Verteidigerpost und schließlich die Beschlagnahme des Briefs **rechtmäßig gewesen** seien. Diese Auffassung ist von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden.

*„Sie ergibt sich aus einer **willkürfreien Auslegung des § 97 StPO und des § 148 StPO** und verkennt auch nicht Bedeutung und Reichweite der hiervon berührten Grundrechte, namentlich der Berufsfreiheit des Bf. und des Anspruchs seines Mandanten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 I, 20 III GG). Vielmehr ist der BGH im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gekommen, dass das staatliche Interesse an der Wahrheitserforschung die Belange des Bf. und seines Mandanten überwog:*

Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der BGH die zum Zeitpunkt der Anordnung und Durchführung der Durchsuchung gegebene Verdachtslage für ausreichend erachtet hat, um die Durchsuchung – wie geschehen – auf im Haftraum des T aufgefundene, vom Bf. stammende Verteidigerpost zu erstrecken.

*Ein **hinreichender Tatverdacht** i.S. des § 170 I StPO, wie ihn der Bf. im Anschluss an eine mit Blick auf §§ 138a ff. StPO im Schrifttum vertretene Auffassung (vgl. Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, § 148 Rn 19) für erforderlich hält, war dagegen **für die Durchsuchung von Verfassungen wegen nicht notwendig**, zumal die Durchführung mit Grundrechtseingriffen verbundener Ermittlungsmaßnahmen bei bereits bestehendem hinreichendem Tatverdacht unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ihrerseits nicht unproblematisch wäre.*

Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung resultieren auch nicht daraus, dass der BGH die Darlegung eines qualifizierten Beteiligungsverdachts des Bf. (also eines Verdachts i.S. des § 97 II 3 HS. 1 StPO; vgl. BGH NJW 2001, 3793 = NSTZ 2001, 604) im Durchsuchungsbeschluss nicht für erforderlich gehalten hat: Die Begründung des BGH – die Durchsuchungsmaßnahme sei nach dem im Beschluss bezeichneten Durchsuchungszweck nicht auf

die Gewinnung von Verteidigerkorrespondenz, sondern auf die etwaige Sicherstellung eines Mobiltelefons und von Kassibern an T in dessen Verfahren gerichtet gewesen – ist nachvollziehbar und wird auch vom Bf. nicht in Frage gestellt. Wenn der **Durchsuchungsbeschluss primär nicht auf die Gewinnung von Verteidigerkorrespondenz gerichtet war, schließt dies nicht aus, dass er objektiv auch deren Durchsicht gestattete, wie es ersichtlich auch der BGH angenommen hat.**“ (BVerfG aaO)

- d) Die Durchsicht der bei T aufgefundenen Verteidigerkorrespondenz ist i. Ü. auch nach Maßgabe der **EMRK** in ihrer Auslegung durch den EGMR nicht zu beanstanden.

„Die **Korrespondenz zwischen einem Strafverteidiger und seinem Mandanten unterliegt dem Schutz des Art. 8 I EMRK.** Ferner sieht der EGMR das Recht eines Beschuldigten, mit seinem Anwalt unüberwacht zu kommunizieren, als eines der grundlegenden Erfordernisse eines fairen Prozesses in einer demokratischen Gesellschaft an, das von Art. 6 IIIc EMRK umfasst sei. Schreiben eines Häftlings an seinen Anwalt oder von diesem an den Häftling dürfen deswegen nur in Ausnahmefällen gelesen werden, nämlich dann, wenn die Behörden Anlass zur Annahme haben, dass ein Missbrauch vorliegt, weil der Inhalt des Schreibens die Sicherheit der Vollzugsanstalt oder Dritter gefährdet oder in anderer Weise strafbar ist. Die Plausibilität der Gründe hängt von den Gesamtumständen ab, jedoch setzt sie Tatsachen und Informationen voraus, die geeignet sind, einen objektiven Beobachter davon zu überzeugen, dass der privilegierte Kommunikationsweg missbraucht wird (vgl. EGMR NJW 2003, 1439).

Diese Voraussetzungen waren nach den Ausführungen des BGH gegeben; angesichts des gegen den Bf. und seinen Mandanten bestehenden **Verdachts der Strafvereitelung durch Beeinflussung von Zeugen** lag die Annahme eines Missbrauchs nahe.“ (BVerfG aaO)

- e) Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet es schließlich, dass der BGH auf der Grundlage des § 108 I StPO die **Beschlagnahme des** durchgesehenen Briefs als **Zufallsfund für rechtmäßig** erachtet hat.

„Der Brief selbst begründete nunmehr den Verdacht einer Straftat des Bf. in hohem Maße, nachdem die in dem Schreiben enthaltenen Formulierungen am Vorliegen einer Beleidigung wenig Zweifel ließen und angesichts des Briefkopfs trotz fehlender Unterschrift auch sehr deutliche Hinweise auf den Bf. als Urheber vorlagen. Damit ist noch nicht gesagt, dass die Strafverfolgungsbehörden allein wegen des – ggf. auch qualifizierten – Verdachts einer in einem Verteidigerschreiben geäußerten Beleidigung eine Durchsichtung zum Zweck der Beschlagnahme dieses Schreibens hätten vornehmen dürfen. Ein solches Vorgehen hätte angesichts des Gewichts der betroffenen grundrechtlich geschützten Interessen Fragen der Verhältnismäßigkeit aufgeworfen, die sich vorliegend auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht stellen.“ (BVerfG aaO)

- II. Der Bf. ist durch die Beschlagnahme seiner Verteidigerpost auch nicht in seiner **Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG** verletzt.

1. Grds. können auch **beleidigende Äußerungen** den **Schutz der Meinungsfreiheit nach Art. 5 I 1 GG genießen** (vgl. BVerfGE 61, 1 = NJW 1983, 1415; BVerfGE 85, 1 = NJW 1992, 1439).

Allerdings unterliegt die Meinungsfreiheit nach Art. 5 II GG denjenigen Schranken, die sich aus den Vorschriften zum Schutz der persönlichen Ehre ergeben. Hierzu zählt auch § 185 StGB.

- Bei der Auslegung und Anwendung dieser Vorschrift muss der Bedeutung und Tragweite des Art. 5 I GG Rechnung getragen werden. Das erfordert eine im Rahmen der Anwendung des einfachen Rechts vorzunehmende **fallbezogene Abwägung** (vgl. BVerfGE 54, 129 = NJW 1980, 2069). Insofern ist bei Äußerungen gegenüber Familienangehörigen und anderen Vertrauenspersonen, die gegen die Wahrnehmung von Seiten weiterer Personen abgeschirmt sind, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I 1 GG) des sich Äußernden in besonderer Weise Rechnung zu tragen.
- Zum **Persönlichkeitsrecht** gehört unter den Bedingungen eines besonderen Vertrauensverhältnisses die Möglichkeit des Einzelnen, seine Emotionen frei auszudrücken, geheime Wünsche oder Ängste zu offenbaren und das eigene Urteil über Verhältnisse oder Personen freimütig kundzugeben. Unter solchen Umständen getroffene Äußerungen, die gegenüber Außenstehenden oder der Öffentlichkeit wegen ihres ehrverletzenden Gehalts nicht schutzwürdig wären, genießen in solchen Vertraulichkeitsbeziehungen als Ausdruck der Persönlichkeit und Bedingung ihrer Entfaltung verfassungsrechtlichen Schutz, der dem Schutz der Ehre des durch die Äu-

ßerung Betroffenen vorgeht (vgl. BVerfGE 90, 255 = NJW 1995, 1015). Der Kreis möglicher Vertrauenspersonen ist dabei nicht auf Ehegatten oder Familienangehörige beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf ähnliche Vertrauensverhältnisse (vgl. näher BVerfG NJW 2007, 1194). Die strafrechtliche Rspr. und Lit. tragen diesen Grundsätzen Rechnung, indem sie bei **ehrverletzenden Äußerungen über nicht anwesende Dritte in besonders engen Lebensbeziehungen einen Schutz der Vertraulichkeit** i. S. einer **beleidigungsfreien Sphäre** zugestehen, wenn die Mitteilungen **Ausdruck des besonderen Vertrauens sind und mit ihrer Weitergabe an Dritte nicht gerechnet werden muss** (vgl. BVerfG NJW 2007, 1194 m.w. Nachw.).

2. Nach diesen Maßstäben handelt es sich bei dem hier in Rede stehenden Brief nicht um eine Äußerung, die einem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz unterläge und daher vom BGH einer beleidigungsfreien Sphäre hätte zugeordnet werden müssen.

„Dass zwischen dem Bf. und seinem Mandanten eine Beziehung bestanden hätte, die es bereits aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes geboten hätte, dem Bf. einen Raum ungehinderter Kundgabe von Emotionen zuzugestehen, ist nicht ersichtlich und wird auch von ihm nicht behauptet.

Auf das vom Schutz der Berufsausübungsfreiheit erfasste Vertrauensverhältnis zwischen Strafverteidiger und Mandant lassen sich die dargelegten Grundsätze jedoch entgegen der Auffassung des Bf. nicht allgemein übertragen. Denn dieses Vertrauensverhältnis fußt auf anderer Grundlage und erfüllt eine andere soziale Funktion als rein private Vertrauensbeziehungen. Es dient der Sicherung einer effektiven Verteidigung des Beschuldigten und somit der Durchführung eines fairen, rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Der als Strafverteidiger tätige Rechtsanwalt nimmt als der Interessenvertretung seines Mandanten verpflichtetes Organ der Rechtspflege (vgl. BVerfGE 110, 226 = NJW 2004, 1305) eine wichtige und unverzichtbare Mittlerstellung ein. Wie der BGH dargelegt hat, ist ein verfassungsrechtlich schutzwürdiges Interesse des dem Sachlichkeitsgebot (§ 43a III BRAO) unterliegenden Verteidigers an ungehinderter Kundgabe ehrverletzender Äußerungen dem Mandanten gegenüber nicht anzuerkennen; ferner kann angesichts der nur dem Rechtsanwalt obliegenden Verschwiegenheitspflicht auch nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass Äußerungen des Verteidigers seinem Mandanten gegenüber von der Wahrnehmung durch Dritte abgeschirmt wären. Damit sind die wesentlichen Gründe für den besonderen Schutz von Äußerungen in privaten Vertrauensbeziehungen jedenfalls für Äußerungen des Verteidigers seinem Mandanten gegenüber nicht einschlägig (vgl. Ruhmannseder NJW 2009, 2647).“ (BVerfG aaO)

VwGO
§§ 70 II, 58 II**Rechtsbehelfsfrist für Nachbarn im Baurecht**
nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis und Verwirkung

VwGO

(OVG Bln/Bbg in LKV 2010, 326; Beschluss vom 29.04.2010 – 10 S 5.10)

1. Der **Lauf der Widerspruchsfrist** des § 70 I VwGO setzt, ebenso wie der Lauf der Jahresfrist des §§ 70 II, 58 II VwGO voraus, dass die Baugenehmigung dem Nachbarn nach § 1 VwVfG **amtlich bekanntgegeben** wurde.
2. Ist dies nicht der Fall, läuft die Widerspruchsfrist bis zur **Grenze der Verwirkung**.
3. Aus dem **nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis** ergibt sich die Obliegenheit, **ohne Säumen** die eigenen Rechte geltend zu machen, um einen wirtschaftlichen Schaden des Bauherrn zu verhindern oder zu minimieren.
4. Der Nachbar ist daher mit seinem Widerspruch ausgeschlossen, wenn der Bauherr nach **Treu und Glauben** nicht mehr mit der Geltendmachung von Rechten rechnen musste.
5. Dies ist in **analoger Anwendung des § 58 II VwGO** anzunehmen, wenn zwischen der sicheren Kenntnis von der Erteilung einer Baugenehmigung oder deren Erkennbarkeit und der Einlegung von Widerspruch **ein Jahr vergangen** ist.
6. Für die Frage der **Erkennbarkeit** kommt es nicht nur auf das eigene Grundstück an. Die Mitwirkungsobliegenheiten erstrecken sich **auf alle an das eigene Grundstück angrenzenden Nachbargrundstücke**.

Fall: Die Ast. ist Eigentümerin des Grundstücks G in X. Soweit nicht die teilweisen Kriegszerstörungen Baulücken und Gebäudetorsos hinterlassen haben, weisen die dortigen Grundstücke eine gründerzeitliche Blockrandbebauung auf, die jeweils aus einem Vorderhaus, Seitenflügeln und einem Quergebäude sowie teilweise sogar einem weiteren Quergebäude mit Seitenflügeln besteht. Die hintereinander liegenden Innenhöfe reichen in diesen Fällen bis in den Blockinnenbereich, und die Grundstücke grenzen insbesondere in „Ecklagen“ an zahlreiche andere Nachbargrundstücke an. Die Bebauung auf dem Grundstück der Ast. folgt diesem Muster und weist zwei Quergebäude mit zwei Innenhöfen auf. Die Ast. betreibt in dem ersten Quergebäude und den T-förmig von diesem abgehenden ersten und zweiten Seitenflügeln einen Jugendclub („K“), in dem sie einen Diskothekenbetrieb unterhält und auch regelmäßig Musikveranstaltungen anbietet. Da zu dem nordöstlich angrenzenden Nachbargrundstück G die Anschlussbebauung im Bereich der früheren Seitenflügel fehlt, besteht vom Grundstück der Ast. aus weitgehend freie Sicht auf die dortige Baulücke, während die anderen drei südlich, südwestlich und westlich angrenzenden Nachbargrundstücke aufgrund der vorgenannten baulichen Situation von dem Grundstück der Ast. aus nicht einsehbar sind. Im vorliegenden Verfahren wehrt sich die Ast. gegen eine bereits „herangerückte“ Wohnbebauung, denn an die fensterlosen Brandwände ihres zweiten Quergebäudes und des zugehörigen zweiten Seitenflügels ist auf dem südwestlich angrenzenden Grundstück H ein fünfgeschossiger Neubau mit zehn Eigentumswohnungen angebaut worden. Für den Neubau an den Brandwänden der Ast. ist auf dem Baugrundstück das ehemalige Quergebäude nebst Seitenflügel abgerissen worden.

Die Bauarbeiten dauerten von Anfang Oktober 2007 bis Ende September 2008. Nach dem Einzug der Wohnungseigentümer ab November 2008 kam es zu ersten Lärmbeschwerden wegen nächtlicher Ruhestörungen. Die Wohnungseigentümer beklagten vor allem die Vibrationen durch die Bässe der Musik aus dem „K-Club“. Auf die Lärmbeschwerden hat das bezirkliche Ordnungsamt die Ast. mit Schreiben vom 27.11.2008 hingewiesen. Nach deren Angaben (...) sei sie hierdurch erstmals auf den erfolgten rückwärtigen Anbau und die sich daraus ergebende Lärmproblematik aufmerksam geworden. Nach Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens teilte die Ast. ihrem Verfahrensbevollmächtigten mit E-Mail vom 27.01.2009 unter dem Betreff: „NEUBAU direkt an die K Hauswand“ Folgendes mit: „... unfassbarer Schwachsinn, den wir leider echt nicht bemerkt haben.“

Gegen die betreffende Baugenehmigung vom 14.04.2005 hat die Ast. am 01.09.2009 Widerspruch „bezüglich des Neubaus im Quergebäude“ eingelegt und am 06.10.2009 klargestellt, dass sich der Widerspruch gegen den „gesamten Neubau(s) im Hinterhof des Gebäudes H (Seitenflügel und Quergebäude)“ richte. Ist der Widerspruch zulässig?

Der Widerspruch ist zulässig, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO ist in allen öffentlich-**rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art** eröffnet und bei Streitigkeiten im öffentlichen Baunachbarrecht ohne weiteres gegeben.

II. Statthaftigkeit des Widerspruchs

Der Nachbarwiderspruch ist gegen die Baugenehmigung als drittbelastenden Verwaltungsakt nach § 68 VwGO ohne weiteres statthaft.

Beachte: In einigen Bundesländern ist das Widerspruchsverfahren weitgehend abgeschafft worden. Dort ist der Widerspruch unstatthaft. Stattdessen ist Klage zu erheben (vgl. § 6 AG VwGO NW)

III. Widerspruchsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Für ein Widerspruchsverfahren als Vorverfahren zu einer Drittanfechtungsklage muss analog § 42 II VwGO eine Widerspruchsbefugnis gegeben sein, die nach der **Möglichkeitstheorie** dann vorliegt, wenn die **Verletzung nachbarschützender Vorschriften** nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint. Eine Verletzung erscheint hier angesichts der vorhandenen Nutzung und der Bausituation zumindest möglich, so dass die Widerspruchsbefugnis vorliegt.

IV. Einhaltung der Widerspruchsfrist

Der Widerspruch ist gem. § 70 I VwGO **innerhalb eines Monats**, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerdeführer bekanntgegeben worden ist, schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde zu erheben, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Allerdings verweist § 70 II VwGO auf die Vorschriften der §§ 58, 60 VwGO.

Die Widerspruchsfrist des § 70 I VwGO von einem Monat gilt daher nur, wenn der Beteiligte **über den Rechtsbehelf**, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist **schriftlich oder elektronisch belehrt** worden ist.

Ist die **Belehrung unterblieben oder unrichtig** erteilt, so ist die Einlegung des Rechtsbehelfs nur **innerhalb eines Jahres** seit Zustellung, Eröffnung oder Verkündung zulässig, außer wenn die Einlegung vor Ablauf der Jahresfrist infolge höherer Gewalt unmöglich war oder eine schriftliche oder elektronische Belehrung dahin erfolgt ist, dass ein Rechtsbehelf nicht gegeben sei.

Da der Ast. die Baugenehmigung **gar nicht** von der Behörde **übermittelt** wurde, fehlt demgemäß auch die Rechtsbehelfsbelehrung, so dass hier eine Widerspruchsfrist von einem Jahr gelten könnte. Der **Fristbeginn setzt jedoch voraus**, dass die **Baugenehmigung** der Ast. überhaupt **bekannt gegeben** wurde.

Die Bekanntgabe von Verwaltungsakten ist in § 41 VwVfG geregelt. Sie setzt voraus, dass die Behörde einen Verwaltungsakt **mit Bekanntgabewillen** nach außen gibt.

Dem **Bekanntgabeadressaten** (zum Begriff § 37 Rn. 19) muss die Tatsache des Ergehens des **VA und sein Inhalt mit Wissen und Willen der Behörde eröffnet** werden. Dieser Bekanntgabewille muss umfassen, ob, wann und an wen der VA bekannt gegeben wird (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs-U. Stelkens, § 41 VwVfG, Rn. 53).

*„Es setzte der an die Ast. nicht übersandte Baugenehmigungsbescheid mangels Bekanntgabe durch die Behörde ihr gegenüber zunächst **keinen regulären Fristenlauf** für die Einlegung eines Widerspruchs in unmittelbarer Anwendung der §§ 57, 58 und 70 VwGO in Gang, weil dies wegen des Schriftformerfordernisses für Baugenehmigungen (§ 71 II 1 BerlBauO) die Übergabe einer Ausfertigung des Bescheids auch an die Ast. als betroffene Nachbarin erfordert hätte.“ (OVG Bln/Bbg aaO)*

V. Verwirkung

Läuft für die Geltendmachung von Rechten keine Frist, so kann **dies bis zur Grenze der Verwirkung** erfolgen.

*„Die Obliegenheit, durch ein **zumutbares aktives Handeln** mitzuwirken, um einen **wirtschaftlichen Schaden** des Bauherrn zu vermeiden oder einen **Vermögensverlust möglichst niedrig** zu halten, ergibt sich für den Nachbarn eines Bauherrn aus dem **nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis**, weshalb er nach Erkennen der Beeinträchtigung durch Baumaßnahmen **ohne Säumen** seine **nachbarlichen Einwendungen geltend machen** muss (vgl. BVerwG, Urt. v. 25. 1. 1974, aaO).“ (OVG Bln/Bbg aaO)*

1. Voraussetzungen für Annahme der Verwirkung

Fraglich ist, wann von einer Verwirkung ausgegangen werden kann. Grundsätzlich ist dies dann der Fall, wenn unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles der Gegner mit der Geltendmachung der Rechte nach Treu und Glauben nicht mehr rechnen musste. In Betracht kommt insofern eine analoge Anwendung des § 58 II VwGO.

„Der Bauherr darf darauf vertrauen, dass jedenfalls nach Ablauf der Jahresfrist vom Baubeginn an kein Rechtsbehelf mehr eingelegt wird und Bestandskraft im Interesse allseitiger Rechtssicherheit eintritt.“ (OVG Bln/Bbg aa)

Dies setzt jedoch voraus, dass der Nachbar mit einer an die Wirkungen einer Bekanntgabe **vergleichbaren Sicherheit** von der Erteilung der Baugenehmigung **Kenntnis hatte oder hätte haben können**.

„Von dem Zeitpunkt an, von dem ab anzunehmen ist, dass ein Nachbar **sichere Kenntnis** von der erteilten Baugenehmigung erlangt hat oder zumindest **hätte erlangen müssen**, hat er sich jedoch in aller Regel nach **Treu und Glauben** so behandeln zu lassen, als sei ihm die Baugenehmigung im Zeitpunkt der zuverlässigen Kenntniserlangung bzw. in demjenigen Zeitpunkt amtlich bekannt gegeben worden, in dem er diese Kenntnis hätte erlangen müssen. **Maßgebend** ist insoweit nicht der Zeitpunkt des Erkennens, sondern der **Erkennbarkeit** der (später) geltend gemachten Beeinträchtigung (vgl. grundlegend OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.12.2005 – 10 B 10.05, juris, Rn. 21 sowie Beschl. v. 03.04.2009, aaO und Beschl. v. 01.02.2010 – 10 N 35.07). Von da an läuft im Hinblick auf die Regelung des § 58 II VwGO, wonach bei unterbliebener oder unrichtig erteilter Rechtsbehelfsbelehrung für die Einlegung des Rechtsbehelfs die Jahresfrist gilt, auch in diesen Fällen eine einjährige Widerspruchsfrist. Mit **Ablauf der Jahresfrist** ist dann nach **ständiger Rechtsprechung** regelmäßig **Verwirkung** anzunehmen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 18.01.1988, BRS 48 Nr. 180; Urt. v. 25.01.1974, BVerwGE 44, 294), wobei besondere Umstände auch die Annahme einer deutlich kürzeren Frist rechtfertigen können.“ (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Für die Berechnung der Jahresfrist analog § 58 II VwGO kommt es daher darauf an, wann die Ast. sichere Kenntnis von der Erteilung der Baugenehmigung hatte oder hätte haben müssen.

„Für einen **möglichen Fristbeginn** sind in der Regel **tatsächliche Vorgänge** im Rahmen eines Baugeschehens, wie deutlich wahrnehmbare Bauarbeiten, **relevant**, die auf die vorangegangene **Erteilung einer Baugenehmigung schließen lassen** (vgl. hierzu OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.12.2005, aaO, Rn 23). So wird der Baubeginn für den Grundstücksnachbarn üblicherweise durch **sichtbare Zeichen und Aktivitäten**, wie Vorbereitungsmaßnahmen durch die Aufstellung eines Bauschildes, die Einrichtung einer Baustelle oder entsprechende Erdarbeiten erkennbar.“ (OVG Bln/Bbg aaO)

Die optische Wahrnehmbarkeit solcher Vorgänge ist jedoch von dem Grundstück der Ast. aus bei der gegebenen Bebauungssituation fast unmöglich.

„Bei einer solchen **Sondersituation** würden die **Anforderungen überspannt**, wenn von der Ast. zu verlangen wäre, neben dem einsehbaren Nachbargrundstück G auch noch die übrigen angrenzenden Nachbargrundstücke **„im Blick“** zu haben und zu diesem Zweck regelmäßig auch die H zu „bestreifen“, in der zwei weitere bis an ihre Brandwand bebaute Grundstücke liegen (H), nur um mögliche Baumaßnahmen rechtzeitig auszumachen.“ (OVG Bln/Bbg aaO)

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die **Bautätigkeit aufgrund von Besonderheiten hätte erkannt werden müssen**.

„Der für einen **Zeitraum von fünfeneinhalb Monaten** (16. 11. 2007 bis Ende April 2008) im Hof des Baugrundstücks H aufgestellte, 43,80 m hohe **Turmdrehkran** mit einem **40 m langen Ausleger** musste für die Ast. ein deutlich sichtbarer Hinweis auf umfangreiche Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück sein, zumal der Turm des Krans dessen Standort eindeutig markiert. Hierfür **genügt** es, wenn der **Turmdrehkran aus der Umgebung des Grundstücks** der Ast. heraus, zumindest von der Kreuzung G aus, **sichtbar** ist. Denn bei einer solchen Fallgestaltung und besonderen Bebauungssituation beschränken sich die **Mitwirkungsobliegenheiten** nicht nur auf die vom eigenen Grundstück aus einsehbaren angrenzenden Grundstücke in demselben Straßenzug, wie es normalerweise der Fall ist, sondern erstrecken sich **auf alle an das eigene Grundstück angrenzenden Nachbargrundstücke**, auch wenn sie zu einem anderen Straßenzug gehören. Der jedenfalls außerhalb ihres Grundstücks deutlich sichtbare Turmdrehkran und seine Situierung hätten für sie **Anlass sein müssen**, sich in die H-R zu begeben, um **nähere Feststellungen zu treffen**. Dann hätte sich für sie aufgrund der dortigen umfangreichen Baustelleneinrichtung auf 74 m² Straßenland in Kombination mit dem Turmdrehkran im Hof des Grundstücks H zumindest der **Rückschluss aufdrängen müssen**, dass im hinteren Grundstücksbereich **umfangreiche Bauarbeiten** stattfinden. Sie hätte sich bei der Bauaufsichtsbehörde nach einer Baugenehmigung und den näheren Einzelheiten hierzu erkundigen müssen, um ggf. ohne Säumen ihre nachbarlichen Einwendungen geltend zu machen.“ (OVG Bln/Bbg aaO)

Die Widerspruchsfrist lief damit **ab dem erkennbaren Baubeginn** und damit spätestens mit der Inbetriebnahme des Turmdrehkrans ab Anfang Dezember 2007, so dass die analog § 58 II VwGO laufende Jahresfrist für den Widerspruch bereits verstrichen ist.

„Ob nicht aufgrund des deutlich wahrnehmbaren Turmdrehkrans und der Größe der Baustelleneinrichtung sowie des damit sich aufdrängenden hohen Investitionsaufwandes des Bauherrn besondere Umstände vorliegen haben, die die Annahme einer deutlich kürzeren Frist rechtfertigen könnten, kann unter diesen Umständen dahinstehen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, aaO).“ (OVG Bln/Bbg aaO)

Rechtsschutz gegen kirchliches Hausverbot
Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Kontrolle
 (OVG Lüneburg in NJW 2010, 2679; Urteil vom 20.04.2010 – 13 ME 37/10)

1. Die Zuerkennung des Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts erhebt die betreffenden Kirchen zwar über die Religionsgesellschaften des Privatrechts unterwirft sie aber **keiner** besonderen Kirchenhoheit des Staates oder einer **gesteigerten Staatsaufsicht**.
2. Die Verfassungsgarantie des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts bedeutet **keine Ausklammerung aus der staatlichen Rechtsordnung** im Sinne rechtsfreier Räume, sondern sie begründet eine Sonderstellung innerhalb der staatlichen Rechtsordnung.
3. Der Staat darf in die inneren Angelegenheit der Kirchen nicht eingreifen.
4. Das Handeln der Kirchen unterliegt nur dort der staatlichen Kontrolle, wo ihr durch den Staat hoheitliche Befugnisse verliehen wurden oder ihr Handeln nach außen wirkt.

Fall: Die B, eine katholische Kirchengemeinde, hatte gegen K ein Hausverbot ausgesprochen, mit dem ihr untersagt wurde, die Kirche in der Gemeinde der Ag. zu betreten. Dies erfolgte vor dem Hintergrund, dass die Gemeinde, insbesondere andere Kirchenbesucher, das Verhalten der K im Gottesdienst ungebührlich und störend empfanden. Hiergegen richtet sich die vor dem Verwaltungsgericht erhobene Klage des K. Ist der Rechtsweg eröffnet?

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO ist eröffnet, wenn **eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art** vorliegt.

Die katholische Kirche ist nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V WRV eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, so dass ein **Hausverbot für ein kirchliches Gebäude** auch der staatlichen Rechtsprechung unterfallen könnte.

I. Maßstäbe für die staatliche Kontrolle kirchlicher Maßnahmen

Durch die Zuerkennung des Status von **Körperschaften des öffentlichen Rechts** gem. Art. 137 V WRV i.V. mit Art. 140 GG hat der Staat die Kirchen aus dem Kreis der Religionsgemeinschaften, deren Wirken er der Privatrechtsordnung unterstellt, hervorgehoben und diesen gegenüber rechtlich abgegrenzt. Er hat damit nicht nur anerkannt, dass die Kirchen wie alle Religionsgemeinschaften das Recht der Selbstbestimmung haben und vor staatlichen Eingriffen in ihre inneren Verhältnisse geschützt sind - dies folgt bereits aus Art. 137 III WRV i.V.m. Art. 140 GG -; vielmehr hat er darüber hinaus die Rechtsstellung der Kirche wie auch deren öffentliches Wirken **dem öffentlichen Recht zugeordnet** (vgl. BVerwG NJW 1984, 989).

Der verfassungsrechtlich garantierte Körperschaftsstatus der Kirchen hat hiernach nicht nur "verbale" Bedeutung. Vielmehr ist es verfassungsrechtlich geboten, neben den Körperschaften des öffentlichen Rechts im verwaltungsrechtlichen Sinn die **kirchlichen Körperschaften** des öffentlichen Rechts als **Rechtssubjekte** anzuerkennen, deren Wirken, soweit es der staatlichen Rechtsordnung unterliegt, **grundsätzlich dem öffentlichen Recht** angehört. Auch das BVerfG bezeichnet die "kirchliche Gewalt" außerhalb des Bereichs der vom Staat verliehenen Befugnisse als zwar nicht staatliche, aber doch "öffentliche" Gewalt (vgl. BVerfGE 18, 385 [387] = NJW 1965, 961).

*„Angesichts der **religiösen und konfessionellen Neutralität des Staates** nach dem Grundgesetz bedeutet diese zusammenfassende Kennzeichnung der Rechtsstellung der Kirchen keine Gleichstellung mit anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die in den Staat eingegliederte Verbände sind, sondern nur die Zuerkennung eines Status, der sie zwar über die Religionsgesellschaften des Privatrechts erhebt, aber **keiner** besonderen Kirchenhoheit des Staates oder einer **gesteigerten Staatsaufsicht** unterwirft. Infolge dieser öffentlichen Rechtsstellung und öffentlichen Wirksamkeit der Kirchen, die sie aus ihrem besonderen Auftrag herleiten und durch die sie sich von anderen gesellschaftlichen Gebilden grundsätzlich unterscheiden, ist die **kirchliche Gewalt keine staatliche Gewalt**.“* (OVG Lüneburg aaO)

1. keine staatliche Kontrolle innerkirchlicher Angelegenheiten

Nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III WRV ordnen die Kirchen ihre Angelegenheiten **innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes** selbständig; sie sind dabei

also an die Schranken gebunden, die ihnen die für alle geltenden Gesetze des Staates ziehen. Dieser muss seinerseits die **wertsetzende Bedeutung des verfassungsrechtlich garantierten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts** achten (vgl. BVerfGE 42, 312 [332 ff.] = NJW 1976, 2123; BVerfGE 53, 366 [404] = NJW 1980, 1895; BVerwG NJW 1984, 989).

*„Die Verfassungsgarantie des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts bedeutet **keine Ausklammerung aus der staatlichen Rechtsordnung** im Sinne rechtsfreier Räume, sondern sie begründet im Gegenteil eine die gemeinschaftliche Freiheitsausübung respektierende Sonderstellung innerhalb der staatlichen Rechtsordnung. Sie ist nicht nur dem Grundrecht aus Art. 4 GG im Sinne gemeinschaftlicher Glaubens- und Religionsfreiheit geschuldet, es handelt sich vielmehr auch um die institutionelle Staatsfreiheit der Kirchen i.S. von Art. 137 III WRV (BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2009, 1195).*

*Damit erkennt der Staat die Kirchen als Institutionen mit dem Recht der Selbstbestimmung an, die ihrem Wesen nach unabhängig vom Staat sind und ihre Gewalt nicht von ihm herleiten. Die Folge davon ist, dass der **Staat in ihre inneren Verhältnisse nicht eingreifen darf**.*

*Wenn **staatliche Gerichte** in der Sache über **kirchliche Angelegenheiten** zu entscheiden haben, bestimmen sie in diesen Angelegenheiten mit, und zwar selbst dann, wenn sie sich bemühen, der kirchlichen Eigenständigkeit bei der materiellen Entscheidung gerecht zu werden, die konkrete Betrachtung der unterschiedlichen Interessen und Rechte im Einzelfall kann erfahrungsgemäß zu einer allmählichen Steigerung der richterlichen Kontrolldichte führen und birgt so die Gefahr, dass die **religiöse Legitimation kirchenrechtlicher Normen verkannt** und damit gegen den Grundsatz der Neutralität des Staates in religiösen Dingen verstoßen wird (BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2009, 1195).“ (OVG Lüneburg aaO)*

2. staatliche Kontrolle bei Ausübung von Hoheitsbefugnissen oder sonstiger Außenwirkung

Nur soweit sie die **vom Staat verliehenen Befugnisse ausüben** oder soweit ihre Maßnahmen den **kirchlichen Bereich überschreiten** oder in den staatlichen Bereich hineinreichen, betätigen die Kirchen mittelbar auch staatliche Gewalt mit der Folge, dass ihre Selbstbestimmung eine in der Sache begründete Einschränkung erfährt.

II. Anwendung auf den Fall

Für die Beantwortung der Frage, ob das ausgesprochene Hausverbot vor den staatlichen Gerichten überprüfbar ist, kommt es daher darauf an, ob es allein dem innerkirchlichen Bereich zuzuordnen ist oder aber den vom Staat verliehenen Befugnissen der Kirche zuzuordnen ist.

*„Das in Rede stehende **Hausverbot** der Ag. betrifft **keinen Bereich**, in dem der **Staat der Kirche hoheitliche Gewalt** verliehen hat. Vielmehr wird damit ein Streit im Bereich der inneren kirchlichen Angelegenheiten geregelt. Die Frage, ob eine kirchliche Maßnahme dem **innerkirchlichen Bereich zuzurechnen** ist oder sich auf vom Staat verliehene Befugnisse gründet oder den staatlichen Bereich berührt, entscheidet sich – soweit nicht hierzu eine Vereinbarung zwischen Kirche und Staat vorliegt – danach, was materiell, der **Natur der Sache** oder Zweckbeziehung nach als eigene Angelegenheit der Kirche anzusehen ist (BVerfGE 18, 385 [387] = NJW 1965, 961). Ist die Kirche **nur im Bereich ihrer innerkirchlichen Angelegenheiten** tätig geworden, dann liegt **kein Akt der öffentlichen Gewalt** vor. Nach diesem verfassungsrechtlichen Verständnis des Begriffs der „Angelegenheiten“ überschreitet das gegen die Ast. verhängte Hausverbot aus den bereits vom VG ausführlich und zutreffend dargelegten Gründen weder rechtlich noch tatsächlich den selbstverwalteten Bereich der Antragsgegnerin. Dass K sich hierdurch in ihren Grundrechten aus Art. 1 I, 2 I, 3 I GG verletzt sehen könnte, ändert hieran nichts.*

*Die von ihr sinngemäß behaupteten **Grundrechtsverletzungen** sind **nicht Ausfluss staatlicher Gewalt i.S. von Art. 19 IV 1 GG**, sondern die nach Auffassung des Senats durchaus verständliche und sachlich gerechtfertigte Reaktion des Kirchenvorstands der Ag. auf das insbesondere von den Kirchenbesuchern als **ungebührlich und störend empfundene Verhalten** der Ast. während der **Gottesdienste**. Behauptete Grundrechtsverletzungen durch ein Tätigwerden von Organen der Kirche in eigenen Angelegenheiten – wie hier – können **nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Zuständigkeit staatlicher Gerichte nicht begründen** (vgl. BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2009, 1195 m.w. umfangr. Rspr.-Nachw.).“ (OVG Lüneburg aaO)*

Kurzauslese II

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

Restschuldbefreiung
 Berücksichtigung einer Erbschaft
 (BGH in FamRZ 2010, 1657; Beschluss vom 15.07.2009 – IX ZB 229/07)

InsO
§ 295 IInsO

Eine **Erbschaft**, die der Schuldner nach **Ankündigung der Restschuldbefreiung**, jedoch **vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens** macht, **fällt in die Masse**.

„Fehlerhaft ist der Ausgangspunkt des BeschwGer., dass eine Erbschaft, die der Schuldner bis zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens macht, nicht mehr in die Masse fällt, wenn ihm schon die Restschuldbefreiung angekündigt worden ist (Landfermann, Heidelberger Komm. z. InsO, 5. Aufl., § 295 Rn 3 und 17; Lüdtke, Hamburger Komm. z. InsolvenzR, 3. Aufl., § 35 Rn 46; a.A. Ahrens, Frankfurter Komm. z. InsO, 5. Aufl., § 295 Rn 36). Denn **bis zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens fällt pfändbarer Neuerwerb des Schuldners nach den §§ 35, 36 InsO in die Insolvenzmasse**. Die Obliegenheiten des § 295 InsO treffen den Schuldner erst mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens (BGH NJW-RR 2009, 632 = NZI 2009, 191 = WM 2009, 361).“ (BGH aaO)

Scheinbeschluss
 fehlende richterliche Unterschrift
 (BAG in NJW 2010, 2748; Beschluss vom 18. 5. 2010 - 3 AZB 9/10)

ZPO
§§ 329 I 2, 317 II 1ZPO

Beschlüsse bedürfen der richterlichen Unterschrift; fehlt diese, liegt lediglich ein „**Scheinbeschluss**“ vor.

„§ 329 I 2 ZPO verweist für Beschlüsse auf die für Urteile geltende Regelung in § 317 II 1 ZPO, die die Zustellung betrifft. Daraus wird deutlich, dass bei Beschlüssen die **richterliche Unterschrift als selbstverständlich vorausgesetzt** wird. Die **Zustellung eines Beschlusses kann die richterliche Unterschrift nicht ersetzen**, da sie von der Geschäftsstelle veranlasst wird (§ 168 I ZPO; zum Ganzen BGHZ 137, 49 = NJW 1998, 609).“ (BAG aaO)

selbstständiges Beweisverfahren
 Anordnung der Klageerhebung ist unanfechtbar
 (BGH in ZfBR 2010, 666; Beschluss vom 08.07.2010 – VII ZB 36/08)

ZPO
§ 494a IZPO

Die **gerichtliche Anordnung**, dass ein Ast. eines selbstständigen Beweisverfahrens **binnen einer bestimmten Frist Klage zu erheben habe, ist unanfechtbar**.

„Die allenfalls in Betracht kommende **sofortige Beschwerde findet nach § 567 I ZPO gegen im ersten Rechtszug ergangene Entscheidungen der Amts- oder Landgerichte nur statt, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt** ist oder es sich um eine Entscheidung handelt, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist.

Beides ist **hier nicht der Fall**: Eine **ausdrückliche Bestimmung liegt nicht vor**. Die Anordnung der Klageerhebung gibt dem Gesuch statt und weist es nicht zurück. Diese Unanfechtbarkeit des stattgebenden Beschlusses nach § 494a I ZPO erklärt sich damit, dass der **Ast. des selbstständigen Beweisverfahrens hierdurch noch nicht unmittelbar beschwert** wird. Erst der Beschluss, dass er die dem Gegner entstandenen Kosten zu tragen hat, wenn er der Anordnung nicht nachgekommen ist, ist mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar, § 494a II ZPO. Ob bei dieser Rechtslage der Meinung gefolgt werden kann, im Rahmen dieser Anfechtung könne nicht mehr geltend gemacht werden, die Fristsetzung sei zu Unrecht ergangen (vgl. BGH NJW-RR 2004, 1580 = MDR 2004, 1325; OLG Hamm BauR 2007, 751; Zöller/Herget, ZPO, 28. Aufl., § 494a Rn 3), ist nach Auffassung des Senats zweifelhaft, kann hier jedoch offen bleiben.“ (BGH aaO)

Parteibezeichnung
 Anforderungen
 (BGH in ZAP 2010, 110; Beschluss vom 11.05.2010 – VIII ZB 93/09)

ZPO
§ 519 IIZPO

An die **Bezeichnung des Rechtsmittelgegners** sind **weniger strenge Anforderungen** als an die **Bezeichnung des Rechtsmittelklägers** zu stellen. Jedenfalls in denjenigen Fallgestaltungen, in denen der in der Vorinstanz obsiegende Gegner aus mehreren Streitgenossen besteht, **richtet sich das Rechtsmittel im Zweifel gegen die gesamte angefochtene Entscheidung und somit gegen alle gegnerischen Streitgenossen**, es sei denn, die Rechtsmittelschrift lässt eine Beschränkung der Anfechtung erkennen.

„Zum **notwendigen Inhalt der Berufungsschrift nach § 519 II ZPO** neben den weiteren, gesetzlich normierten Voraussetzungen auch die Angabe gehört, für und gegen welche Partei das Rechtsmittel eingelegt wird. Die Berufungsschrift muss entweder für sich allein betrachtet oder mit Hilfe weiterer Unterlagen bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist eindeutig erkennen lassen, wer Berufungskläger und wer Berufungsbeklagter sein soll (vgl. etwa BGH FamRZ 2007, 903).

An die eindeutige Bezeichnung des Rechtsmittelführers sind strenge Anforderungen zu stellen; bei verständiger Würdigung des gesamten Vorgangs der Rechtsmittelinlegung muss jeder Zweifel an der Person des Rechtsmittelklägers ausgeschlossen sein (st. Rspr.; vgl. etwa BGH BGHR 2002, 655; BGH NJW-RR 2008, 1161). Dabei sind, wie auch sonst bei der Ausdeutung von Prozessklärungen, alle Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen.

An die Bezeichnung des Rechtsmittelgegners sind dagegen weniger strenge Anforderungen zu stellen. Jedenfalls in denjenigen Fallgestaltungen, in denen der in der Vorinstanz obsiegende Gegner aus mehreren Streitgenossen besteht, **richtet sich das Rechtsmittel im Zweifel gegen die gesamte angefochtene Entscheidung** und somit gegen alle gegnerischen Streitgenossen, es sei denn, die Rechtsmittelschrift lässt eine Beschränkung der Anfechtung erkennen (BGH NJW-RR 2006, 1569; BGH NJW-RR 2009, 208; BGH NJW 2002, 831).

Eine solche Beschränkung kann sich, wenn auf der Gegenseite mehrere Streitgenossen stehen, daraus ergeben, dass in der Rechtsmittelschrift nur einige von ihnen angegeben werden. Dies ist jedoch nicht zwingend. Der BGH hat eine unbeschränkte Berufungseinlegung auch in Fällen bejaht, in denen als Rechtsmittelgegner nur einer von mehreren Streitgenossen, und zwar der im Urteilsrubrum an erster Stelle Stehende genannt wurde (BGH NJW 1984, 58). Letztlich kommt es für die Frage, ob eine Beschränkung der Anfechtung gewollt ist, auf eine **verständige Würdigung des gesamten Vorgangs der Rechtsmittelinlegung bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist** an. Dabei können sich aus einer beigefügten Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift des angefochtenen Urteils häufig entscheidende Hinweise auf den Umfang der Anfechtung ergeben. Hierbei kommt insbesondere der Frage Bedeutung zu, ob eine Beschränkung des Rechtsmittelangriffs auf einen Teil der bisherigen Prozessgegner in Anbetracht des der Vorinstanz unterbreiteten Streitstoffs ungewöhnlich oder gar fern liegend erscheint (vgl. etwa BGH NJW 2003, 3203).“ (BGH aaO)

ZPO § 703c **Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids per Fax** **ZPO**

(KG in BRAK-Mitt. 2010, 167; Beschluss vom 25.06.2009 – 8 W 56/09)

Auch ein per Fax eingereichter Antrag auf Erlass des Vollstreckungsbescheids wahrt die Frist des § 701 S. 1 ZPO.

„Ein **Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids, der per Telefax eingereicht wird, ist wegen Verstoßes gegen § 703c II ZPO formunwirksam** (vgl. BGH NJW-RR 2001, 1320; OLG Stuttgart OLGR 2000, 297; Zöller/Vollkommer, § 703c Rn 8; Musielak, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 703c Rn 2).

Darauf kommt es aber nicht an: Ist ein mangelhafter Antrag fristgerecht gestellt worden, treten die Folgen des § 701 S. 1 ZPO jedenfalls dann nicht ein, wenn der Mangel behebbar ist, auch wenn die Behebung erst nach Fristablauf erfolgt (vgl. LG Bonn BeckRS 2007, 65474; LG Frankfurt a.M. Rpfleger 1970, 100; MüKo-ZPO/Schüler, 3. Aufl. 2007, § 701 Rn 2; a.A. LG Frankfurt a. M. Rpfleger 1982, 295). **§ 701 S. 1 ZPO setzt nach seinem Wortlaut gerade nicht voraus, dass der Antrag in jeder Hinsicht wirksam ist.**

Auch aus dem **Zusammenhang der Vorschriften über das Mahnverfahren** ergibt sich nichts anderes: In § 691 I 2 ZPO ist geregelt, dass der Ast. vor der Zurückweisung des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids anzuhören ist, um ihm Gelegenheit zu geben, behebbare Mängel des Antrags zu beseitigen. Dieser Grundsatz gilt auch für den Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids (vgl. Zöller/Vollkommer, § 699 ZPO Rn 12; Musielak, § 699 Rn 5). Auch Verstöße gegen § 703c II ZPO sind behebbar (vgl. BGH NJW-RR 2001, 1320). Es wäre aber **widersinnig und widersprüche dem Sinn und Zweck der genannten Vorschriften, einerseits Formmängel als behebbar anzusehen** und deshalb vom MahnGer. entsprechende Hinweise zu verlangen, **andererseits aber die Behebung von Mängeln als verfristet zurückzuweisen.**“ (KG aaO)

ZPO § 888 **Vollstreckungsverfahren einseitige Erledigungserklärung** **ZPO**

(OLG Stuttgart in MDR 2010, 1078; Beschluss vom 30.04.2010 – 3 W 22/10)

Auch im Vollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO ist eine einseitige Erledigungserklärung möglich.

„Zwar ist § 91a ZPO auch in Verfahren nach den §§ 887 - 890 ZPO entsprechend anzuwenden (§ 891 S. 2 ZPO). Vorliegend hat der Schuldner der Erledigungserklärung des Gläubigers jedoch nicht zugestimmt. Aus dem Umstand, dass er überhaupt keinen Antrag gestellt hat, durfte das Landgericht eine solche Zustimmung nicht schließen. Die **Erledigungserklärung ist stets Prozesshandlung** und nur bei übereinstimmender Abgabe Bewirkungshandlung (Zöller-Vollkommer, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 91 a Rn 2). Ein **Schweigen des Gegners auf die Erledigungserklärung** des Klägers bzw. hier des Gläubigers **kann nur unter den Voraussetzungen des § 91a I 2 ZPO so behandelt werden, als habe der Gegner der Erledigungserklärung zugestimmt.** Zwingende gesetzliche Voraussetzung ist jedoch, dass der Gegner zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist.“ (OLG Stuttgart aaO)

StGB § 52 I **Kindesmissbrauch Konkurrenzen** **StrafR**

(BGH in NJW 2010, 2742; Beschluss vom 18.05.2010 – 4 StR 139/10)

Tateinheit ist dann gegeben, wenn dieselbe Handlung des Täters sowohl § 176a I StGB als auch § 176a II Nr. 1 StGB verletzt.

„Der Senat ist mit der Strafkammer der Auffassung, dass die **Verletzung sowohl des § 176a I StGB als auch des § 176a II Nr. 1 StGB zueinander in Tateinheit** steht (so auch Hörnle, LK-StGB, § 176a Rn 95; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 176a Rn 22; ders., SK-StGB, § 176a Rn 28; Frommel, NK-StGB, 3. Aufl., § 176a Rn 18), ohne dass dies notwendig im Tenor zum Ausdruck gebracht werden muss (§ 260 IV 5 StPO).

Allerdings wird dieses **Konkurrenzverhältnis nicht einheitlich beurteilt**: So wird auch vertreten, es liege nur eine einzige Tat vor, wenn der Täter durch eine Handlung mehrere Alternativen des § 176a StGB verwirklicht (MüKo-StGB/Renzikowski, § 176a Rn 43; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 176a Rn 6). Teilweise wird auch angenommen, der Tatbestand des § 176a II StGB verdränge Abs. 1 (Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 176a Rn 16; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 176a Rn 23; Ziegler, BeckOK-StGB, § 176a Rn 23). Dem vermag der Senat jedoch nicht zu folgen: Bei § 176a I, II StGB handelt es sich um unterschiedliche, jeweils auf der Verwirklichung des Grundtatbestands des § 176 StGB aufbauende Qualifikationen. Die Strafverschärfungen in Abs. 1 und 2 betreffen jeweils unterschiedliche Unrechtsaspekte, welche die Handlung zum Verbrechen aufwerten (Hörnle, LK-StGB, § 176a Rn 95). Abs. 1 qualifiziert Wiederholungstaten zum Verbrechen, Abs. 2 Nr. 1 besonders erhebliche sexuellen Handlungen, die durch ihre Intensität das sexuelle Selbstbestimmungsrecht in hohem Maße berühren (MüKo-StGB/Renzikowski, § 176a Rn 2).“ (BGH aaO)

StPO
§ 145a III 1

Urteilszustellung wirksame Zustellung an Pflichtverteidiger

StPO

(BGH in NSTz 2010, 584; Beschluss vom 01.06.2010 – 4 StR 79/10)

Auch wenn die **Verkündung des Urteils in Abwesenheit des Angekl.** erfolgt ist, ist die **Zustellung des verkündeten Urteils an den Pflichtverteidiger wirksam**. Die erfolgreiche **formlose Übersendung einer Abschrift des Urteils an den Angekl.** nach § 145a III 1 StPO ist **nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit dieser Zustellung**.

„Die am 16.04.2009 bewirkte Zustellung des am 02.02.2009 verkündeten Urteils durfte nach § 145a I StPO an den Pflichtverteidiger des Angekl. erfolgen, obwohl dieses Urteil in Abwesenheit des Angekl. – der sich während der laufenden Hauptverhandlung abgesetzt hatte – verkündet worden war (vgl. KK-Kuckein, 6. Aufl., § 341 Rn 19 m.w.N.). Die erfolgreiche formlose Übersendung einer Abschrift des Urteils an den Angekl. nach § 145a III 1 StPO ist nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit dieser Zustellung (vgl. KK-Laufhütte aaO, § 145a Rn 6 m.w.N.).“ (BGH aaO)

StPO
§§ 230 I, 231 II

Hauptverhandlung Fortführung ohne den Angeklagten

StPO

(BGH in NSTz 2010, 585; Beschluss vom 19.11.2009 – 4 StR 276/09)

Eine **unterbrochene Hauptverhandlung darf ohne den Angekl.** nur dann **fortgeführt** werden, wenn er **eigenmächtig ferngeblieben ist**, d.h. ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe wissentlich seiner Anwesenheitspflicht nicht genügt, er **über die Anklage schon vernommen war** und das **Gericht seine weitere Anwesenheit nicht für erforderlich hält**.

„Die Fortsetzung der Hauptverhandlung gegen den am 3. Verhandlungstage ausgebliebenen Angekl. verstößt gegen § 230 I StPO. Die Verhandlung ohne den Angekl. war hier auch nicht ausnahmsweise nach § 231 II StPO zulässig. Nach dieser Vorschrift darf zwar eine unterbrochene Hauptverhandlung ohne den Angekl. zu Ende geführt werden, wenn er eigenmächtig ferngeblieben ist, d.h. ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe wissentlich seiner Anwesenheitspflicht nicht genügt (vgl. BGHSt 37, 251), er über die Anklage schon vernommen war und das Gericht seine fernere Anwesenheit nicht für erforderlich erachtet. Nach dem von der Revision vorgelegten Verfahrensgang, der durch die Sitzungsniederschrift bestätigt wird, ist die StrK auf der Grundlage der vom Vorsitzenden eingeholten telefonischen Auskunft der Ärztin des Krankenhauses ersichtlich nicht von einem eigenmächtigen Fernbleiben des Angekl. ausgegangen und hat demgemäß auch nicht die vom Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffende Entscheidung über die Erforderlichkeit der ferneren Anwesenheit des Angekl. (vgl. Meyer-Goßner 52. Aufl., § 231 Rn 20) getroffen. Es kann dahinstehen, ob der Ausnahmetatbestand des § 231 II StPO schon deshalb zu verneinen ist. Jedenfalls lässt sich heute nicht mehr aufklären, ob der Angekl., was zum Zeitpunkt der Revisionsentscheidung nachgewiesen sein muss und vom RevGer. im Freibeweis selbständig zu klären ist (vgl. Meyer-Goßner aaO, Rn 25 m.w.N.), am 3. Verhandlungstag eigenmächtig ausgeblieben ist.

Die Verkündung des Beschlusses, mit dem 3 vom Verteidiger des Angekl. gestellte Beweisanträge abgelehnt wurden, stellt einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung dar. Da eine Heilung durch Nachholung des vom Angekl. versäumten Teils der Hauptverhandlung nicht erfolgt ist, liegt der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO.“ (BGH aaO)

VwGO
§ 47 IIa

Normenkontrollverfahren Zulässigkeit bei ergänzendem Verfahren

VwGO

(BVerwG in BayVBl 2010, 473; Urteil vom 24.03.2010 – 4 CN 3/09)

Führt eine Gemeinde während eines anhängigen Normenkontrollverfahrens ein ergänzendes Verfahren durch, wird der anhängige Normenkontrollantrag nicht nachträglich gem. § 47 IIa VwGO unzulässig, wenn der Ast. im Rahmen der erneuten öffentlichen Auslegung keine Einwendungen erhebt.

- Nach § 47 IIa VwGO ist der **Antrag einer natürlichen Person**, der einen Bebauungsplan zum Gegenstand hat, **unzulässig, wenn die den Antrag stellende Person nur Einwendungen geltend macht, die sie im Rahmen der öffentlichen Auslegung (§ 3 II BauGB) nicht oder verspätet geltend gemacht hat**, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist.

Die Vorschrift soll das **allgemeine Rechtsschutzbedürfnis** konkretisieren. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass bereits im Aufstellungsverfahren Mitwirkungsbefugnisse bestehen, die dem Ziel dienen, die jeweiligen Interessen rechtzeitig dem Abwägungsmaterial zuzuführen. Im Hinblick u.a. auf die Aufgabenverteilung zwischen Plangeber und Verwaltungsgerichten sollen sachliche Einwendungen nicht ohne Not erst im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden (BT-Dr 16/2496, S. 18). Die Vorschrift verlangt jedoch nur, dass der Ast. bei der Planaufstellung überhaupt rechtzeitig Einwendungen erhebt und jedenfalls eine dieser Einwendungen im Normenkontrollverfahren geltend macht. Er ist nicht gehindert, sich im Normenkontrollverfahren auch auf solche Einwendungen zu berufen, die er zuvor nicht geltend gemacht hat.

„Nach dem Wortlaut des § 47 IIa VwGO kommt es nicht darauf an, ob die Gelegenheit zu Einwendungen im Rahmen der öffentlichen Auslegung bereits im ursprünglichen Planaufstellungsverfahren oder erst in einem ergänzenden, der Heilung von Fehlern des bereits bekannt gemachten Bebauungsplans dienenden Verfahren (vgl. § 214 IV BauGB) fehlerfrei gewährt wurde. Ein Normenkontrollantrag kann auch unzulässig sein, weil ein Ast. weder im ursprünglichen noch im ergänzenden Verfahren Einwendungen erhoben hat.

Führt die Gemeinde das ergänzende Verfahren jedoch – wie hier – während eines anhängigen Normenkontrollverfahrens durch, wird der anhängige Normenkontrollantrag nicht nachträglich unzulässig, wenn der Antragsteller im Rahmen der erneuten öffentlichen Auslegung keine Einwendungen erhebt. **Auch ohne die Erhebung von Einwendungen kann er seinen Normenkontrollantrag gegen den Bebauungsplan in der Gestalt richten, die der Plan durch das ergänzende Verfahren gefunden hat.** Denn der ursprüngliche Bebauungsplan erlangt zusammen mit dem geänderten Bebauungsplan insgesamt als ein Bebauungsplan Wirksamkeit; er setzt sich lediglich aus zwei Teilnormgebungsakten zusammen (BVerwG NVwZ 2003, 1259; BVerwGE 133, 98 = NVwZ 2009, 1103).“ (BVerwG aaO)

II. **Außerdem wird mit der Einlegung eines nach der jeweiligen Verfahrensordnung statthaften und zulässigen Rechtsmittels eine gewichtige verfahrensrechtliche Position begründet, die nicht ohne weiteres wieder entzogen werden kann.**

„Die Entziehung einer solchen Position muss sich am **Grundsatz des Vertrauensschutzes** messen lassen. Diesen Grundsatz hat die Rspr. insbes. im Bereich des intertemporalen Prozessrechts entfaltet (vgl. BVerfGE 63, 343 = NJW 1983, 2757 und BVerfGE 87, 48 = NVwZ 1992, 1182; BVerwGE 106, 237 = NVwZ 1998, 731 = NJW 1998, 2991). Nach den Grundsätzen des intertemporalen Prozessrechts erfasst eine Änderung des Verfahrensrechts auch anhängige Rechtsmittelverfahren. Der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde **Schutz des Vertrauens eines Rechtsmittelführers in die nach Maßgabe dieser Grundsätze gewährleistete Rechtsmittelsicherheit** gebietet jedoch, dass bei einem gesetzlich festgelegten Rechtsmittelausschluss ein bereits eingelegtes Rechtsmittel zulässig bleibt, sofern das Gesetz nicht mit hinreichender Deutlichkeit etwas Abweichendes bestimmt; für die Verschärfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Rechtsmittels gilt nichts anderes (BVerfGE 87, 48 = NVwZ 1992, 1182).“ (BVerwG aaO)

1. Um eine Frage des **intertemporalen Prozessrechts** geht es hier nicht.

„Die Ast. haben den Normenkontrollantrag nach Inkrafttreten des § 47 IIa VwGO gestellt. Der Planentwurf wurde erstmals zwar vorher und damit ohne den Hinweis auf die Rechtsfolge des § 47 IIa VwGO ausgelegt. Die Bekanntmachung der Auslegung war jedoch fehlerhaft, weil die Ag. eine Bekanntmachung durch Aushang im Hinblick auf ihre Einwohnerzahl nicht hätte vorsehen dürfen; an diesem Fehler hätte ein Hinweis nach § 47 IIa VwGO in der Bekanntmachung nichts geändert. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes ist jedoch nicht nur im intertemporalen Prozessrecht, sondern ganz allgemein zu beachten, wenn der Gesetzgeber auf eine bislang gegebene verfahrensrechtliche Lage einwirkt, in der sich der Bürger befindet (BVerwGE 106, 237 = NVwZ 1998, 731 = NJW 1998, 2991; BVerfGE 63, 343 = NJW 1983, 2757).“ (BVerwG aaO)

2. Ein Ast., der einen zulässigen Normenkontrollantrag gestellt hat, hat eine **schutzwürdige verfahrensrechtliche Position** erlangt, die ihm durch die Anwendung des § 47 IIa VwGO entzogen werden würde.

„§ 47 IIa VwGO ist keine Norm, die lediglich die Modalitäten der Verfahrensgestaltung regelt; sie **führt zur Unzulässigkeit des Antrags**. Der Betroffene könnte diese Rechtsfolge zwar durch die Erhebung von Einwendungen im ergänzenden Verfahren abwenden; er hat mit seinem Normenkontrollantrag jedoch bereits zum Ausdruck gebracht, dass er den Bebauungsplan nicht hinnehmen will. Solange er auf das ergänzende Verfahren nicht mit einer Erledigungserklärung reagiert, ist davon auszugehen, dass sein **Abwehrwille fortbesteht** und sich nunmehr gegen den Bebauungsplan in der Gestalt richtet, die der Plan durch das ergänzende Verfahren gefunden hat. Insoweit ist seine prozessuale Lage vergleichbar mit der eines Klägers, der, weil er seinen Abwehrwillen bereits dokumentiert hat, eine im anhängigen Verfahren erfolgte Änderung eines Planfeststellungsbeschlusses in das Verfahren einbeziehen darf, ohne an die Klagefrist nach § 74 I 2 VwGO gebunden zu sein (BVerwG NVwZ 2010, 63). Trotz Anhängigkeit des zulässigen Normenkontrollantrags Einwendungen zu erheben, dürfte dem Ast. nur zugemutet werden, wenn § 47 IIa VwGO mit der rechtsstaatlich gebotenen Eindeutigkeit bestimmen würde, dass dies für eine Sachentscheidung im Normenkontrollverfahren erforderlich ist, und auch in der Bekanntmachung der öffentlichen Auslegung hierauf hingewiesen würde.

Beides ist nicht der Fall: **§ 47 IIa VwGO bestimmt nicht ausdrücklich, dass auch ein anhängiger Normenkontrollantrag unzulässig wird**, wenn der Ast. im Rahmen einer erneuten öffentlichen Auslegung des Bebauungsplanentwurfs keine Einwendungen erhebt; ein entsprechender Hinweis in der Bekanntmachung der Auslegung ist nicht vorgesehen. Sinn und Zweck des § 47 IIa VwGO sprechen ebenfalls gegen seine Anwendbarkeit. Einem Ast., der den Normenkontrollantrag bereits vor der erneuten Auslegung im ergänzenden Verfahren gestellt hatte, kann das Rechtsschutzinteresse nicht abgesprochen werden. Er hat seine **Einwendungen nicht „ohne Not“ erst im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht**, sondern weil er sie im ursprünglichen Beteiligungsverfahren mangels ordnungsgemäßer Bekanntmachung der Auslegung nicht erheben konnte oder jedenfalls nicht erheben musste. Aus Funktion und Gegenstand des ergänzenden Verfahrens ergibt sich nichts Anderes. Das **ergänzende Verfahren dient der Planerhaltung**. Es soll verhindern, dass das OVG den Plan wegen eines heilbaren Fehlers für unwirksam erklärt. Dieser Zweck rechtfertigt es nicht, auch noch zusätzliche formelle Anforderungen an die Zulässigkeit des bereits anhängigen Normenkontrollantrags zu stellen.“ (BVerwG aaO)

III. Die **Anwendbarkeit des § 47 IIa VwGO** auf einen anhängigen Normenkontrollantrag **hängt schließlich auch nicht davon ab, inwieweit das ergänzende Verfahren eine erneute Abwägung der Belange des Ast. erfordert** oder jedenfalls erwarten lässt.

„Die Erforderlichkeit von Einwendungen vom Gegenstand der sich anschließenden Abwägung abhängig zu machen, würde zu einer **nicht zumutbaren Rechtsunsicherheit** führen. I. Ü. errichtet § 47 IIa VwGO auch innerhalb seines Anwendungsbereichs lediglich eine **formelle Zulässigkeitschürde**. Wie bereits dargelegt, ist ein Antragsteller, der Einwendungen erhoben hat und eine dieser Einwendungen im Normenkontrollverfahren geltend macht, nicht gehindert, neue Einwendungen zu erheben.“ (BVerwG aaO)

**Anerkenntnisurteil
auch im Verwaltungsprozess**

(OVG Bautzen in LKV 2010, 381; Urteil vom 25.05.2010 – 2 A 127/10)

Im **Verwaltungsrechtsstreit** ergeht, wenn der Bekl. den eingeklagten Anspruch wirksam anerkennt, ein **Anerkenntnisurteil**. Dies kann der Berichterstatter **ohne mündliche Verhandlung in abgekürzter Form** erlassen.

„Erkennt der Bekl. den Klageanspruch an, so kann zumindest im Fall der Verpflichtungsklage ein Anerkenntnisurteil ergehen (BVerwG DÖV 1997, 376). Die **Zulässigkeit des Anerkenntnisurteils folgt aus § 173 VwGO i. V. m. § 307 S. 1 ZPO**. Die Vorschrift der ZPO ist im Verwaltungsprozess entsprechend anwendbar. Anerkenntnis und Anerkenntnisurteil sind Ausdruck der *Dispositionsmaxime*, die den Beteiligten die Befugnis sichert, über den Streitgegenstand zu verfügen. Diese *Maxime* gilt sowohl im zivilprozessualen als auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. In beiden Verfahren hat es der Kl. in der Hand, einen Rechtsstreit durch Klage anhängig zu machen, ihn durch Klageänderung zu ändern oder ihn durch Klagerücknahme zu beenden. Ebenso hat es der Bekl. in der Hand, den Kl. klaglos zu stellen.“ (OVG Bautzen aaO)

Verfassungsbeschwerde**keine Verfahrensaussetzung zur Erschöpfung des fachgerichtl. Rechtswegs**

(BbgVerfG in NVwZ-RR 2010, 338; Beschluss vom 21.01.2010 – VfGBbg 49/09)

Die **Aussetzung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens**, um zwischenzeitlich den fachgerichtlichen Rechtsweg auszuschöpfen, ist **nicht statthaft**.

- I. Gem. **§ 31 I BbgVerfGG** kann das BbgVerfG das bei ihm anhängige Verfahren bis zur Erledigung eines bei einem anderen Gericht **anhängigen Verfahrens aussetzen, wenn** für seine Entscheidung die **Feststellungen oder die Entscheidungen dieses anderen Gerichts von Bedeutung sein können**.

„Die Formulierung „von Bedeutung sein können“ weist auf ein **weites Verständnis der Relevanz der fachgerichtlichen Entscheidung** für diejenige des BbgVerfG hin. Die mögliche Bedeutung reicht daher von der **Vorgreiflichkeit der fachgerichtlichen Entscheidung bis zur Klärung rein tatsächlicher Zweifel durch den Trichter** beim Fachgericht.

Für in diesem Sinne „bedeutsam“ hält der Bf. die zukünftige Entscheidung des AG Neuruppin über den Antrag nach § 46 I O-WiG i.V. mit § 33a StPO, weil dann die Verfassungsbeschwerde wegen nachträglicher Erschöpfung des Rechtsweges zulässig würde. Diese Auffassung trifft nicht zu: Eine nachträgliche Rechtswegerschöpfung hat im Verfassungsbeschwerdeverfahren keine heilende Wirkung (zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach Bundesrecht: vgl. BVerfGE 94, 166 = NVwZ 1996, 678).“ (BbgVerfG aaO)

- II. Der Gesetzgeber hat in **§ 45 II 1 BbgVerfGG** ausdrücklich festgelegt, dass die **Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtsweges** erhoben werden kann.

„Schon dieser Wortlaut kennzeichnet die **Verfassungsbeschwerde als einen dem fachgerichtlichen Instanzenzug nachrangigen außerordentlichen Rechtsbehelf** i. S. einer *ultima ratio*. Dies bedeutet, dass der **fachgerichtliche Rechtsweg im Zeitpunkt der Erhebung der Verfassungsbeschwerde durchlaufen sein muss**. Auch ein nur zeitweises Nebeneinander der Anhängigkeit des Rechtsschutzbegehrens im fachgerichtlichen Rechtsweg und der Verfassungsbeschwerde beim BbgVerfG macht die Verfassungsbeschwerde unzulässig. Während die sonstigen Sachentscheidungsvoraussetzungen lediglich in der Abwesenheit von Umständen bestehen, die eine Sachentscheidung des Gerichts hindern und deshalb auch erst im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung vorliegen müssen, **bezweckt das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung nach § 45 II BbgVerfGG zu vermeiden, dass ein auf eine Grundrechtsverletzung gestützter Rechtsstreit überhaupt an das BbgVerfG gelangt, wenn ein Fachgericht damit noch befasst werden kann**. Denn die nach dem Normzweck des § 45 II BbgVerfGG auch zu **verhindernde Belastung des BbgVerfG** mit Verfahren, in denen Rechtsschutz vorrangig vor den Fachgerichten zu suchen ist, tritt bereits ein, wenn die Verfassungsbeschwerde beim Verfassungsgericht anhängig gemacht wird. Diesem Entlastungszweck würde die Möglichkeit einer nachträglichen Rechtswegerschöpfung zuwiderlaufen. Sie ist i. Ü. auch nicht unter dem **Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie** geboten. Auch die nachträgliche Rechtswegerschöpfung würde, da sie den Gegenstand der Verfassungsbeschwerde verändert, eine Anpassung von Antrag und Begründung oder gar, insoweit nicht anders als bei der Geltung des Erfordernisses vorheriger Rechtswegerschöpfung, eine erneute Erhebung erfordern.“ (BbgVerfG aaO)

**Zwangsgeldandrohung
Auswirkungen bei unterbliebener Zustellung**

(OVG Münster in NWVBI 2010, 322; Beschluss vom 08.12.2009 – 13 B 958/09)

Eine **mangels Zustellwillens unterbliebene Zustellung der Zwangsgeldandrohung** stellt die **Wirksamkeit der Bekanntgabe des Grundverwaltungsakts nicht in Frage**.

„Die **gegenteilige Auffassung findet im Gesetz keine Stütze**: Nach § 63 VI VwVG NRW ist die Androhung zwar auch dann zuzustellen, wenn sie - wie hier - mit dem zugrunde liegenden Verwaltungsakt verbunden ist und für ihn keine Zustellung vorgeschrieben ist. Daraus folgt indessen nicht, dass die fehlende Zustellung der Zwangsgeldandrohung auch den Grundverwaltungsakt, für den keine Zustellung vorgeschrieben ist, erfasst. Die mangels Zustellwillens **unterbliebene Zustellung der Zwangsgeldandrohung hat vielmehr lediglich deren Unwirksamkeit zur Folge** (vgl. OVG NRW NVwZ-RR 1994, 365), **nicht aber auch die Unwirksamkeit des Grundverwaltungsakts**. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob die Androhung mit dem zugrundeliegenden Verwaltungsakt verbunden wurde oder nicht. Dass in beiden Fällen der Beginn der Rechtsbehelfsfristen hinsichtlich des Grundverwaltungsakts und der Androhung auseinanderfallen kann, ist rechtlich unbedenklich. § 63 VI VwVG NRW lässt sich nicht entnehmen, dass ein solches Auseinanderfallen der Rechtsbehelfsfristen unzulässig ist.“ (OVG Münster aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

VV RVG
Nr. 3104

Terminsgebühr nicht durch Austausch von E-Mails

RVG

(BGH in r + s 2010, 352; Beschluss vom 21.10.2009 – IV ZB 27/09)

Durch den **Austausch von E-Mails** zur Erörterung der Modalitäten einer Streitbeilegung entsteht **keine Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV RVG**, denn die **Kommunikation über E-Mails** ist **nicht** als **Besprechung i.S. dieses Gebührentatbestands** zu werten.

ebenso: Bischof, RVG, 3. Aufl., Vorbem. 3 VV Rn 96c, Nr. 3104 VV Rn 54; Gerold/Schmidt, RVG, 18. Aufl., Vorb. 3 VV Rn 105; Hansens/Braun/Schneider, Praxis des Vergütungsrechts, 2. Aufl., Teil 8 Rn 216; Hansens RVGreport 2007, 268; a.A. OLG Koblenz VersR 2007, 1288; Schons AGS 2007, 348; VG Lüneburg AGS 2008, 282; krit.: AnwK-RVG/Onderka/Schneider, 4. Aufl., VV Vorb. 3 Rn 141; Pießkalla/Reichart VRR 2009, 92

- I. Bereits der **Wortlaut und die Systematik des Gesetzes** sprechen dagegen, den Austausch von E-Mails als Besprechung anzusehen.

„Nach **allgemeinem Sprachgebrauch**, der grds. auch das Verständnis von Gesetzesbestimmungen prägt, erfordert eine Besprechung die – mündliche oder fernmündliche – Äußerung von Worten in Rede und Gegenrede, sodass der Austausch von Schriftzeichen per Brief, Telefax, SMS oder E-Mail nicht genügen kann. Dass der Gesetzgeber abweichend davon mit dem Begriff der Besprechung auch einen Meinungsaustausch auf schriftlichem oder elektronischem Wege verbinden wollte, ist nicht ersichtlich.

Zudem wird der **Schriftverkehr des Prozess- oder Verfahrensbevollmächtigten durch die Verfahrensgebühr abgegolten**, die der Rechtsanwalt nach Vorbem. 3 II VV RVG für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information erhält. Diese Gebühr deckt die gesamte Tätigkeit ab, für die andere Gebühren, insbes. die Terminsgebühr, nicht anfallen. Hierzu gehört insbes. die Fertigung von Schriftsätzen an Gegner oder Dritte. Wollte man darauf abstellen, dass der Austausch von E-Mails in der Regel größeren anwaltlichen Arbeitsaufwand erfordert als ein Gespräch und der Text einer E-Mail im Allgemeinen verlässlicher ist als das gesprochene Wort, so müssten auch außerhalb des Prozesses versandte Schriftsätze mit Einigungsvorschlägen zu einer Terminsgebühr führen. Dies führte am Gesetzeswortlaut vorbei zu einer erheblichen Erweiterung des ohnehin weit gefassten Abgeltungsbereichs der Gebühr nach Vorbem. 3 III VV RVG und zu einer **sachwidrigen Verteuerung von Rechtsstreitigkeiten**. Aus diesem Grund rechtfertigt auch der Umstand, dass eine elektronische oder schriftliche Kommunikation vergleichbare Regelungsmöglichkeiten wie eine mündliche oder telefonische Erörterung eröffnet, nicht den Ansatz der Terminsgebühr.“ (BGH aaO)

- II. Auch aus der **Gesetzesbegründung** ergibt sich nichts anderes.

„Danach soll die in Abs. 3 der Vorbem. bestimmte Terminsgebühr sowohl die bisherige Verhandlungsgebühr nach § 31 I Nr. 2 BRAGO a.F. als auch die Erörterungsgebühr gem. § 31 I Nr. 4 BRAGO a.F. ersetzen. Die Abgeltung von außergerichtlichen Besprechungen wird im Gesetzentwurf damit begründet, dass der Anwalt nach seiner Bestellung zum Verfahrens- oder Prozessbevollmächtigten in jeder Phase des Verfahrens zu einer möglichst frühen, der Sach- und Rechtslage entsprechenden Beendigung des Verfahrens beitragen soll (BT-Drs. 15/1971, S. 209).

Die Wahl des Begriffs „Besprechung“ in der Begründung des Gesetzentwurfs deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber dem Rechtsanwalt **nur außergerichtliche Besprechungen im Wortsinne** vergüten wollte. Hätte der Gesetzgeber jeglichen außergerichtlichen Austausch über moderne Kommunikationsmittel als Besprechung anerkennen wollen, so hätte er dies in der Gesetzesbegründung erwähnen und in der Neuregelung deutlich machen müssen. Gegen einen solchen Willen des Gesetzgebers spricht der in dem Entwurf dargelegte **Zweck der Vergütung von außergerichtlichen Besprechungen**. Der durch die Vorbem. 3 III VV RVG erweiterte Gebührentatbestand zielt darauf ab, einen Rechtsanwalt, der durch außergerichtliche Einigungsbemühungen eine Beendigung des Verfahrens zu erreichen und damit einen **gerichtlichen Termin überflüssig zu machen** versucht, dafür zu entlohnen. Da ein **Verhandlungstermin dem mündlichen Meinungsaustausch dient**, liegt es nahe, auch nur eine mündliche oder zumindest fernmündliche Kontaktaufnahme als **Äquivalent** in den Abgeltungsbereich der Terminsgebühr einzubeziehen.“ (BGH aaO)

- III. Auch nach Nr. 3104 I Nr. 1 VV RVG entsteht beim Austausch von E-Mails keine Terminsgebühr.

„Diese Bestimmung findet nach ihrem Wortlaut **nur auf solche Verfahren Anwendung, in denen eine mündliche Verhandlung grds. vorgeschrieben ist, die aber im Einverständnis mit den Parteien oder gem. § 495a ZPO ohne mündliche Verhandlung entschieden oder durch einen schriftlichen Vergleich beendet werden**. Sie greift bei Beschlüssen, die gem. § 128 III ZPO und § 128 IV ZPO ohne mündliche Verhandlung ergehen können, nicht ein (BGH NJW 2008, 668; BGH NJW 2007, 2644; BGH NJW 2007, 1461). Dazu gehören auch Kostenentscheidungen nach § 91a I ZPO.

Eine **analoge Anwendung** der Nr. 3104 I Nr. 1 VV RVG **kommt mangels einer planwidrigen Regelungslücke nicht in Betracht**, da der Gesetzgeber den Fall der übereinstimmenden Erledigungserklärung mit der Möglichkeit einer Entscheidung durch Beschluss trotz verschiedener Änderungen der ZPO und der maßgeblichen Kostenvorschriften nicht in diese Ausnahmenvorschrift aufgenommen hat.“ (BGH aaO)

VV RVG
Nr. 3200

Verfahrensgebühr

RVG

Erstattungsfähigkeit bei Berufungszurückweisung nach § 522 II ZPO

(OLG Köln in BeckRS 2010, 21273; Beschluss vom 18.08.2010 – 17 W 181/10)

Die **Verfahrensgebühr** des Nr. 3200 VV RVG ist vom **Berufungsführer zu erstatten, wenn der Rechtsmittelgegner den Sachantrag auf Zurückweisung der Berufung nach Zustellung der Berufungsbegründung gestellt hat und das Berufungsgericht anschließend die Berufung nach § 522 II ZPO zurückweist**, ohne dass der Berufungsbeklagte zuvor noch eine Berufungserwidерung eingereicht hat.

„Die Erstattungsfähigkeit i. S. v. § 91 ZPO ist allerdings grds. von der Notwendigkeit der in Rede stehenden Maßnahmen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung abhängig. Die Erstattung von ihr aufgewandter Kosten kann eine Partei danach nur insoweit erwarten, als sie der ihr aus dem Prozessrechtsverhältnis obliegenden Pflicht nachgekommen ist, die Kosten möglichst gering zu halten.“

Insoweit kann den Bekl. indes erstattungsrechtlich zunächst nicht entgegen gehalten werden, die Einreichung eines Antrags auf Zurückweisung der Berufung sei nicht notwendig gewesen. Denn mit der Vorlage der Berufungsbegründung hatte die Kl. ihre Absicht, das Rechtsmittelverfahren tatsächlich mit dem Ziel der Abänderung des ihr nachteiligen erstinstanzlichen Urteils streitig durchzuführen, eindeutig zu erkennen gegeben. Nach Eingang der Berufungsbegründung war die Bekl. deshalb in der Lage, durch einen entsprechenden Gegenantrag das Verfahren zu fördern. Die mit einem Sachantrag anfallende Verfahrensgebühr Nr. 3200 VV RVG war jedenfalls ab diesem Zeitpunkt notwendig i. S. von § 91 I 1 ZPO und damit kostenrechtlich erstattungsfähig (vgl. BGH NJW 2009, 2220; OLG Stuttgart JurBüro 2007, 36).

Eine andere Betrachtungsweise ist hier nicht deshalb veranlasst, weil der 9. Zivilsenat des OLG Köln - im Nachgang zu der Zustellung der Berufungsbegründung - einen Hinweis nach § 522 II 1 ZPO erteilt hat. Nach der mit der herrschenden Auffassung im Schrifttum (vgl. AnwK-RVG/N. Schneider, Nr. 3201 VV RVG Rn 62; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, Nr. 3200 VV RVG Rn 52) übereinstimmenden st. Rspr. des erkennenden Senats hat der Berufungsbekl. grds. auch in den Fällen des § 522 II ZPO ungeachtet der bereits vom Berufungsgericht erteilten Hinweise ein berechtigtes und auch erstattungsrechtlich anzuerkennendes Interesse, auf das Verfahren in seinem Sinne fördernd Einfluss zu nehmen. Im Streitfall kommt es hierauf freilich nicht einmal entscheidend an, weil sich für die Bekl. allein schon aufgrund der - zu diesem Zeitpunkt noch nicht mit gerichtlichen Hinweisen versehenen - Zustellung der Berufungsbegründung und der hierdurch erkennbar werdenden Absicht der Kl., das Rechtsmittelverfahren streitig durchzuführen, ein Gegenantrag als notwendig i. S. von § 91 I 1 ZPO erweisen musste. Diese Notwendigkeit konnte nicht nachträglich dadurch, dass der 9. Zivilsenat des OLG drei Wochen nach Zustellung der Berufungsbegründung (und nach bereits erfolgter Stellung des Gegenantrags) auf die fehlende Erfolgsaussicht des Rechtsmittels hinwies, nachträglich wieder entfallen.“ (OLG Köln aaO)

RVG
§ 56 II

Verschlechterungsverbot

RVG

keine Geltung im Beschwerdeverfahren

(OLG Hamburg in NStZ-RR 2010, 327; Beschluss vom 05.05.2010 – 2 Ws 34/10)

Im **Verfahren über die Beschwerde eines Rechtsanwaltes gegen die Festsetzung seiner Vergütung** als beigeordneter Zeugenbeistand **besteht ein Verschlechterungsverbot nicht**, so dass die angefochtene Entscheidung auch zum Nachteil des Bf. abgeändert werden kann.

- I. Für Beschwerde, sofortige Beschwerde und weitere Beschwerde ist, anders als für Berufung, Revision und Wiederaufnahme in den §§ 331, 358 II, 373 II StPO, ein **Verbot der Schlechterstellung des Bf.** durch die Beschwerdeentscheidung **weder in der StPO noch in den Kostengesetzen und dem RVG gesetzlich geregelt.**

Ein Verschlechterungsverbot ist auch **keine zwingende Folge aus dem Rechtsstaatsprinzip** (vgl. BGHSt 9, 324 = NJW 1956, 1725; Meyer-Goßner, § 331 Rn 1 mwN).

„Bei den genannten gesetzlich geregelten Verschlechterungsverboten handelt es sich vielmehr um eine dem Angekl. vom Gesetzgeber gewährte Rechtswohlthat, welcher der Gedanke zu Grunde liegt, dass der Angekl. bzw. sein gesetzlicher Vertreter von der Einlegung von Rechtsmitteln gegen Urteile nicht durch die Besorgnis abgehalten werden soll, es könne ihm dadurch ein Nachteil entstehen. Dem Angekl. sollen deshalb in diesen Fällen die durch das erste Urteil erlangten Vorteile belassen werden, auch wenn diese gegen das sachliche Recht verstoßen (vgl. Meyer-Goßner, § 331 Rn 1 mwN). Daraus und aus der Bestimmung des § 309 II StPO, wonach das BeschwGer. „die in der Sache erforderliche Entscheidung“ erlässt, erklärt sich, dass für die Beschwerde ein Verbot der reformatio in peius grds. nicht besteht (vgl. Meyer-Goßner, § 331 Rn 1, vor § 304 Rn 5 mwN).“ (OLG Hamburg aaO)

- II. **Ausnahmen** von der Nichtgeltung des Verschlechterungsverbotes im Beschwerdeverfahren hat die Rspr., weil grds. allein der Gesetzgeber darüber zu bestimmen hat, wann einem Rechtsmittelführer die Rechtswohlthat des Verbotes der Schlechterstellung zukommen soll (Meyer-Goßner, § 331 Rn 1; vor § 304 Rn 5), zu Recht bisher **nur in geringem Umfang** zugelassen.

1. Im Bereich der „einfachen“ Beschwerde gem. §§ 304, 310 I StPO gilt nach h.M. das Verschlechterungsverbot mit Ausnahme des Sonderfalles der **Verschönerung von Untersuchungshaft** (BVerfG StV 2006, 26) nicht.
2. Anerkannt ist eine Ausnahme hingegen für **Beschlüsse, die der Rechtskraft fähig sind** und, vergleichbar zu Urteilen, Rechtsfolgen endgültig festsetzen (vgl. OLG Frankfurt a.M. in NStZ-RR 1996, 318; Meyer-Goßner, § 331 Rn 1).

Dazu gehören mit dem befristeten Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde anfechtbare Beschlüsse über die Aussetzung eines Strafrestes zur Bewährung (§§ 57 I, II StGB, §§ 454 III 1 StPO) und den Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 56f I StGB, § 453 II 3 StPO). Für den Widerruf der Aussetzung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt zur Bewährung gem. § 67g StGB ist die Ausnahme von der Nichtgeltung des Verschlechterungsverbotes im Beschwerdeverfahren durch eine aus den §§ 331 II, 358 II, 373 II StPO hergeleitete Rücknahme beschränkt. Da die §§ 331 II, 358 II 3, 373 II 2 StPO die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt von dem dort für das Urteilsverfahren normierten Verschlechterungs-

verbot ausdrücklich ausnehmen, kann für die wertungsmäßig gleichzusetzende Entscheidung über einen Aussetzungswiderruf im Beschlussverfahren bei entsprechender Anwendung der genannten Vorschriften nichts anderes gelten.

3. **Im Bereich der Kostenentscheidungen besteht eine entsprechende verfestigte Rspr. zu Ausnahmen von der grds. Nichtgeltung des Verschlechterungsverbot im Beschwerdeverfahren nicht.** Eine solche Ausnahme wird vielmehr sogar für mit der sofortigen Beschwerde anfechtbare Kostengrundscheidungen abgelehnt (vgl. BGHSt 5, 52 = NJW 1954, 122). Für mit der „einfachen“ Beschwerde anfechtbare Kostenfestsetzungsbeschlüsse gilt nach zutreffender h.M. ein Verbot der Schlechterstellung ebenfalls nicht (vgl. OLG Düsseldorf MDR 1991, 370; OLG Karlsruhe MDR 1986, 694; Meyer-Goßner, § 464b Rn 8 m.w.N.). Gleiches gilt für gerichtliche Entschädigungsfestsetzungen nach § 4 I JVEG und dagegen gerichtete Beschwerden nach § 4 III, V JVEG (vgl. Schneider, JVEG, § 4 Rn 40 mwN; Meyer/Höver/Bach, JVEG, 24. Aufl., § 4 Rn 4.18 m.w.N.).

- III. **Für das vorliegende Verfahren** der gem. §§ 56 II, 33 III RVG mit der befristeten „einfachen“ Beschwerde anfechtbaren Festsetzung der Gebühren des beigeordneten Zeugenbeistands **kann nichts anderes gelten als für die übrigen genannten Kostenentscheidungen**, denn die hier zu treffende **Entscheidung ist wertungsmäßig diesen anderen Kostenentscheidungen gleichzusetzen.**

*„Ein den für das Urteilsverfahren gesetzlich geregelten Verschlechterungsverboten entsprechendes **Schutzbedürfnis des Rechtsmittelführers** gegenüber einer unbeabsichtigt durch ein eigenes Rechtsmittel herbeigeführten Schlechterstellung **besteht im Bereich des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes ebenso wenig wie im übrigen Kosten- und Entschädigungsrecht.** Es besteht deshalb kein Anlass, in Entsprechung zu den dem Urteilsverfahren wertungsmäßig gleichzusetzenden oder zumindest nahe kommenden genannten Beschlussverfahren auch in der vorliegenden Konstellation einer Beschwerde gegen eine Kostenfestsetzung nach dem RVG eine Ausnahme von dem Grundsatz der Nichtgeltung des Verschlechterungsverbot im Beschwerdeverfahren zu begründen (a.A. Hartung/Römermann, RVG, § 56 Rn 40, § 33 Rn 70, ohne Auseinandersetzung mit den für das strafprozessuale Beschlussverfahren von der h.M. anerkannten Grundsätzen).“ (OLG Hamburg aaO)*

BerHG
§§ 4 ff.

Beratungshilfe-Bewilligung Bindungswirkung im Vergütungsfestsetzungsverfahren

BerHG

(OLG Oldenburg in NJOZ 2010, 1939; Beschluss vom 04.01.2010 – 12 W 190/09)

Der **Berechtigungsschein ist Grundlage für die spätere Festsetzung der Vergütung des Rechtsanwalts.** Mit der Erteilung des Berechtigungsscheins wird über die Gewährung der Beratungshilfe entschieden. In der Erteilung mehrerer Scheine liegt zugleich die Entscheidung darüber, dass gebührenrechtlich verschiedene Angelegenheiten vorliegen. Daher kann diese Frage im Verfahren über die Gebührenfestsetzung nicht erneut aufgeworfen und anders beantwortet werden.

*„Eine **Bindungswirkung der Erteilung des Berechtigungsscheins für das nachfolgende Vergütungsfestsetzungsverfahren** (zur Selbstständigkeit beider Verfahren vgl. LG Dortmund Rpfleger1984, 478; LG Dortmund AnwBl 1985, 334; Hansens JurBüro1987, 23) **wird im Gesetz allerdings nicht ausdrücklich angeordnet** (LG Dortmund RPFleger 1984, 478; LG Kleve JurBüro1986, 1384; LG Wuppertal JurBüro1985, 1426; LG Dortmund AnwBl 1985, 334; LG Köln MDR 1985, 944). Weiterhin ist es richtig, dass der in § 2 BerHG verwendete Begriff der „Angelegenheit“ keine gebührenrechtliche Bedeutung hat (so LG Kleve JurBüro1986, 1384; LG Münster JurBüro1990, 333; Hansens JurBüro1987, 23; LG Münster JurBüro1983, 1894; LG Köln MDR 1985, 944). In § 2 BerHG wird nur bestimmt, dass Beratungshilfe nur für die dort genannten Sachverhalte gewährt wird (BT-Dr 8/3311, S. 11 u. 12). Die Bindung für das Vergütungsfestsetzungsverfahren ergibt sich jedoch aus anderen Regelungen, und zwar insbes. aus §§ 4 -6 BerHG, der Systematik des BerHG sowie den allgemein gültigen Grundsätzen über die Zulässigkeit des Widerrufs begünstigender Verwaltungsakte.*

*Gem. § 4 I BerHG hat der Rechtspfleger über den Antrag auf Gewährung von Beratungshilfe förmlich zu entscheiden. Das Verfahren hierzu richtet sich nach den Vorschriften über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bzw. nunmehr dem FamFG (§ 5 BerHG). Es gilt demgemäß der **Amtsermittlungsgrundsatz** (§ 26 FamFG). Die Bewilligung der Beratungshilfe geschieht gem. § 6 I BerHG dadurch, dass dem Rechtssuchenden ein Berechtigungsschein für Beratungshilfe durch einen Rechtsanwalt seiner Wahl ausgestellt wird. Dieser **Berechtigungsschein tritt an die Stelle des sonst gem. § 38 I FamFG erforderlichen Beschlusses.** In diesem Berechtigungsschein hat der Rechtspfleger zugleich festzulegen, für welche „Angelegenheit“ die Beratungshilfe gewährt wird. Die Angelegenheit ist gem. § 6 I BerHG genau zu bezeichnen. Dies **dient der Klarstellung und Festlegung für den Anwalt**, in welcher Sache er tätig werden soll und für welche Tätigkeit er gem. § 44 RVG i. V. mit Nr. 2500 ff. VV RVG seine Vergütung erhält. In § 6 BerHG hat der Begriff der Angelegenheit daher zweifelsohne eine gebührenrechtliche Bedeutung. Der Gesetzgeber nimmt hiermit ausdrücklich auf den **Sprachgebrauch in §§ 15 ff. RVG** Bezug (a. A. allerdings Herget MDR 1985, 945). Wäre eine gebührenrechtliche Bedeutung nicht gewollt gewesen, hätte es nahegelegen, einen Begriff zu verwenden, der keinen unmittelbaren gebührenrechtlichen Inhalt hat, wie z. B. den des „Streitgegenstands“. Mit der Erteilung des Berechtigungsscheins wird zugleich eine Entscheidung dahin getroffen wird, dass die Gebühren, die für die im Berechtigungsschein bezeichnete Angelegenheit gem. Nr. 2500 ff. VV RVG entstehen, nach § 55 RVG aus der Landeskasse zu vergüten sind. Hieraus folgt zugleich, dass mehrere Berechtigungsscheine, in denen jeweils verschiedene Angelegenheiten bezeichnet werden, auch verschiedene Gebührenansprüche auslösen.“ (OLG Oldenburg aaO)*

ZPO
§ 91 I 1

Kostenerstattungsanspruch von Streitgenossen unterschiedliche Prozessbevollmächtigte

ZPO

(OLG Koblenz in MDR 2010, 1158; Beschluss vom 05.08.2010 – 14 W 420/10)

Der **Erstattungsanspruch von Streitgenossen mit erkennbar gleichgerichtetem Interesse und Prozesskonzept kann auf die Kosten beschränkt sein, die bei Vertretung durch einen gemeinsamen Anwalt entstanden wären.**

*„Es ist anerkannt, dass mehrere Streitgenossen aus **wirtschaftlichen Überlegungen** heraus gehalten sein können, einen gemeinsamen Prozessbevollmächtigten einzusetzen, wenn ein interner Interessenwiderstreit zwischen ihnen nicht zu ersehen ist und deshalb das **Bedürfnis dafür fehlt, einen eigenen Anwalt zu beauftragen** (BGH NJW 2007, 2257; OLG Karlsruhe MDR 2000, 235; OLG Naumburg Rpfleger 2005, 482). Dabei lässt sich ein beachtlicher Konflikt noch nicht daraus herleiten, dass der Ausgang des*

Prozesses Regressansprüche zwischen den Streitgenossen nach sich ziehen kann, weil derartige Ansprüche nicht Gegenstand des zu führenden Rechtsstreits, sondern eine bloße Folgewirkung sind (BGH NJW 2007, 2257). Mandatieren die Streitgenossen gleichwohl jeweils getrennt einen Prozessvertreter, müssen sie sich so behandeln lassen, als wäre dies nicht geschehen.“ (OLG Koblenz aaO)

ZPO
§§ 114 S. 1, 115

Prozesskostenhilfe rückwirkende Bewilligung

ZPO

(OVG Münster in NVwZ-RR 2010, 742; Beschluss vom 17.03.2010 – 5 E 1700/09)

Prozesskostenhilfe kann im Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen eine sich kurzfristig erledigende Maßnahme auch noch rückwirkend bewilligt werden.

„Zwar wird Prozesskostenhilfe nur für eine „beabsichtigte“ Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung gewährt, weshalb ihre Bewilligung nach rechtskräftigem Abschluss der kostenverursachenden Instanz nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Sie scheidet insbes. aus, wenn der Rechtsschutzsuchende das Verfahren auf Grund einer eigenverantwortlichen Entscheidung beendet hat (vgl. OVG Münster NVwZ-RR 2009, 270; NVwZ-RR 1994, 124; hierzu auch: OVG Hamburg NJW 2010, 695).

Ist die Verfahrensbeendigung oder -verzögerung hingegen nicht dem Betroffenen zuzurechnen, kann Prozesskostenhilfe nach Abschluss der Instanz noch gewährt werden, wenn der Bewilligungsantrag mit den erforderlichen Unterlagen bereits während des Verfahrens gestellt, aber nicht beschieden worden ist und der Ast. alles für die Bewilligung der Prozesskostenhilfe Erforderliche getan hat (vgl. BVerwG BeckRS 1998, 30433571 m.w. Nachw.; BGH NJW 1982, 446 m.w. Nachw.).

Entsprechendes gilt, wenn das erstinstanzliche Gericht im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes über einen entscheidungsreifen Prozesskostenhilfeantrag nicht vorab entschieden hat, weil die Entscheidung über den Eilantrag keinen Aufschub duldet oder wenn der Betroffene um Prozesskostenhilfe im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes gegen eine Maßnahme nachgesucht hat, die sich auf eine kurze Zeitspanne beschränkt. Erledigt sich in Fällen dieser Art die Hauptsache während der laufenden Rechtsmittelfrist und wird mit Blick darauf kein Rechtsmittel gegen die Sachentscheidung mehr eingelegt, bleibt zur **Gewährung effektiven Rechtsschutzes und zur weitgehenden Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten** eine auf den Zeitpunkt der Bewilligungsreife des Antrags zurückwirkende Gewährung von Prozesskostenhilfe für die rechtskräftig abgeschlossene Instanz möglich.“ (OVG Münster aaO)

ZPO
§ 121

Prozesskostenhilfe unbeschränkte Beordnung eines Rechtsanwalts nach Anwaltswechsel

ZPO

(OLG Hamm in MDR 2010, 1268; Beschluss vom 04.11.2009 – 1 WF 267/09)

Nach einem Anwaltswechsel kann der neu gewählte Anwalt nicht ohne Weiteres nur beschränkt auf die vom zunächst gewählten Rechtsanwalt noch nicht verdienten Kosten beigeordnet werden.

„Denn der **Vergütungsanspruch des neu beigeordneten Anwalts ergibt sich aus seiner eigenen Tätigkeit im Rechtsstreit und den dadurch erfüllten Gebührentatbeständen. Die Zulässigkeit der Einschränkung setzt deshalb voraus, dass sich der neu beigeordnete Anwalt mit ihr einverstanden erklärt hat. Ggf. muss das Gericht vor seiner Entscheidung über die Beordnung dessen Entscheidung einholen.**

Ob die Ast. die Beordnung eines neuen Rechtsanwalts nach Mandatsentziehung verlangen konnte oder ihr Begehren bei Fehlen triftiger Gründe für den Anwaltswechsel unter dem **Gesichtspunkt der Mutwilligkeit** insgesamt abgelehnt hätte abgelehnt werden können, ist für die hier zu entscheidende **Frage der kostenrechtlichen Einschränkung der Beordnung ohne Bedeutung: Erfolgte der Anwaltswechsel ohne triftigen Grund hätte der Ast. die Beordnung eines weiteren Rechtsanwalts insgesamt versagt werden können, eine Beschränkung von dessen Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse unter die gesetzlich von ihm verdienten Gebühren rechtfertigt das jedoch nicht. Für das Amtsgericht bestand nur die Alternative, die Beordnung abzulehnen, wenn der Anwaltswechsel mutwillig oder jedenfalls ohne triftigen Grund vorgenommen worden war, oder sie uneingeschränkt vorzunehmen, wenn der Wechsel gerechtfertigt war (st. Rspr., vgl. OLG Hamm FamRZ 1995, 748; OLG Hamm FamRZ 2006, 1551; OLG Köln FamRZ 2004, 123; OLG Karlsruhe FamRZ 1998, 632).**“ (OLG Hamm aaO)

ZPO
§§ 574, 56 II 1 HS 2

Rechtsbeschwerde Streit über die Vergütung des PKH-Anwalts

ZPO

(BGH in MDR 2010, 946; Beschluss vom 09.06.2010 – XII ZB 75/10)

In Festsetzungssachen über die Vergütung, die einem im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordneten Rechtsanwalt aus der Staatskasse zu zahlen ist, findet keine Rechtsbeschwerde zum BGH statt.

„Die **Vorschriften des § 56 II 1 HS 2 ZPO i.V.m. § 33 IV 3 und VI 1 RVG enthalten eine vorrangige abschließende Sonderregelung** gegenüber § 574 ZPO (vgl. Hartmann, Kostengesetze, 38. Aufl., § 56 RVG Rn 22; Hansens RVGreport 2007, 100; Gerold/Schmid/v. Eicken, RVG, 18. Aufl., § 56 Rn 32 unter Aufgabe der abweichenden Ansicht in der Voraufgabe Rn 23 f.; zur gleichen Rechtslage unter Geltung der BRAGO siehe BGH NJW-RR 1988, 381 f.; a.A. OLG Karlsruhe NJW-RR 2008, 949).

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das Beschwerdegericht die Rechtsbeschwerde zugelassen hat und der Senat gem. § 574 III 2 ZPO an eine Zulassung grds. gebunden ist. Denn eine Entscheidung, die von Gesetzes wegen der Anfechtung entzogen ist, bleibt auch bei - irriger - Rechtsmittelzulassung unanfechtbar. Durch die Zulassung wird dem Bf. die Rechtsbeschwerde nur dann zugänglich gemacht, wenn sie nach dem Gesetz grundsätzlich eröffnet ist, nicht aber in den Fällen, in denen die Anfechtbarkeit gesetzlich ausgeschlossen ist. Die Bindungswirkung der Rechtsmittelzulassung umfasst bei der Rechtsbeschwerde nur die Bejahung der in § 574 III 1 i.V.m. § 574 II ZPO genannten Zulassungsvoraussetzungen. Sie kann hingegen nicht dazu führen, dass ein gesetzlich nicht vorgesehener Instanzenzug eröffnet wird. Daher kann eine nach dem Gesetz unanfechtbare Entscheidung auch nicht durch den Ausspruch eines Gerichts der Anfechtung unterworfen werden (vgl. BGHZ 159, 14 = FamRZ 2004, 1191 sowie BGH NJW 2003, 211 m.w.N. und NJW 2003, 70 m.w.N.; siehe auch BVerfG DtZ 1993, 85).“ (BGH aaO)

Aus der Praxis

BGB
§ 734

Auseinandersetzung einer Freiberufersozietät zulässige Werbung um Mandanten

BGB

(BGH in NJW 2010, 2660; Beschluss vom 31.05.2010 – II ZR 29/09)

Haben sich die **Gesellschafter einer Freiberufersozietät nicht über eine Aufteilung der Mandate geeinigt, besteht für alle Gesellschafter die rechtlich unbeschränkte Möglichkeit, in einen Wettbewerb um alle Mandanten der Sozietät zu treten.** Dies schließt eine zusätzliche Entschädigung für den „Goodwill“ der Sozietät grds. aus.

„Die Möglichkeit der Gesellschafter, um die Mandanten der Sozietät zu werben, war nicht durch die gesellschaftliche Treuepflicht beschränkt. Dass das Werben um die von den Mitgesellschaftern betreuten Mandanten eine steuerneutrale Realteilung der Sozietät oder eine Überleitung der Mandanten auf die einzelnen Gesellschafter gefährden konnte, genügt hierfür nicht. Hätten die Gesellschafter dies vermeiden wollen, blieb es ihnen unbenommen, sich über eine andere Art der Auseinandersetzung des Mandantenstammes zu einigen. Ist eine solche Vereinbarung nicht zu Stande gekommen, verbleibt es dabei, dass die Gesellschafter uneingeschränkt um die Mandanten der Sozietät werben durften, um sich den in der Vergangenheit geschaffenen Wert der Mandantenbeziehungen wirtschaftlich nutzbar zu machen.

Die gleichberechtigte Möglichkeit für die Gesellschafter, um die Mandanten der Sozietät zu werben, stellt sich nicht ausnahmsweise als unzureichend dar, weil ein Wettbewerb um die bisher von den anderen Gesellschaftern betreuten Mandanten der Sozietät wegen ihrer starken Bindung an die Person des jeweiligen Beraters nicht Erfolg versprechend war. Darauf kommt es nicht an: Die Mandanten der Sozietät können grds. nicht gezwungen werden, ihre Geschäftsbeziehung mit der Gesellschaft oder bestimmten Gesellschaftern fortzuführen. Deshalb besteht auch dann kein zusätzlicher Ausgleichsanspruch, wenn es einem Gesellschafter nicht gelingt, die Mandanten der aufgelösten oder durch sein Ausscheiden beendeten Sozietät in einem seiner Beteiligung an der Gesellschaft entsprechenden Umfang für sich zu gewinnen und diese sich überwiegend für einen anderen Gesellschafter entscheiden (vgl. BGH NJW 1994, 796 = ZIP 1994, 378; MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 734 Rn 9). Beschränkte der Kl. seine Bemühungen darauf, die bisher von ihm betreuten Mandanten an sich zu binden, weil er einem Werben um die anderen Mandanten der Sozietät wegen der starken Personengebundenheit der Steuerberatungsmandate von vornherein keine Erfolgsaussicht beigemessen hat, wird hieraus nur erkennbar, dass nach seiner eigenen Einschätzung dem Mandantenstamm kein weitergehender, finanziell messbarer Wert zukam, dessen Ausgleich er fordern könnte.“ (BGH aaO)

ZPO
§ 85 II

anwaltschaftliche Sorgfaltspflicht Fristnotierung auf Klebezetteln

ZPO

(OVG Bremen in NJW 2010, 2745; Beschluss vom 04.06.2010 – 2 A 57/10)

Ein **Rechtsanwalt genügt nicht** den ihm obliegenden Sorgfaltspflichten, wenn er sein Büropersonal lediglich durch **Anbringen eines Klebezettels auf einer gerichtlichen Entscheidung** anweist, die Rechtsmittelfrist zu notieren.

„Übernimmt der Prozessbevollmächtigte die Fristberechnung selbst, muss er die ermittelte Frist in der Akte vermerken. Angesichts der Bedeutung, die der Fristermittlung zukommt, genügt es nicht, dass die Frist auf einem Klebezettel notiert wird. Eine solche Handhabung birgt vielfältige Fehlerquellen in sich und lässt eine sorgfältige Fristenkontrolle nicht als gewährleistet erscheinen, denn das Anbringen eines Klebezettels ist mit einem hohen Verlustrisiko verbunden. Das gilt im besonderen Maße, wenn Klebezettel der Marke „POST-IT“ verwendet werden, die nur mit einem schmalen Klebestreifen versehen sind und schon deshalb mit einem erhöhten Loslöse-, d. h. Verlustrisiko verbunden sind. Zudem besteht bei einer solchen Handhabung die Gefahr, dass der Klebezettel nach Notierung der Frist vernichtet oder weggeworfen wird, so dass bei Notierung einer falschen Frist nicht festgestellt werden kann, ob dem eine falsche Fristberechnung zu Grunde lag oder ein Übertragungsfehler durch eine Kanzleikraft.“ (OVG Bremen aaO)

ZPO
§ 114

Prozesskostenhilfe Gleichlauf von Anwaltsmandat und PKH-Beordnung

ZPO

(BGH in AnwBl 2010, 716 = WM 1718; Urteil vom 15.07.2010 – IX ZR 227/09)

Ein **bei einer Sozietät angestellter Rechtsanwalt**, der ein Mandat akquiriert und dabei erkennen kann, dass das Mandat unter Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe geführt werden soll, **hat auf den Gleichlauf von Anwaltsmandat und Anwaltsbeordnung hinzuwirken.**

„Der für die Sozietät handelnde [angestellte] Rechtsanwalt war verpflichtet, der Bekl. vor Übernahme des Mandats die gebührenrechtlichen Folgen einer Beauftragung der Sozietät einerseits, nur desjenigen Mitglieds der (oder Angestellten) der Sozietät, das schließlich im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordnet werden würde, andererseits zu erläutern. Bereits im Zeitpunkt der Auftragserteilung stand fest, dass Prozesskostenhilfe beantragt und das Mandat entsprechend abgerechnet werden sollte. Gem. § 122 I Nr. 3 ZPO kann der beigeordnete Rechtsanwalt Ansprüche auf Vergütung gegen seine Partei nicht geltend machen. Bei der Beauftragung der Sozietät - nicht nur des Rechtsanwalts - stellte sich jedoch das Problem, dass es bis zur Grundsatzentscheidung des BGH gängiger Praxis der Gerichte entsprach, keine Anwaltssozietäten, sondern nur einzelne Anwälte beizuordnen (vgl. Ganter AnwBl. 2007, 847; Schultz, Festschrift für Günter Hirsch, S. 525). Der Gebührenanspruch der nicht beigeordneten Sozietät unterliegt nicht § 122 I Nr. 3 ZPO. Der für die Sozietät handelnde Rechtsanwalt hätte die Bekl. darauf hinweisen müssen, dass sie trotz der Bewilligung von Prozesskostenhilfe weitergehenden Gebührenansprüchen der Sozietät ausgesetzt sein konnte.

Nach der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens (BGHZ 123, 311; vgl. Ganter aaO, S. 848) hätte die Bekl. dann, wenn sie auf diesen Umstand hingewiesen worden wäre, nur denjenigen Rechtsanwalt beauftragt, dessen Beordnung im Wege der Prozesskostenhilfe bei Gericht beantragt werden sollte. Ein Anspruch der Sozietät gegen sie persönlich wäre nicht entstanden. [Der Kl.] meint jedoch, der Anspruch der Bekl. auf Befreiung von dem streitgegenständlichen Honoraranspruch richte sich ausschließlich gegen denjenigen Rechtsanwalt, der die Bekl. beraten habe und schließlich allein beigeordnet worden sei. Diese Ansicht trifft nicht zu. Die Pflicht, die Bekl. auf die für sie nachteiligen Folgen eines Vertragsschlusses mit der Sozietät hinzuweisen und auf eine Beauftragung nur desjenigen Anwalts hinzuwirken, der schließlich beigeordnet werden würde, traf die Sozietät als die Vertragspartnerin der Bekl.. Das Verschulden ihres angestellten Rechtsanwalts, welcher das Mandat im Einverständnis der Bekl. für sie bearbeitete, ist ihr gem. § 278 BGB zuzurechnen.“ (BGH aaO)

ZPO
§§ 114 ff

PKH-Antrag per Fax
erforderliche Überprüfung des Sendeprotokolls
(BGH in FamRZ 2010, 1652; Beschluss vom 29.06.2010 – VI ZA 3/09)

ZPO

Bei der **Übermittlung eines Prozesskostenhilfeantrags per Fax** muss ein **Sendeprotokoll ausgedruckt und anhand dessen überprüft** werden, **ob alle Seiten** des Originalschriftsatzes neben den erforderlichen **Anlagen vollständig übermittelt** wurden.

„Ein Rechtsanwalt muss dafür Sorge tragen, dass der Prozesskostenhilfeantrag vollständig mit der Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse einschließlich der entsprechenden Belege innerhalb der Berufungsbegründungsfrist bei dem zuständigen Gericht eingeht. Bei Übermittlung eines Prozesskostenhilfeantrags durch Telefax muss er durch organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass eine Überprüfung erfolgt, ob der Antragsschriftsatz mit den erforderlichen Anlagen auch wirklich vollständig übermittelt worden ist (vgl. BGH NJW-RR 2001, 1072; BGH FamRZ 2007, 809). Über die konkrete Übermittlung muss ein Sendeprotokoll ausgedruckt und anhand dessen überprüft werden, ob alle Seiten des Originalschriftsatzes neben den erforderlichen Anlagen übermittelt wurden (vgl. BGH NJW 1994, 1879; BGH NJW 1996, 2513; BGH NJW-RR 2001, 1072; BGH NJOZ 2001, 1180 = BGHR 2001, 809; BGH FamRZ 2007, 809 = BeckRS 2007, 5212).“ (BGH aaO)

ZPO
§ 115 II

Prozesskostenhilfe
Ratenzahlungsanordnung trotz Insolvenz des Antragstellers
(OLG Düsseldorf in FamRZ 2010, 1282; Urteil vom 16.07.2010 – 15 U 26/09)

ZPO

Der **Bewilligung von Prozesskostenhilfe mit einer Ratenzahlungsanordnung** steht nicht entgegen, dass über das Privatvermögen der betroffenen Person das **Insolvenzverfahren eröffnet** wurde.

„Unter Berücksichtigung der Abzugspositionen verbleibt ein einzusetzendes Einkommen von 226,04 €, das nach der Tabelle zu § 115 II ZPO einer monatlichen Rate von 75,00 € entspricht.

Der Anordnung einer Ratenzahlung steht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Antragsgegners nicht entgegen. Das **Nettoeinkommen des Ag. liegt unter Berücksichtigung der Unterhaltspflicht für zwei Personen unterhalb der im Gesetz festgeschriebenen Pfändungsgrenzen für Arbeitseinkommen** (Anlage zu § 850 c ZPO, abgedruckt bei Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 850 c Rn 22).

Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, gehören nach § 36 I InsO nicht zur Insolvenzmasse und führen deshalb auch nicht zum Verlust der Verfügungsbefugnis des Schuldners nach § 80 InsO (vgl. OLG Zweibrücken FamRZ 2006, 436; OLG Koblenz FamRZ 2009, 533).“ (OLG Düsseldorf aaO)

ZPO
§ 167

„demnächste“ Klagezustellung
angemessener Zeitraum zur Zahlung des Gerichtskostenvorschusses
(KG in ZAP 2010, 79; Urteil vom 15.01.2010 – 6 U 76/09)

ZPO

Die **Zustellung der Klage nicht mehr als „demnächst“** i. S. d. § 167 ZPO anzusehen, **wenn zwischen dem Eingang der Anforderung der Gerichtskosten bei der Partei bzw. ihrem Prozessbevollmächtigten und der Erteilung des Überweisungsauftrags drei Wochen liegen**. Der Partei ist über den Zeitraum von **zwei Wochen** hinaus, innerhalb derer ihr nachlässiges Verhalten noch nicht schadet, nicht noch eine weitere Woche für die Überweisung der Gerichtskosten zuzubilligen; nach Eingang der Kostenanforderung kann eine **Anweisung am übernächsten Werktag erwartet** werden.

I. Nach **§ 167 ZPO** tritt, wenn durch die Klageerhebung eine Frist gewahrt werden soll, diese Wirkung bereits mit dem Zeitpunkt der Einreichung bei Gericht ein, wenn die sich anschließende Zustellung der Klageschrift „demnächst“ erfolgt. Ob eine Zustellung „demnächst“ i. S. dieser Vorschrift erfolgt ist, ist anhand der Umstände des Einzelfalles durch Auslegung zu ermitteln.

§ 167 ZPO dient dem Zweck, den Kl. im Rahmen des Amtszustellungsverfahrens, auf dessen Verlauf er grds. keinen Einfluss hat, **vor Nachteilen durch Zustellungsverzögerungen zu bewahren**, die im Rahmen des Geschäftsbetriebes des Gerichts verursacht werden. Es ist deshalb in st. Rspr. anerkannt, dass der Begriff „demnächst“ nicht rein zeitlich zu verstehen ist, sondern auch eine wertende Komponente enthält. Gemeint ist eine Zustellung innerhalb einer nach den Umständen des Einzelfalles angemessenen, selbst längeren Frist, sofern nur die Partei, die die Frist zu wahren hat, alles ihr Zumutbare für eine unverzügliche Zustellung getan hat und schutzwürdige Belange der Gegenseite nicht entgegen stehen (BGH NJW 1999, 3125; NJW-RR 1995, 254; OLG Hamm VersR 2004, 362).

Soweit der Kl. oder sein Prozessbevollmächtigter (vgl. § 85 II ZPO; vgl. BGH VersR 1995, 361) dagegen durch nachlässiges, wenn auch nur leicht fahrlässiges Verhalten zu einer „nicht bloß geringfügigen Zustellungsverzögerung“ beigetragen haben (BGH aaO), scheidet eine Rückbeziehung über § 167 ZPO aus.

Für die Prüfung, ob die Zustellung der Klage im Einzelfall „demnächst“ i. S. des § 167 ZPO erfolgt ist, muss deshalb geklärt werden, ob und in welchem Umfang Verzögerungen bei der Zustellung der Klage schuldhaft durch den Kl. verursacht worden sind; nur **Verzögerungen, die ausschließlich in der Arbeitsweise des Gericht begründet sind, haben außer Betracht zu bleiben** (BGH VersR 1995, 361; BGH NJW 2000, 2282). Eine „nicht bloß geringfügige Zustellungsverzögerung“ wird nach dieser Rspr. dann angenommen, wenn der dem Kl. zuzurechnende Zeitraum eine Frist von 2 Wochen mehr als nur geringfügig überschreitet (BGH aaO; OLG Hamm aaO; OLG Düsseldorf aaO; OLG Köln NJW-RR 2000, 123 und aktuell BGH NJW 2009, 999).

- II. Ausgehend von den **Entscheidungen des BGH** (WM 1983, 985; NJW 1986, 1347; VersR 1995, 361) ist nach KG aaO dem Kl. allerdings noch nicht als verzögerndes Verhalten anzulasten, wenn er den Gerichtskostenvorschuss, von dessen Einzahlung die Anordnung der Klagezustellung abhängig gemacht wurde, nicht sogleich mit der Einreichung der Klageschrift eingezahlt hat.

„Der Kl. ist grds. nicht verpflichtet, die Höhe der Gerichtskosten selbst zu errechnen, er darf vielmehr auch bei Klageeinreichung kurz vor Fristablauf die Anforderung des Vorschusses durch das Gericht abwarten. Allerdings soll er im Rahmen des § 167 ZPO dann gehalten sein, den angeforderten Betrag unverzüglich, in der Regel binnen 2 Wochen nach Zugang der Anforderung, einzuzahlen (BGH aaO und aktuell BGH NJW 2009, 999; KG r+s 2004, 446 sowie NVersZ 2001, 358; so auch Zöller, ZPO, 28. Auflage § 167 Rn 15 unter Hinweis auf BGH NJW 2009, 999 und KG OLGR 2000, 233).“ (KG aaO)

Erst ein Zeitraum der die angegebene Spanne von 14 Tagen mehr als geringfügig überschreitet, soll nach der vorbenannten Rspr. dazu führen, dass die anschließende Zustellung nicht mehr als „demnächst“ erfolgt anerkannt werden kann.

- III. In **Einzelfällen** hat der BGH diese Rspr. später präzisiert. Schädlich - mit der Folge, dass dem Kl. die Rückwirkungsfiction des § 167 ZPO nicht mehr zugute kommen kann - soll danach zwar weiterhin eine durch den Kl. verursachte Verzögerung der Zustellung um mehr als 14 Tage sein, wobei jedoch in diesem Zusammenhang nur auf die Zeitspanne abgestellt wird, um die sich die Zustellung der Klage als Folge einer Nachlässigkeit des Kl. verzögert hat; der Zeitraum, den der Kl. ohnehin benötigt hätte, um die abgeforderte Handlung - hier die Einzahlung des Kostenvorschusses - vorzunehmen, soll danach als sog. Bearbeitungs- oder Erledigungsfrist nicht in die Frist von 14 Tagen eingerechnet werden (vgl. z.B. BGH VersR 2001, 1536 unter Bezugnahme auf BGH NJW 1996, 1060; BGH VersR 1994, 455; ebenso Stein/Jonas; Kommentar zur ZPO, 22. Auflage, § 167 Rn 11).

- IV. Dazu, mit welchem zeitlichen Umfang dem Kl. diese Erledigungsfrist zuzubilligen ist, macht der BGH jedoch keine verbindlichen Vorgaben.

Ihre Bemessung soll offensichtlich abhängig sein von den Umständen des Einzelfalles: So hat der BGH die Bearbeitungsfrist für die Angabe einer neuen ladungsfähigen Anschrift des Bekl. mit 2 Werktagen (VersR 2001, 1536) und für die Beantwortung einer Streitwertanfrage mit 5 Arbeitstagen (VersR 1994, 455) angenommen.

Hinsichtlich der Frage, ob dem Kl. für die Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses überhaupt eine Erledigungsfrist - und mit welcher Länge - zusteht, liegt eine Entscheidung des BGH, soweit ersichtlich, nicht vor (vgl. z.B. die Entscheidungen des BGH NJW 2009, 999 und BGH VersR 1995, 361, hier findet jeweils nur eine „Frist von 14 Tagen oder geringfügig darüber“ Erwähnung, wobei letzteres zumindest für eine kurze Erledigungsfrist sprechen könnte). Dafür haben verschiedene OLG zu dieser Frage Stellung bezogen und unter Hinweis darauf, dass der Kl. im Rahmen des § 167 ZPO verpflichtet sei, alles ihm Zumutbare zu tun, um eine alsbaldige Zustellung zu gewährleisten, eine Erledigung binnen einer Woche (OLG Köln VersR 2000, 1485 und OLG München WM 2009, 217) oder binnen 4 Werktagen (OLG Hamm VersR 2004, 362; offengelassen von OLG Düsseldorf r+s 2007, 146) noch als unschädlich angesehen.

- V. KG aaO folgt dem Kl. und seiner Berufungsbegründung noch dahingehend, dass auch für die Einzahlung des angeforderten Gerichtskostenvorschusses **grds. eine Erledigungsfrist zuzubilligen** ist, die nicht in die Zeit der schuldhaften Verzögerung einzurechnen ist (so OLG Hamm VersR 2004, 362; OLG Düsseldorf r+s 2007, 146; OLG Köln NJW-RR 2000, 1123; wohl auch BGH WM 2009, 2138 und BGH NJW 2009, 999).

„Allerdings kann diese Bearbeitungsfrist nach Ansicht des Senats, insbes. im Zeitalter des „online-bankings“ nicht mit der Länge einer ganzen Woche angenommen werden; allein eine Wochenfrist aber würde dem Kl., der den Vorschuss am 21. Tag nach Zugang der Anforderung eingezahlt hat, vorliegend die Rückwirkungsfiction des § 167 ZPO sichern.“

*Dass die Frist nicht mit einer ganzen Woche angenommen werden kann, folgt aus Sicht des Senates bereits aus der im Rahmen des Anwendungsbereichs des § 167 ZPO dem Kl. obliegenden gesteigerten Verpflichtung, alles ihm Zumutbare zu tun, um eine Zustellung der Klage ohne weitere Verzögerung zu ermöglichen: In Bezug auf die Verpflichtung, den auf die Gerichtskosten angeforderten Vorschuss anzuweisen, bedeutet dies, dass der Kl. die **Zahlung unverzüglich, mithin ohne schuldhaftes Zögern**, zu veranlassen hat, mit der Folge, dass im Rahmen des bargeldlosen Geldverkehrs eine Anweisung spätestens am übernächsten Banktag erwartet werden darf (vgl. BGH NJW 2000, 2282 für die Angabe einer neuen Anschrift des Bekl. ebenfalls binnen 2 Tagen).*

Entgegen der Ansicht des Kl. kann eine Erledigungsfrist mit der Länge einer Woche auch nicht aus der Entscheidung des BGH (VersR 1994, 455 = NJW 1994, 1073) hergeleitet werden: Zum einen kann dem Kl. schon nicht gefolgt werden, als er meint, der BGH habe in dieser Entscheidung für die Beantwortung einer gerichtlichen Streitwertnachfrage eine Erledigungsfrist von einer Woche zuerkannt. Die Entscheidung benennt zwar vordergründig im Zusammenhang mit der Erledigung der gerichtlichen Anfrage den Zeitraum einer Woche, liest man die Entscheidung aber genauer, zeigt sich, dass der BGH von dem dortigen Kl. erwartet hatte, dass er eine an einem Montag eingegangene gerichtliche Anfrage binnen der laufenden (Arbeits-)Woche, also binnen 5 Arbeitstagen, beantwortet. Zum anderen ist der Senat aber auch der Ansicht, dass - unter dem Blickwinkel des Erledigungsaufwands - die Einzahlung oder Überweisung eines Geldbetrages als rein tatsächlicher Vorgang mit der Beantwortung einer Anfrage zum Streitwert, nicht vergleichbar ist.“ (KG aaO)

ZPO
§ 174 I

Zustellung
Unterzeichnung des Empfangsbekanntnisses durch Assessor
(OLG Stuttgart in NJW 2010, 2532; Beschluss vom 17.05.2010 – 2 Ws 48/10)

ZPO

Das **von dem Assessor unterzeichnete Empfangsbekanntnis genügt nicht den Anforderungen** (an den Nachweis) **einer wirksamen Zustellung** an den Adressaten **nach § 37 I StPO i.V. mit § 174 I ZPO**.

*„Für eine wirksame Zustellung gegen Empfangsbekanntnis ist entscheidend, dass (neben der Übermittlung des Schriftstücks in Zustellungsabsicht) eine **Empfangsbereitschaft des Empfängers** vorliegt. Anders als die Zustellung durch einen Gerichtswachtmeister oder durch die Post setzt eine Zustellung nach dieser Vorschrift die **persönliche Beteiligung des Rechtsanwalts** voraus. Das be-*

deutet, dass das gem. § 37 I StPO i.V. mit § 174 I ZPO zuzustellende Schriftstück grds. von dem als Zustellungsadressat bezeichneten Rechtsanwalt persönlich als zugestellt entgegengenommen werden muss. § 174 IV 1 ZPO verlangt infolgedessen für den Nachweis der Zustellung auch eine Unterschrift „des Adressaten“ (zur persönlichen Beteiligung des Zustellungsadressaten: BSG NJW 2010, 317; Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2004, § 174 Rn 12; Zöller, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 174 Rn 6; Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 2006, § 174 Rn 17, 21).

Ein Rechtsanwalt als Adressat einer Zustellung gegen Empfangsbekanntnis kann jedenfalls einen Assessor weder für den Einzelfall noch allgemein hierzu ermächtigen. Die **Befugnis, eine Zustellung gegen Empfangsbekanntnis zu beurkunden, steht gem. § 174 I ZPO nur einem besonders privilegierten Personenkreis zu**, zu denen auf Grund ausdrücklicher Aufzählung neben dem Anwalt auch der Notar, der Gerichtsvollzieher, der Steuerberater oder eine sonstige Person zählt, „bei der auf Grund ihres Berufs von einer erhöhten Zuverlässigkeit ausgegangen werden kann“. Die Befugnis beim Anwalt ist Bestandteil der **privilegierten Stellung**, die er **als Organ der Rechtspflege** inne hat. Einem Rechtsanwalt stehen kraft Gesetzes nur der Zustellungsbevollmächtigte i.S. des § 30 BRAO, der allgemein bestellte Vertreter i.S. des § 53 BRAO oder der Abwickler i.S. des § 55 BRAO gleich. Der Anwalt ist, wie auch die anderen ausdrücklich genannten privilegierten Personen und Berufsgruppen, **in besonderem Maße standesrechtlichen Verpflichtungen unterworfen**, die das ihm von Gesetzes wegen zugesprochene Maß an Zuverlässigkeit rechtfertigen (speziell für Zustellungen vgl. § 14 BORA). An andere Personen kann ein Schriftstück nicht gegen Empfangsbekanntnis wirksam zugestellt werden.

Sowenig an eine nicht zum privilegierten Personenkreis gehörende Person ein Schriftstück gegen Empfangsbekanntnis wirksam zugestellt werden kann, sowenig kann ein Anwalt nach **Sinn und Zweck der Vorschrift** andere als die genannten Personen ganz oder teilweise mit seiner Vertretung ermächtigen. Jedenfalls bei einem Assessor kann nicht generell auf Grund seines Berufs von einer **erhöhten Zuverlässigkeit** ausgegangen werden, der Assessor unterliegt keinen vergleichbaren standesrechtlichen Verpflichtungen (zur Unzulässigkeit der Vertretung eines Anwalts durch Büroangestellte: BSG NJW 2010, 317; zur (Un-)Zulässigkeit der Vertretung allgemein: Stein/Jonas, § 174 Rn 10, 12, 19; MüKo-ZPO/Häublein, 3. Aufl. 2008, § 174 Rn 4, 11; Zöller, § 174 Rn 2, 3, 15; Wieczorek/Schütze, § 174 Rn 5, 9, 10, 51).“ (OLG Stuttgart aaO)

BGB
§ 249

unrechtmäßige Pfändung
Nutzungsausfall für beschlagnahmtes TV-Gerät

BGB

(OLG München in NJW-RR 2010, 1112; Urteil vom 22.04.2010 – 1 U 5045/09)

Der **Wert des Nutzungsausfalls** für einen beschlagnahmten Farbfernseher beträgt etwa **40 € monatlich**.

„Auch das Fernsehgerät gehört zu den Lebensgütern, deren ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung von zentraler Bedeutung ist (Palandt/Grüneberg, § 249 Rn 49). Das Fernsehgerät ist für viele Menschen die **zentrale Informationsquelle**, die ihnen insbesondere die **Teilnahme am demokratischen Meinungsbildungsprozess** und die **Mitsprache im sozialen Umfeld** ermöglicht. Für die Höhe des Anspruchs kann die übliche Miete als Ausgangspunkt der Schadensbemessung genommen werden. Diese muss jedoch um die Gewinnspanne des Vermieters und die bei privater Nutzung nicht anfallenden Kosten gemindert werden (Palandt/Grüneberg, § 249 Rn 52). Der Senat schätzt den der Kl. zustehenden Betrag gem. § 287 ZPO auf 40 € monatlich.“ (OLG München aaO)

FamFG
§ 177

Beschwerde
Zulässigkeit der Zurückweisung nach § 522 II ZPO

FamFG

(OLG Karlsruhe in FamRZ 2010, 1059; Beschluss vom 27.04.2010 – 16 UF 27/10)

Auch in Familienstreitsachen kann eine Beschwerde nach Maßgabe des § 522 II ZPO zurückgewiesen werden.

„Auch wenn § 117 FamFG nicht auf § 522 II ZPO verweist, steht es dem Beschwerdegericht frei, die Beschwerde gem. §§ 117 III, 68 III 2 FamFG unter den Voraussetzungen des § 522 II ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, wenn es davon überzeugt ist, dass die Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grds. Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht erfordert und die Beteiligten zuvor auf die beabsichtigte Beschwerdezurückweisung und die Gründe hierfür unter Fristsetzung zur Stellungnahme hingewiesen wurden (Keidel/Weber, FamFG - Familienverfahren Freiwillige Gerichtsbarkeit, 16. Auflage § 117 FamFG Rn 10; Maurer FamRZ 2009, 465; Hoppenz/A. Walter, Familiensachen, 9. Auflage, § 117 FamFG Rn 11; Bassenge/Roth/K. Walter, FamFG RPFg, § 117 FamFG Rn 11; Kroiß/Seiler, Das neue FamFG, § 4 Rn 103; Weinreich ZKJ 2009, 344; letztlich offen gelassen: MüKo-FamFG/Fischer, § 117 FamFG Rn 22).“ (OLG Karlsruhe aaO)

StPO
§ 140 II 1

Pflichtverteidigerbestellung
Strafvollstreckungsverfahren

StPO

(OLG Köln in NStZ-RR 2010, 326; Beschluss vom 03.03.2010 – 2 Ws 126/10)

Im **Strafvollstreckungsverfahren** ist in **entsprechender Anwendung des § 140 II 1 StPO dem Verurteilten ein Verteidiger zu bestellen, wenn die Sach- oder Rechtslage schwierig oder sonst ersichtlich ist, dass der Verurteilte seine Rechte nicht selbst wahrnehmen kann.**

„Die **Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage bemisst sich dabei nicht nach der Schwere der Tatvorwürfe oder der Schwierigkeit der Sache im Erkenntnisverfahren, sondern nach der Schwere des Vollstreckungsfalles für den Verurteilten oder besonderen Schwierigkeiten der Sach- und Rechtslage im Vollstreckungsverfahren**. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass im Vollstreckungsverfahren in weitaus geringerem Maße als in dem kontradiktorisch ausgestalteten Erkenntnisverfahren ein Bedürfnis nach Mitwirkung eines Verteidigers auf Seiten des Verurteilten besteht (BVerfG NJW 2002, 2773; OLG Hamm NStZ-RR 2008, 219). Daher sind im Vollstreckungsverfahren die drei abschließend genannten Merkmale des § 140 II 1 StPO einschränkend zu beurteilen (OLG Hamm NStZ-RR 2008, 219).“ (OLG Köln aaO)

Steuerrecht

ESTG
§ 10 I Nr. 6

Steuerberatungskosten steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit (BFH in DStR 2010, 739; Urteil vom 04.02.2010 – X R 10/08)

SteuerR

Steuerberatungskosten, die für die Erstellung der Einkommensteuererklärung angefallen sind, mindern weder die Einkünfte noch das Einkommen.

- I. Steuerberatungskosten können **nicht gem. § 10 EStG als Sonderausgaben abgezogen** werden, da der frühere Sonderausgabentatbestand des § 10 I Nr. 6 EStG mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2006 aufgehoben ist.

Nach § 10 I Nr. 6 EStG konnten bis Ende 2005 private Steuerberatungskosten als Sonderausgaben abgezogen werden. Durch das StSofortPG wurde § 10 I Nr. 6 EStG mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2006 aufgehoben. Begründet wurde dies mit dem Ziel der Rechtsvereinfachung, des Abbaus von Ausnahmetatbeständen und der Erweiterung der Bemessungsgrundlage (Fraktionsentwurf v. 29. 11. 2005, BT-Drs. 16/105, S. 4).

- II. Auch ein **Abzug als dauernde Last kommt nicht in Betracht.**

1. **Dauernde Lasten sind (rentenähnliche) wiederkehrende**, allerdings der Höhe nach ungleichmäßige oder abänderbare **Leistungen**, die aufgrund eines einheitlichen Entschlusses oder eines einheitlichen Rechtsgrundes wiederholt mit einer gewissen Regelmäßigkeit erbracht werden und deren Leistungsinhalt nicht zwingend in Geld oder vertretbaren Sachen besteht (z. B. eine Altenteilsverpflichtung oder ein Wohnrecht).

vgl. Stoll, Rentenbesteuerung, 4. Aufl., 1997, Rn 32 ff.; Jansen/Myßen/Risthaus, Renten, Raten, Dauernde Lasten, 13. Aufl., Rn 568; BFHE 175, 572; BFH DStR 1995, 128; BFHE 175, 439; BFH DStR 1995, 49

2. Dauernde Lasten i. S. des § 10 I Nr. 1a EStG sind traditionell vornehmlich **auf bestimmte Versorgungsleistungen beschränkt**; Verpflichtungen aus Dauerschuldverhältnissen, wie z. B. Zinszahlungen, Kaufpreislösungen, Mieten, werden nicht erfasst (zu Schuldzinsen: BFHE 197, 194; BFH DStR 2002, 77).

Aus diesem Grund sah sich der Gesetzgeber 1965 veranlasst, einen besonderen Tatbestand zum Abzug von Steuerberatungskosten in das Gesetz aufzunehmen. Dementsprechend hat der BFH (BFHE 82, 449; BFHE 84, 519) entschieden, dass bis zum Inkrafttreten der Neuregelung in § 10 I Nr. 8 EStG i. d. F. des StÄndG 1965, also bis zum Veranlagungszeitraum 1964 einschließlich, (nicht den Einkünftebereich betreffende) Steuerberatungskosten bei der Einkommensteuer nicht abgezogen werden konnten; aus der Neufassung des EStG gehe hervor, dass es Steuerberatungskosten gebe, die nicht als Betriebsausgaben oder als Werbungskosten anzusehen seien und die deshalb ohne die Aufzählung in dem Katalog des § 10 EStG nicht abzugsfähig wären.

Bestätigt wird diese **enge Auslegung des Begriffs der dauernden Last** auch durch die ab dem Veranlagungszeitraum 2008 geltende Neufassung des § 10 I Nr. 1a EStG, der ausdrücklich nicht mehr auf Renten und dauernde Lasten abstellt, sondern allein auf bestimmte Versorgungsleistungen (vgl. Schmidt/Heinicke, EStG, 28. Aufl., § 10 Rn 57).

„Im Streitfall sind die Voraussetzungen des § 10 I Nr. 1a EStG nicht gegeben; regelmäßige Steuerberatungsleistungen sind keine Versorgungsleistungen. Es genügt nicht, dass die Kl. möglicherweise im kommenden Jahr – aufgrund eines neuen Entschlusses – erneut Steuerberatungsleistungen in Anspruch nehmen wird.“ (BFH aaO)

3. **Sonderausgaben sind bestimmte ihrer Art nach unvermeidbare** (zwangsläufige und indisponible) **Privat- ausgaben** (Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 10 Rn B 143, § 10 Rn A 43). Die als Sonderausgaben zu berücksichtigenden Aufwendungen sind **in § 10 EStG enumerativ aufgezählt**.

„Sonderausgaben sind nur die in §§ 10 – 10i EStG abschließend aufgeführten – privaten – Aufwendungen, wenn sie weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind (vgl. § 10 I 1 EStG; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff aaO, § 10 Rn B 118; Birk, Steuerrecht, 7. Aufl., § 5 Rn 1036 ff.).

Über die normierten Tatbestände hinaus kommt ein Abzug nicht in Betracht. Im Unterschied zu der in § 10 I EStG getroffenen Regelung („Sonderausgaben sind ...“) heißt es z. B. in § 9 I 3 EStG: „Werbungskosten sind auch ...“ Nicht benannte Aufwendungen, die weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind, gehören grundsätzlich zum Bereich der Einkommensverwendung (Lebenshaltung) und mindern nicht die einkommensteuerliche Bemessungsgrundlage.“ (BFH aaO)

- III. Die Steuerberatungskosten sind auch **nicht als außergewöhnliche Belastung nach § 33 EStG einkommensmindernd abzuziehen**.

„Ihrer Rechtsnatur nach sind die außergewöhnlichen Belastungen mit den Sonderausgaben verwandt. Eine außergewöhnliche Belastung liegt vor, wenn einem Steuerpflichtigen zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstandes erwachsen (§ 33 I EStG; BFHE 185, 409; BFH DStRE 1998, 586; Birk aaO, § 5 Rn 1057 ff.). Typische Kosten der normalen Lebensführung gehören nicht dazu. Die Aufwendungen sind zwangsläufig, wenn sich der Steuerpflichtige ihnen aus rechtlichen (Gesetz, Vertrag etc.), tatsächlichen (unabwendbare Ereignisse wie Tod, Krankheit, Unfall) oder sittlichen (individuelle sittliche Verpflichtung, z. B. Hilfeleistung unter Geschwistern) Gründen nicht entziehen kann und soweit die Aufwendungen den Umständen nach notwendig sind sowie einen angemessenen Betrag nicht übersteigen (§ 33 II 1 EStG).

Im Streitfall fehlt eine „außergewöhnliche“ Belastung bereits deshalb, weil der Kl. in Bezug auf die Steuerberatungskosten nicht zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstandes erwachsen sind.“ (BFH aaO)

- IV. Schließlich war der Gesetzgeber nicht aus **verfassungsrechtlichen Gründen** dazu verpflichtet, den Abzug von Steuerberatungskosten zuzulassen.

1. Die **Neuregelung verletzt nicht das objektive Nettoprinzip.**

„Prinzipiell sind nach der **Struktur der Einkommensteuer als „Nettosteuer“** alle Aufwendungen, die durch die Einnahmeerzielung veranlasst sind, als Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten abziehbar; die Einkommensteuer erfasst das Nettoeinkommen; dementsprechend definiert § 2 II EStG (nur) den Gewinn bzw. den Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben als zu erfassende Einkünfte (BFH DStR 2010, 101 = DStRE 2010, 190; BFH DStR 2010, 85; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff aaO, § 2 Rn A 127 ff.; Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl., § 9 Rn 54 f.; Schmidt/Weber-Grellet aaO, § 2 Rn 10; Birk aaO, Rn 542 f.). Steuerberatungskosten, die in Zusammenhang mit der Einkünfteerzielung stehen, sind weiterhin abziehbar (vgl. Kulosa, HHR, § 10 EStG Rn 225).“ (BFH aaO)

2. Die fehlende Möglichkeit, außerhalb des Einkunftsbereichs entstandene Steuerberatungskosten abzuziehen, **verletzt auch nicht das subjektive Nettoprinzip.**

„Es ist ein grds. **Gebot der Steuergerechtigkeit**, dass die **Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgerichtet** wird (Kirchhof/Söhn/Mellinghoff aaO, § 10 Rn A 17). Tragende Grundwertung des § 10 EStG ist die Berücksichtigung einer durch bestimmte zwangsläufige Privatausgaben beeinträchtigten subjektiven Leistungsfähigkeit (Kirchhof/Söhn/Mellinghoff aaO, § 10 Rn A 19), die Berücksichtigung des einkommensteuerrechtlich zu verschonenden Existenzminimums. Das Prinzip der Steuerfreiheit des Existenzminimums schützt nicht nur das sog. sächliche Existenzminimum. Auch Beiträge zu privaten Versicherungen für den Krankheits- und Pflegefall können Teil des einkommensteuerrechtlich zu verschonenden Existenzminimums sein. Für die Bemessung des existenznotwendigen Aufwands ist auf das sozialhilferechtlich gewährleistete Leistungsniveau als eine das Existenzminimum quantifizierende Vergleichsebene abzustellen (BVerfGE 120, 125 = DStR 2008, 604; BFH DStR 2010, 85).

Die Sozialhilfe umfasst nach § 8 Nr. 1 SGB XII vor allem die Hilfe zum Lebensunterhalt (§§ 27 – 40 SGB XII). Der notwendige Lebensunterhalt umfasst nach § 27 I SGB XII insbes. Ernährung, Unterkunft, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Heizung und persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens. Der **Ersatz von Steuerberatungskosten wird sozialhilferechtlich nicht gewährleistet**; die **Inanspruchnahme von Steuerberatungsleistungen ist nicht Teil des notwendigen Existenzminimums**. Der Gesetzgeber ist daher nicht verpflichtet, den Abzug von Steuerberatungskosten unter diesem Aspekt zuzulassen.“ (BFH aaO)

3. Der Nichtabzug verletzt zudem weder den **verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz** und noch das **Gebot der Folgerichtigkeit**.

„Der Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. die Entscheidungen des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des § 32c EStG: BVerfGE 116, 164 = DStR 2006, 1316; zur Gewerbesteuer BVerfGE 120, 1 = DStRE 2008, 1003 und zum Abzug von Versicherungsleistungen gem. § 10 III EStG BVerfGE 120, 125). In der Entscheidung zur Pendlerpauschale (BVerfG DStR 2008, 2460) hat das BVerfG in erster Linie auf das Gebot der Folgerichtigkeit abgestellt.

Etwaige **Ungleichheiten sind durch das Verbot, Steuerberatungskosten im Privatbereich einkommenssteuerlich geltend zu machen, nicht entstanden**. Wenn bereits die unvermeidbar zu zahlenden Personensteuern als solche in verfassungsrechtlich zulässiger Weise als nicht abziehbar behandelt werden dürfen (§ 12 Nr. 3 EStG), dann erst recht die Aufwendungen zur Erfüllung dieser Steuerzahlungspflichten (ebenso Wüllenkemper, Rückfluss von Aufwendungen im Einkommensteuerrecht, 1987, 136; HHR/Kulosa, § 10 EStG Rn 220); dann ist es auch unter dem Aspekt der Gleichheit und der Folgerichtigkeit nicht notwendig, die Ermittlungskosten zum Abzug zuzulassen.“ (BFH aaO)

4. Schließlich ist ein Abzug auch im Hinblick auf die **Kompliziertheit des Steuerrechts** verfassungsrechtlich nicht geboten.

„Es ist unbestritten, dass die **Einschaltung eines Steuerberaters einem ordnungsgemäßen Ablauf des Besteuerungsverfahrens zugute kommt** (vgl. etwa Tipke BB 2009, 636; Tipke, Festschrift Schaumburg, 2009, 183). Daraus folgt aber nicht die verfassungsrechtliche Verpflichtung für den Gesetzgeber, den Abzug von Steuerberatungskosten zwingend als Sonderausgabe zu normieren.

§ 80 AO eröffnet die Möglichkeit, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen, begründet aber keinen Vertretungszwang. Die **Zuziehung eines Steuerberaters beruht auf einer „freien Entscheidung“ des Steuerpflichtigen**.

Die **Finanzbehörde ist nach § 89 I AO zur Beratung verpflichtet**; sie soll die Abgabe von Erklärungen, die Stellung von Anträgen oder die Berichtigung von Erklärungen oder Anträgen anregen, wenn diese offensichtlich nur versehentlich oder aus Unkenntnis unterblieben oder unrichtig abgegeben oder gestellt worden sind; sie erteilt, soweit erforderlich, Auskunft über die den Beteiligten im Verwaltungsverfahren zustehenden Rechte und die ihnen obliegenden Pflichten.

Auch **verlangen die Steuergesetze nichts Unmögliches**; gem. § 150 II AO sind die Angaben in den Steuererklärungen nach bestem Wissen und Gewissen zu machen. Maßstab ist das individuelle subjektive Können und Wissen des einzelnen Steuerpflichtigen.

Die **Ausfüllung von Steuererklärungsvordrucken** kann sicherlich einen erheblichen Aufwand verursachen. Diese Last ist aber – wie auch andere Pflichten, etwa die Wehrpflicht – **im demokratischen Gemeinwesen „entschädigungslos“ hinzunehmen**.

Im demokratischen Rechtsstaat **sind Steuern Solidarbeiträge zur Finanzierung der öffentlichen Aufgaben, an denen jeder nach Maßgabe seiner Leistungsfähigkeit zu beteiligen ist**. Es ist daher die **Pflicht eines jeden Staatsbürgers, Steuererklärungen zu erstellen**, um den von ihm geschuldeten Beitrag an den öffentlichen Lasten ermitteln zu können. Dabei ist es jedem Steuerpflichtigen unbenommen, sich steuerlich beraten zu lassen; im privaten Bereich kann er aber insoweit keine steuerliche Entlastung in Anspruch nehmen.

Soweit in der Lit. pauschal bemängelt wird, dass die Abschaffung des Sonderausgabenabzugs für Steuerberatungskosten in Anbetracht der anhaltenden **Verkomplizierung des Steuerrechts** vollkommen unverständlich sei (so – wörtlich – Tipke/Lang aaO, § 9 Rn 714), hat diese Einschätzung keine verfassungsrechtliche Qualität.

Ebenso ist der Hinweis auf die „Kooperation als ein Strukturprinzip des Steuerverfahrens“ (Drüen DStR 2010, 2) nicht geeignet, einen gesetzgeberischen Zwang zum Abzug von privaten Steuerberatungskosten auszulösen. Dass eine Kooperation zwischen Steuerbürger, Steuerberater und Finanzverwaltung wünschenswert ist, ist unbestritten; dieser **Kooperationsgedanke bewirkt aber nicht die gesetzgeberische Pflicht, denjenigen, der privat Steuerberatungsleistungen in Anspruch nimmt, steuerlich zu entlasten.**

Dass die **These von der Unvermeidbarkeit der Steuerberatungskosten nicht zu belegen ist**, zeigt die Tatsache, dass die große Mehrheit der Steuerpflichtigen ihre Steuererklärung selbst erstellt (HHR/Kulosa, § 10 EStG Rn 220). Eine Vielzahl von Steuerpflichtigen macht von der Möglichkeit, einen Steuerberater einzuschalten, keinen Gebrauch. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Finanzbehörde ggf. zur Hilfeleistung verpflichtet ist.“ (BFH aaO)

AO
§ 173 I Nr. 2

Korrektur eines Steuerbescheids Rechtserheblichkeit neuer Tatsachen

SteuerR

(BFH in DB 2010, 1387; Urteil vom 22.04.2010 – VI R 40/08)

Ein **Steuerbescheid darf wegen nachträglich bekannt gewordener Tatsachen oder Beweismittel zugunsten des Stpfl. nicht aufgehoben oder geändert werden, wenn das FA bei ursprünglicher Kenntnis der Tatsachen oder Beweismittel mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht anders entschieden hätte. Maßgebend für diese Kausalitätsprüfung ist** grds. der **Zeitpunkt, in dem die Willensbildung des FA über die Steuerfestsetzung abgeschlossen wird.**

„**Rechtfertigender Grund für die Durchbrechung der Bestandskraft nach § 173 AO ist nicht die Unrichtigkeit der Steuerfestsetzung, sondern der Umstand, dass das FA bei seiner Entscheidung von einem unvollständigen Sachverhalt ausgegangen ist.** Demnach ist die nachträgliche Berücksichtigung neuer Tatsachen und Beweismittel strikt von der Korrektur von Rechtsfehlern abzugrenzen. Insbes. dürfen über den Umweg des § 173 I AO Rechtsfehler der Finanzbehörde weder zu Lasten (Nr. 1) noch zu Gunsten des Stpfl. (Nr.2) berichtigt werden. Das Kriterium der **Rechtserheblichkeit (Kausalität) der neuen Tatsache** bei der ursprünglichen Veranlagung schließt demnach aus, dass die Beteiligten des Steuerschuldverhältnisses mit Hilfe eines Änderungsbescheides eine neue Tatsache zum bloßen Anlass oder Vorwand nehmen, ihre geläuterte Rechtsansicht nachträglich durchzusetzen. Der Gesetzgeber hat vielmehr dem **Rechtsfrieden** und der **Rechtssicherheit** in solchen Fällen Vorrang vor der materiellen Richtigkeit der ergangenen Verwaltungsentscheidung eingeräumt.“ (BFH aaO)

SGB IV
§ 14 II 2

Schwarzgeldabrede keine Nettolohnvereinbarung

SteuerR

(BAG in BB 2010, 1992; Urteil vom 17.03.2010 – 5 AZR 301/09)

Bei **Schwarzarbeit** wird **sozialversicherungsrechtlich eine Nettolohnabrede fingiert**. Diese gesetzliche Fiktion hat jedoch **keine Auswirkung auf das Arbeitsrecht**, sodass der betroffene Arbeitnehmer keine Nettolohnzahlung verlangen kann.

Fall: Die Arbeitnehmerin war in einer Spielothek als geringfügig Beschäftigte auf 400 €-Basis angestellt. Die Arbeitgeberin führte die Pauschalabgaben entsprechend ab. Tatsächlich leistete die Arbeitnehmerin aber 165 Stunden monatlich und erhielt weitere 900 € plus Umsatzprovision ohne Abzug von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen. Der Arbeitnehmerin wurde im April 2006 ordentlich zum Ende Mai gekündigt. Im anschließenden Kündigungsschutzprozess wurde die Wirksamkeit der Kündigung rechtskräftig festgestellt. Die Arbeitnehmerin klagte sodann auf Annahmeverzugsvergütung und Urlaubsabgeltung auf der Grundlage einer Nettolohnvereinbarung und begründete diese mit dem tatsächlichen Verhalten der Parteien und § 14 II 2 SGB IV.

I. Eine Verpflichtung der Bekl., der Kl. die Vergütung über die von ihr anerkannten Bruttobeträge hinaus als Nettobeträge auszuführen, ergibt sich nicht aus den **Vereinbarungen der Parteien**.

„Das LAG hat den Sachvortrag der Parteien über die monatliche Zahlung weiterer 900 € zzgl. Umsatzprovisionen ohne Abzug von Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen zutreffend als Schwarzgeldabrede gewertet. Mit einer **Schwarzgeldabrede bezwecken die Arbeitsvertragsparteien, Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu hinterziehen, nicht jedoch deren Übernahme durch den Arbeitgeber** (vgl. BAGE 105, 187 = NZA 2004, 313 m. w. Nachw.). In einem solchen Fall ist nur die **Schwarzgeldabrede und nicht der Arbeitsvertrag insgesamt nichtig** (BAG NZA 2004, 808 = NJOZ 2004, 2595; BAGE 105, 187 = NZA 2004, 313). Die Parteien des Rechtsstreits behandelten das Arbeitsverhältnis nach außen als geringfügige Beschäftigung i. S. von § 8 I Nr. 1 SGB IV und hatten die Absicht, keine weiteren Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Nach den Feststellungen des LAG wurde weder eine ausdrückliche Nettolohnvereinbarung getroffen, noch hat die Bekl. durch ihr gesetzwidriges Verhalten eine auf Begründung einer Nettolohnabrede gerichtete Willenserklärung abgegeben, die die Kl. hätte annehmen können.“ (BAG aaO)

II. Eine **Nettolohnabrede folgt auch nicht aus § 14 II 2 SGB IV**.

Danach gilt ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht gezahlt worden sind. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift beschränkt sich auf das Sozialversicherungsrecht und erstreckt sich nicht auf das bürgerlichrechtliche Rechtsverhältnis der Arbeitsvertragsparteien.

1. Die **Fiktion des § 14 II 2 SGB IV ist auf das Sozialversicherungsrecht beschränkt**.

„Das folgt bereits aus dem **Gesetzeszusammenhang**, der die Bedeutung des isoliert nicht aussagekräftigen Wortlauts erkennen lässt. § 14 SGB IV definiert den **Begriff des Arbeitsentgelts als Beurteilungsgrundlage für die Sozialversi-**

cherungspflicht der Beschäftigten, die Bemessungsgrundlage für die Höhe der Beiträge und Umlagen, die Berechnungsgrundlage für die Höhe der Leistungsansprüche der Versicherten im Versicherungsfall sowie die Anrechnungsgrundlage beim Zusammentreffen mit Einkommen. Speziell regelt § 14 II 2 SGB IV die sozialversicherungsrechtliche Berechnungsgrundlage des Arbeitsentgelts in einem illegalen Beschäftigungsverhältnis (BGHSt 53, 71 = NJW 2009, 528; LSG Rheinland-Pfalz DB 2009, 2443 = NZS 2010, 157). Da § 14 II 2 SGB IV eine Nettoarbeitsentgeltvereinbarung fingiert, ist das sozialversicherungsrechtliche Arbeitsentgelt des Beschäftigten zu ermitteln, indem das Nettoarbeitsentgelt um die darauf entfallenden Steuern und den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu einem Bruttolohn hochgerechnet wird (§ 14 II 1 SGB IV).

§ 14 II 2 SGB IV findet außerhalb des Sozialversicherungsrechts keine Anwendung. Dies gilt insbes. im Einkommensteuerrecht.

Das Arbeitsentgelt im sozialversicherungsrechtlichen Sinne ist vom steuerlichen Arbeitslohn zu unterscheiden: § 19 EStG definiert, welche der Einkommensarten des § 2 I EStG zu den steuerpflichtigen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit gehören. Von der Schaffung einer der Vorschrift des § 14 II 2 SGB IV entsprechenden Norm im Steuerrecht hat der Gesetzgeber bewusst abgesehen (BT-Dr 15/2948, S. 7; BGHSt 53, 71 = NJW 2009, 528). Dementsprechend bemisst sich das steuerpflichtige Arbeitseinkommen bei der Vereinbarung sog. Schwarzlöhne zunächst nach dem tatsächlich zugeflossenen Barlohn. Bei Nachentrichtung entzogener Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung führt (erst) die Nachzahlung zum Zufluss eines zusätzlichen geldwerten Vorteils (vgl. BFHE 219, 219 = NZA-RR 2008, 77).“ (BAG aaO)

2. Auch im Falle einer Schwarzgeldabrede ist der **Arbeitnehmer der Steuerschuldner.**

„Der Arbeitgeber haftet zwar gem. § 42d I Nr. 1 EStG für die Lohnsteuer, die er einzubehalten und abzuführen hat. Im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zueinander ist jedoch grundsätzlich allein der Arbeitnehmer der Schuldner der Steuerforderung. Etwas Anderes gilt nur, wenn ausnahmsweise der klar erkennbare Parteiwille dahin geht, die Steuerlast solle den Arbeitgeber treffen (BAGE 111, 131 = NZA 2004, 1274 = NJW 2004, 3588).“ (BAG aaO)

3. Die **systematische Auslegung** wird durch den **Zweck der Norm bestätigt.**

„§ 14 II 2 SGB IV ist durch Art. 3 Nr. 2 des **Gesetzes zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit** vom 23.07.2002 (BGBl I, 2787) mit Wirkung zum 01.08.2002 eingeführt worden. In der Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Dr 14/8221, S. 14) wurde ausdrücklich hervorgehoben, dass § 14 II 2 SGB IV **Beweisschwierigkeiten** bei der Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge **beseitigen** solle. Für den Fall, dass bei illegaler Beschäftigung Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht gezahlt würden, sei es für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge gerechtfertigt, von einer Nettoarbeitsentgeltvereinbarung der Parteien auszugehen. Die **auf das Sozialversicherungsrecht beschränkte Bedeutung des § 14 II 2 SGB IV** ist danach im Gesetzgebungsverfahren deutlich geworden (Fuchs JR 2003, 439).“ (BAG aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Martis:** Aktuelle Entwicklungen im Kaufrecht – Die Beweisvermutung des § 476 BGB (MDR 2010, 841)

Für die **Prüfung einer Beweislastumkehr nach § 476 BGB** ist folgendes **Prüfungsschema** anzuwenden: **Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs** i.S.d. §§ 474, 13, 14 BGB; **Auftreten eines Sachmangels** i.S.d. §§ 434, 435 BGB innerhalb von sechs Monaten nach Übergabe der Kaufsache (hier muss der Käufer den Nachweis erbringen, dass der Defekt der – neuen gebrauchten – Kaufsache nicht auf „normalen Verschleiß“ beruht); **keine Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache oder der Art des Mangels:** die Vermutung, dass ein Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, ist nicht schon dann mit der Art des Mangels unvereinbar, wenn der Mangel typischerweise jederzeit auftreten kann und deshalb keinen hinreichend sicheren Rückschluss darauf zulässt, dass er schon bei Gefahrübergang (Übergabe der Kaufsache) vorhanden war; **keine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung durch den Unternehmer/Verkäufer,** die gesetzliche Vermutung des § 476 BGB kann nur durch den Beweis des Gegenteils durch den Käufer Widerlegt werden; **keine Beweisverteilung durch den Käufer** (dem unternehmerischen Verkäufer ist die Führung des Gegenteilsbeweises nicht zuzumuten, wenn dem Käufer/Verbraucher eine zumindest fahrlässige Beweisvereitelung anzulasten ist, etwa wenn er ein angeblich mangelhaftes Teil durch eine Werkstatt austauschen lässt und keine Sorge dafür trägt, dass dieses nach Durchführung der Reparatur aufbewahrt wird).

2. **Ostendorf:** Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung (NJW 2010, 2833)

Die **richtige Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung ist nach wie vor umstritten;** allerdings wird in der Lit. – und kürzlich erstmals auch vom BGH – zunehmend die Auffassung vertreten, dass der Schadensersatz statt der Leistung nur solche Schäden umfassen könne, die auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung beruhen. - **Betrifft der Schadenseintritt das Äquivalenzinteresse i. e. Sinne** – insbes. damit Schäden, die auf Aufwendungen des Gläubigers im Rahmen einer Selbstvornahme zurückzuführen sind – **ist für die Abgrenzung allein danach zu fragen, ob der Schaden durch eine Nacherfüllung** innerhalb einer angemessenen Frist (ungeachtet der Tatsache, ob und wann eine solche gesetzt wurde) **beseitigt worden wäre;** ist dies der Fall, liegt ein Schadensersatz statt der Leistung vor. - **Beruhen die eingetretenen Schäden** – wie insbes. im Fall fortlaufender Nutzungs- und Betriebsausfallschäden oder entgangener Gewinne (Ertragsausfallschäden) – **dagegen auf dem Äquivalenzinteresse i. w. Sinne, muss darauf abgestellt werden, ob der Schaden durch Nacherfüllung** bis zum Ende der gesetzten Frist bzw. – falls eine solche nicht oder mutwillig verspätet erfolgt ist – durch Nacherfüllung bis zum Ende einer angemessenen Frist ab Kenntnis des Gläubigers von der Pflichtverletzung **beseitigt worden wäre;** ist dies zu bejahen, liegt wiederum ein Schadensersatz statt der Leistung vor. - **Schäden, die dem Integritätsinteresse zuzurechnen sind, können nur Schadensersatz neben der Leistung sein.**

3. **Heße/Niederhofer:** Die Eigenverantwortung des Darlehensnehmers und die Erläuterungspflicht des Darlehensgebers nach § 491a III BGB (MDR 2010, 968)

Durch den neu eingeführten § 491a III BGB **erfährt die bisherige Rechtslage in zwei Punkten wesentliche Änderungen:** Zunächst einmal ist die nunmehr **gesetzlich geregelte Erläuterungspflicht des Darlehensgebers** jetzt **nicht mehr der Ausnahmefall, sondern die Regel** (für deren Umfang gelten allerdings die bisher von der Rspr. entwickelten Grundsätze zur Informations-, Aufklärungs- und Beratungspflicht des Darlehensgebers fort). - Weiterhin ist abzusehen, dass in Abweichung von der bisherigen BGH-Rspr. **zivilrechtliche Ansprüche des Darlehensnehmers** zukünftig auf eine **unzureichende Bonitätsprüfung** nach § 18 II KWG und eine daraus resultierende **unzureichende Erläuterung der Frage, ob der Vertrag den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers gerecht wird, gestützt werden können.**

4. **Borges:** Pflichten und Haftung beim Betrieb privater WLAN (NJW 2010, 2624)

Bespr. der Entsch. **BGH NJW 2010, 2061**

5. **Omlor:** Finanzierungsleasing unter der neuen Verbraucherkreditrichtlinie (NJW 2010, 2694)

Zum 11.06.2010 traten infolge der Umsetzung der neuen Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG **zahlreiche Änderungen im Verbraucherdarlehensrecht der §§ 491 ff. BGB** in Kraft. Wegen der **Verweisungsregelung in § 506 I BGB** folgen daraus zugleich **bedeutsame Neuerungen für die meisten Finanzierungsleasingverträge mit Verbraucherbeteiligung.** - Die **Informationspflichten des Leasinggebers** wurden nicht nur für Verbraucherdarlehensverträge, sondern auch für Verbraucherfinanzierungsleasingverträge **ausgebaut und verschärft;** die einzelnen in Art. 247 EGBGB aufgeführten Informationen sind allerdings auf die Besonderheiten des Leasings anzupassen; eine entsprechende Sonderregelung findet sich u. a. in § 506 IV 2 BGB. - **§ 506 I BGB findet ent-**

sprechende Anwendung auf den Schuldbeitritt, die Bürgschaft und die Garantie eines Verbrauchers gegenüber einem Unternehmer für Forderungen aus einem Finanzierungsleasingvertrag i.S. des § 506 II BGB; unerheblich ist in diesem Fall die Verbrauchereigenschaft des Leasingnehmers. - Der **Verweis in § 506 I BGB auf die §§ 358 f. BGB gilt zumindest nicht jenseits des Eintrittsmodells**; insofern bleibt es bei der bisherigen Lösung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage.

6. **Timme**: Kündigung des Mietverhältnisses wegen nicht gezahlter Kosten eines Rechtsstreits (MDR 2010, 1089)

Der BGH hat entschieden, dass ein **Vermieter einen Wohnraummietvertrag nicht deshalb kündigen kann, weil der Mieter die Prozesskosten eines früheren, auf Zahlungsverzug gestützten Räumungsprozesses nicht begleicht**. - Entgegen der Entscheidung des BGH **berechtigt nach Ansicht des Autors der mangelnde Ausgleich von Kosten eines Räumungsrechtsstreits den Vermieter grds. zur ordentlichen Kündigung** gem. § 573 I, II Nr. 1 BGB; der BGH kommt dem Mieter mit seiner abweichenden Ansicht zu weit entgegen. - Jedenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs von § 543 II 1 Nr. 3 BGB ist nach aktueller Linie des BGH bei § 573 I, II Nr. 1 BGB der Sache nach faktisch eine Analogie zu § 569 III Nr. 2 BGB anzunehmen, so dass die Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters eingeschränkt werden.

7. **Dodegge**: Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Anfang Juni 2010 (NJW 2010, 2628)
8. **Martis/Enslin**: Aktuelle Rspr. zur Sachschadensregulierung nach einem Verkehrsunfall (MDR 2010, 1032)
9. **Hintzen**: Die Entwicklung im Zwangsvollstreckungsrecht seit 2008 (Rpfleger 2010, 471)

II. Strafrecht

1. **Eicholt**: Sexueller Missbrauch und körperliche Misshandlungen durch katholische Kleriker nach kirchlichem Recht sowie zivil- und strafrechtliche Folgen nach deutschem Recht (NJOZ 2010, 1859)

Bei sexuellen Übergriffen sowie körperlichen Misshandlungen durch Kleriker kommen **zivilrechtliche Ansprüche gegen die Diözese gem. §§ 823 I, 31, 89 BGB** in Betracht, **soweit** der Kleriker die **Tat im Zusammenhang mit der Seelsorgetätigkeit** begangen hat; fehlt dieser Zusammenhang, bleibt es bei der persönlichen Haftung des Klerikers, die aber häufig wirtschaftlich wertlos sein wird. - Darüber hinaus kommt bei **Übergriffen im Rahmen eines Privatschulverhältnisses** auch ein **Anspruch aus pFV bzw. § 280 BGB** in Frage. - Die Ansprüche unterliegen gem. § 195 BGB einer **Verjährungsfrist von drei Jahren**, in den Fällen des sexuellen Missbrauchs gerechnet **ab Vollendung des 21. Lebensjahres des Opfers**, § 208 BGB; eine Verlängerung der Verjährungsfrist wird sich nur auf die Fälle auswirken können, die bei In-Kraft-Treten einer derartigen Gesetzesänderung noch nicht verjährt sind; Entschädigungsregelungen, über die im Rahmen des „Runden Tisches“ eine Einigung erzielt wird, bleiben hiervon jedoch unberührt. - Eine **Strafbarkeit wegen Strafvereitelung** (§ 258 I StGB) kann vorliegen, wenn auf das Opfer Druck ausgeübt wird, auf eine Strafanzeige zu verzichten; im Falle des Einsatzes eines bereits auffällig gewordenen Klerikers in einem Bereich, in dem er Kontakt mit Kindern und Jugendlichen hat, kommt eine Strafbarkeit des für den Personaleinsatz Verantwortlichen gem. § 229 StGB in Betracht, soweit die Rückfallgefahr vorhersehbar war.

2. **Krüger**: Stalking in allen Instanzen – Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB (NStZ 2010, 546)
3. **Willer**: Die Onlineauktion unter falschem Namen und der Straftatbestand der Fälschung beweiserheblicher Daten i.S.d. § 269 StGB (NStZ 2010, 553)

Die **Anmeldung bei einer Onlineverkaufsplattform unter falschem Namen** kann eine **Strafbarkeit nach § 269 StGB** nach sich ziehen; die **bloße Entfaltung von An- und Verkaufsaktivitäten** über das unter falschem Namen betriebene Konto **ist nicht strafbar**; hierfür besteht auch kein Bedürfnis: Gefährdet ein Bieter im Einzelfall die Rechtsposition seines Vertragspartners, etwa durch den Rückruf der Überweisung nach Erhalt der Ware, so bietet das Strafrecht über § 263 StGB hinreichenden Schutz; gleiches gilt umgekehrt auch für den betrügerischen Verkäufer; strafbar hingegen ist der Einsatz des gutgläubigen Vertragspartners zum Gebrauchen der Daten gegenüber dem vermeintlichen Aussteller.

4. **Kröpil**: Zur Erledigung des Klageerzwingungsverfahrens bei Wiederaufnahme staatsanwaltlicher Ermittlungen (NStZ 2010, 558)

Die **Erledigung** ist **kein typisch strafverfahrensrechtlicher Begriff**, wirft aber bei Wiederaufnahme staatsanwaltlicher Ermittlungen im Rahmen der Klageerzwingung Fragen der rechtlichen Konsequenz für die zu treffende Entscheidung auf. - Die **Wiederaufnahme staatsanwaltlicher Ermittlungen führt zur Unzulässigkeit des Klageerzwingungsantrags** sowohl wegen des Erreichens des Ziels des Klageerzwingungsverfahrens als auch mangels Rechtsschutzbedürfnisses; der Antrag ist ohne Kostenentscheidung zu Lasten des Antragstellers als unzulässig zu verwerfen. - Sollten allerdings die Ermittlungen nicht zur Prüfung des hinreichenden Tatverdachts als Voraussetzung für die Anklageerhebung erfolgen, sondern um eine gerichtliche Entscheidung in der Sache zu verhindern, läge eine **missbräuchliche Prozesshandlung** vor, die die beschriebene Konsequenz der Unzulässigkeit des Klageerzwingungsantrags nicht bewirken kann; Missbrauch ist im Strafprozess verboten, auch wenn keine allgemeine gesetzliche Klausel über das Missbrauchsverbot existiert.

III. öffentliches Recht

1. **Geulen/Klinger:** Bedarf die Verlängerung der Betriebszeiten der Atomkraftwerke der Zustimmung des Bundesrates? (NVwZ 2010, 1118)

In der BRD werden die **wesentlichen Verwaltungsaufgaben im Bereich des Atomrechts** – insbes. die Genehmigung von Reaktoren und die Atomaufsicht – **in Bundesauftragsverwaltung durch die Länder ausgeführt**, § 24 I 1 AtG. - Gesetze auf dem Gebiet des Atomrechts, das der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterliegt (Art. 73 I Nr. 14 GG), können mit Zustimmung des Bundesrates bestimmen, dass sie von den Ländern im Auftrag des Bundes ausgeführt werden (Art. 87c GG). - Eine **Verlängerung der durch das AtG 2002 begrenzten Betriebsgenehmigungen der Atomkraftwerke bedarf** bereits deshalb **der Zustimmung des Bundesrats**, weil sie die **Bundesauftragsverwaltung für den Verwaltungsvollzug des Atomgesetzes verlängert**; darüber hinaus werden den Ländern in der Bundesauftragsverwaltung neue Aufgaben von wesentlich anderer Bedeutung und Tragweite übertragen; dies gilt insbes. für die Prüfung des Risikos terroristischer Angriffe, der Alterung der Reaktoren sowie der gebotenen umfassenden Nachrüstungen, die auf Grund der Begrenzung der Betriebszeit durch das AtG 2002 unterblieben sind. - Aufgaben von wesentlich neuer Tragweite ergeben sich für die Länder ferner durch das **Optimierungsgebot der EURATOM-Richtlinie 2009/71** für betriebene Reaktoren sowie für die Genehmigung und Aufsicht bei Stilllegung und Abbau der Kernkraftwerke und für die Planfeststellung und Aufsicht bei Errichtung und Betrieb von Endlagern; diese **Aufgaben werden ausschließlich den Ländern auferlegt**; der Bund ist sowohl als Gesetzgeber als auch im Verwaltungsvollzug aus Kompetenzgründen gehindert, diese Aufgaben selbst wahrzunehmen.

2. **Ruffert:** Verantwortung und Haftung für Umweltschäden (NVwZ 2010, 1177)

Mit dem Umweltschadensgesetz (USchadG) ist, in **Umsetzung europarechtlicher Vorgaben**, ein öffentlich-rechtliches Verantwortlichkeitsregime neben die zivilrechtlichen Haftungstatbestände getreten. - Kommt es zu Schädigungen der Umwelt, muss der hierfür Verantwortliche diese beseitigen oder die Kosten hierfür tragen; dementsprechend steht die Haftung für Schädigungen von Umweltgütern am Beginn der Umweltrechtsentwicklung, und das **Verursacherprinzip ist unumstrittenes umweltrechtliches Grundprinzip von europa- und verfassungsrechtlichem Rang**. - § 823 BGB statuiert auch im Umweltbereich eine **verschuldensabhängige Haftung** für die Rechtsgüter des Abs. 1 oder vermittelt durch umweltrechtliche Schutzgesetze in Absatz 2; hinzu treten (neben dem besonderen Ausgleichsanspruch in § 906 II 2 BGB) **spezielle Gefährdungshaftungstatbestände** in § 89 WHG, § 3 25 ff. AtG und §§ 32 ff. GenTG und dem allgemeinen Gefährdungshaftungsanspruch in § 1 UmwHG; **Bezugspunkt** ist immer die **Schädigung konkreter Individualrechtsgüter**; in § 6 UmwHG wird den haftungstypischen Nachweisproblemen mit einer differenzierten Kausalitätsvermutung begegnet. - Nach seinen Rechtsfolgen statuiert das Umweltschadensgesetz eine **öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit durch Pflichten zur Information, Gefahrenabwehr und Sanierung**, die **behördlich überwacht** und mit einer **Kostentragungspflicht sowie Rechtsschutzmöglichkeiten für Umweltverbände** weiter bewehrt sind, §§ 4 ff. USchadG; es schützt solche Rechtsgüter, die nicht privatnützig zugeordnet sind – Arten bzw. natürliche Lebensräume, Gewässer und den Boden –, und füllt so die Schutzlücken zivilrechtlicher Haftungsregelungen; die einzelnen Rechtspflichten und ihre Durchsetzung folgen dabei den Vorgaben der Richtlinie 2004/35/EG. - § 7 USchadG enthält für den behördlichen Vollzug typische umweltordnungsrechtliche (öffentlich-rechtliche) Befugnisse; die zuständige Behörde überwacht die Schadensbegrenzungs- und Sanierungsmaßnahmen des Verantwortlichen (Abs. 1) und kann die Verpflichtung zur Vorlage von Informationen sowie zu Vermeidungs-, Schadensbegrenzungs- und Sanierungsmaßnahmen aufgeben (Abs. 2); hinsichtlich der Sanierung sind die behördlichen Befugnisse weiter konkretisiert (§ 8 USchadG); die Behörde kann hier über einzelne Sanierungsmaßnahmen entscheiden (Abs. 2), vor allem dann, wenn es zu mehreren Schadensfällen gekommen ist (Abs. 3); dabei wird sie von Amts wegen oder auf Antrag einer berechtigten Vereinigung tätig (§ 10 USchadG). - **Im Grundsatz trägt der Verantwortliche die Kosten der betreffenden Maßnahmen**, indem er entweder für die ihm aufgegebenen Maßnahmen finanziell selbst einsteht oder indem von der zuständigen Behörde auf der Basis der noch zu schaffenden landesrechtlichen Kostenersatzregelungen in § 9 I 2 USchadG die Kostenerstattung geltend gemacht wird; die Kostentragungspflicht nach dem Umweltschadensgesetz verwirklicht daher die Kostenpflichtigkeit des ordnungsrechtlich Verantwortlichen; der interne Ausgleich bei mehreren Verantwortlichen erfolgt nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Gesamtschuld, § 9 II USchadG. - Das **Umwelthaftungsgesetz dient dem Individualrechtsschutz** (Leben, körperliche Unversehrtheit/Gesundheit, Eigentum); es findet Anwendung, wenn der Schutz durch die bestehenden Gesetze nicht hinreichend ist, § 1 S. 1 USchadG; es **kommt hingegen nicht zur Anwendung, wenn Spezialgesetze höhere Anforderungen enthalten**, § 1 S.2 USchadG; damit entsteht in jedem Einzelfall ein **Abgrenzungsproblem zur Spezialgesetzgebung**.

3. **Steinbeck:** Kopieren an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken (NJW 2010, 2852)

Nach § 52b UrhG darf eine Bibliothek Werke aus ihrem Bestand an Leseplätzen öffentlich zugänglich machen; aus dem Wortlaut der Schranke lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres entnehmen, ob sie diese Leseplätze technisch so ausstatten darf, dass die Nutzer die Werke nicht nur lesen, sondern auch ausdrucken oder in digitaler Form auf einem mobilen Datenträger speichern können (sog. „**Anschlussnutzung**“). – Gem. **§ 52b UrhG** dürfen Bibliotheken Werke aus ihrem Bestand an elektronischen Leseplätzen öffentlich zugänglich machen; diese Verwertungshandlung löst eine Vergütungspflicht nach § 52b S. 3 UrhG aus. - Die Leseplätze dürfen darüber hinaus technisch so eingerichtet werden, dass die Nutzer analoge – nicht aber digitale – Kopien erstellen können; der Umstand, dass § 53 UrhG den Nutzern grds. auch digitale Kopien erlaubt, ändert nichts daran, dass die Bibliothe-

ken diese im Rahmen des § 52b UrhG nicht ermöglichen dürfen; elektronische Leseplätze, bei denen neben dem Lesen auch das Ausdrucken möglich ist, sind vergütungspflichtige Geräte i.S. von § 54 UrhG. - **Bibliotheken müssen in ihren AGB und auf Hinweisschildern** an den Leseterminals deutlich und verständlich die Beachtung der Urheberrechte durch die Nutzer anmahnen, anderenfalls droht den Bibliotheken eine Haftung als mittelbare Verletzer, wenn es zu einer Überschreitung der Grenzen des § 53 UrhG durch die Nutzer kommt.

4. **Schoch**: Neuere Entwicklungen im Verbraucherinformationsrecht (NJW 2010, 2241)
5. **Geiger**: Die Konkurrentenklage im Veraltungsprozessrecht (BayVBl. 2010, 517)

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Lensing**: Die Deckungsanfrage: Gesetzliches Honorar oder Kulanzleistung? (AnwBl 2010, 688)

Die **Einholung der Deckungszusage** ist regelmäßig **mit einer 1,3 Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG zu vergüten**; der Gegenstandswert richtet sich dabei nach den zu erwartenden Verfahrenskosten des ersten Rechtszuges. - Die Einholung der Deckungszusage ist damit eine preiswerte Leistung – eine anwaltliche Leistung, die ihren Preis Wert ist, der **Anwalt geht** nämlich ein **hohes Haftungsrisiko ein**: Er übernimmt für den Mandanten die Erfüllung sämtlicher versicherungsrechtlichen Obliegenheiten und damit ein Gutteil des Prozesskostenrisikos; wer als Anwalt unentgeltlich tätig wird, unterbreitet kein niedrighschwelliges Dienstleistungsangebot, sondern nährt vielmehr die irrige Vorstellung des Mandanten, die Rechtsschutzversicherung biete ihm ein Rundum-Sorglos-Paket. - Die Anwaltschaft ist freilich nicht der Büttel der Versicherungswirtschaft; kein Arzt käme auf den Gedanken, für seinen Patienten auf die unmittelbare Durchsetzung seiner Gebührenansprüche zu verzichten und stattdessen in die Auseinandersetzung mit der hinter dem Patienten stehenden privaten Krankenversicherung einzutreten; Der Dienstleistungsgedanke zwingt Anwälte ebenso wenig wie Ärzte dazu, dem Kunden einen nicht bestehenden Vollstreckungsschutz vorzugaukeln.

2. **Wohlens/Schlegel**: Zum Umfang des Rechts der Verteidigung auf Akteneinsicht gem. § 147 I StPO (NStZ 2010, 486)

Bespr. der Entsch. **BGH StV 2010, 228**

Überreicht durch:

Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

Oktober 2010

A. Aus der Gesetzgebung

I. Änderung der Vergütungsstrukturen im Bankenbereich

Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen vom 21.07.2010 – In-Kraft-Treten am 27.07.2010 (BGBl. I, S. 950)

1. Allgemeines

Bereits im Jahre **2009** hat die Bundesregierung ein **Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Bereich des Aktienrechts** auf den Weg gebracht. Nun sollen auch **Geschäftsleiter und Mitarbeiter im Bankenbereich hinsichtlich ihrer Vergütung neuen Regelungen unterworfen** werden, im **Versicherungsbereich auch Aufsichtsratsmitglieder**.

2. Ziele der gesetzl. Neuregelung

Mit dem Gesetz sollen die vom Financial Stability Board (FSB) entwickelten Prinzipien für solide Vergütungspraktiken in eine gesetzliche Regelung überführt werden. Das Gesetz liefert insbes. die **Rechtsgrundlage** dafür, dass **Einzelheiten zur Ausgestaltung der Vergütung durch eine Rechtsverordnung** des Bundesministeriums der Finanzen bzw. der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) **festgelegt werden können**.

Auf **europäischer Ebene** werden durch die sog. **CRD III-Richtlinie** weitere Anforderungen an die Vergütungssysteme von Kreditinstituten aufgestellt. Diese sind in den nationalen Regelungen, insbesondere in der Instituts-Vergütungsverordnung, bereits weitgehend berücksichtigt. Allerdings hat das Europäische Parlament den Richtlinienentwurf nochmals geändert, nachdem das BMF seinen Entwurf der Instituts-Vergütungsverordnung veröffentlicht hat.

Die Richtlinie sieht nunmehr u. a. vor, dass die Anforderungen an Geschäftsleiter und Risikoträger auch für Mitarbeiter gelten, die in die gleiche Vergütungsbandbreite fallen wie diese. Außerdem werden freiwillige Pensionsleistungen in den Anwendungsbereich der Vergütungsanforderungen einbezogen. Die Frage, in welchem Umfang variable Vergütungsbestandteile bar ausgezahlt werden dürfen bzw. zurückbehalten werden müssen oder in nicht-baren Instrumenten auszuzahlen sind, ist in der Richtlinie teilweise anders geregelt als in der Instituts-Vergütungsverordnung.

Ein weiteres **Ziel des Gesetzes** ist, angesichts der wirtschaftlichen Situation eines Unternehmens **unangemessen hohe Bonuszahlungen zu unterbinden**. Die **Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)** soll dazu **stärkere Eingriffsrechte** bekommen. Sie kann die **Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile untersagen** oder auf einen bestimmten Anteil des Jahresergebnisses beschränken. Voraussetzung dafür ist, dass bestimmte aufsichtsrechtliche Anforderungen unterschritten wurden oder eine Unterschreitung droht.

II. Änderung des Wehrrechtsgesetzes

Gesetz zur Änderung wehr- und zivildienstrechtlicher Vorschriften 2010 vom 31.07.2010 – In-Kraft-Treten am 01.12.2010 (BGBl. I, S. 1052)

1. Änderungen im Wehrdienst

Kernpunkt der Gesetzesreform ist die **Verkürzung der Dauer des Wehrdienstes** von neun auf sechs Monate. Alle, die am 31.12.2010 bereits sechs oder mehr Monate Wehrdienst geleistet haben, beenden zu diesem Stichtag automatisch ihren

Dienst. Die Möglichkeit, entsprechend dem ursprünglichen Einberufungsbefehl, neun Monate zu leisten, besteht jedoch weiterhin.

2. Änderungen im Zivildienst

Auch alle Zivildienstleistenden, die ab dem 01.07. 2010 ihren Dienst antreten, müssen künftig nur noch sechs Monate Zivildienst leisten. Auf freiwilliger Basis kann die Pflichtzeit um mindestens drei und höchstens sechs weitere Monate freiwilligen Dienst verlängert werden.

Zivildienstleistende, die am 31.12.2010 sechs Monate oder länger Dienst geleistet haben, scheiden mit Ablauf dieses Tages aus. Sie können aber auf eigenen Wunsch und Antrag auch noch neun Monate Dienst zu den bisherigen Bedingungen leisten.

Die Pflicht, Zivildienst zu leisten, erlischt, wenn ein „**Anderer Dienst im Ausland**“ nach § 14b Zivildienstgesetz oder ein „**Freiwilliges Jahr**“ nach § 14c Zivildienstgesetz von acht Monaten Dauer (bisher elf Monate) geleistet wurde.

3. Auswirkungen auf den Dienst im Zivil- u. Katastrophenschutz

Für den **Dienst im Zivil- und Katastrophenschutz** freigestellte Helfer müssen ab dem 01.12.2010 nur noch **vier Jahre Dienst** leisten, anstelle der bisherigen sechs Jahre.

Zum 01.12.2010 werden zudem **Übergangsregelungen** (§ 53 III WPfIG n.F. bzw. § 81 V ZDG n.F.) eingeführt: Danach sind Helfer, die sich nach alter Rechtslage zu einer sechsjährigen Mitwirkung verpflichtet haben, auf einen entsprechenden Antrag hin aus der Verpflichtung zu entlassen, wenn sie am 30.11.2010 oder später die neu vorgesehene vierjährige Mitwirkungsdauer erbracht haben.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB
§ 249

Schadensersatzanspruch Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten bei Verkehrsunfall (AG Siegburg in MDR 2010, 1112; Urteil vom 31.03.2010 – 111 C 10/10)

BGB

Der Geschädigte kann die **zur Ermittlung der Schadenshöhe des unfallbeschädigten Fahrzeugs angefallenen Sachverständigenkosten trotz Mithaftung** in Höhe von 50% jedenfalls **dann in voller Höhe ersetzt verlangen, wenn die Kosten auch bei Abrechnung auf Basis des hälftigen Reparaturaufwands in gleicher Höhe angefallen wären.**

*„Der Schädiger hat die Kosten eines vom Geschädigten zur Schadensfeststellung, insbes. zur Bestimmung der Schadenshöhe eingeholten Sachverständigengutachtens zu ersetzen, soweit dieses **aus Sicht des Geschädigten im Zeitpunkt der Beauftragung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich ist** (BGH NJW 2007, 1450; Oetker, in: MüKo/Oetker, 5. Aufl. 2006, § 249 Rn 371). Demnach kommt es darauf an, ob ein **ständig und wirtschaftlich denkender Geschädigter nach seinen Erkenntnissen und Möglichkeiten die Einschaltung eines Sachverständigen für geboten erachten durfte** (BGH NJW 2005, 356). **Auch bei Kfz-Unfällen darf der Geschädigte einen Sachverständigen hinzuziehen, und zwar auch dann, wenn bereits der Schädiger einen beauftragt hat** (Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. 2010, § 249 Rn 58). Die Kosten für einen Sachverständigen sind nur dann **nicht erforderlich und damit nicht erstattungsfähig, wenn ein offensichtlicher Bagatellschaden bis ca. 700 € vorliegt; in derartigen Fällen genügt ein Kostenvoranschlag durch eine Kfz-Werkstatt** (BGH NJW 2005, 356; Palandt/Grüneberg, § 249 Rn 58).*

Im Gegensatz zu den Schadenspositionen, die im Falle einer Mithaftung des Geschädigten quotiert werden müssen, wie beispielsweise Reparaturkosten, fallen Sachverständigenkosten überhaupt nicht an, wenn der Geschädigte den Unfall vollständig selbst verursacht hat (Poppe DAR 2005, 669). Denn bei den Kosten, die durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens entstehen, handelt es sich um Rechtsverfolgungskosten. **Diese Kosten dienen ausschließlich dazu, den auf Grund der jeweiligen Haftungsquote erstattungsfähigen Anteil des dem Geschädigten entstandenen Gesamtschadens von dem Schädiger ersetzt zu bekommen. Die Sachverständigenkosten sind deswegen nicht wie der Gesamtschaden des Geschädigten zu quotieren, da sie erst dann entstehen, wenn der Geschädigte seinen erstattungsfähigen Anteil des Gesamtschadens gegenüber dem Schädiger beziffern und belegen muss.**“ (AG Siegburg aaO)

SGB VII
§§ 8 II Nr. 2b

Arbeitsunfall Vorliegen einer Fahrgemeinschaft im unfallversicherungsrechtlichen Sinn (BSG in DB 2010, 1356; Urteil vom 12.01.2010 – B 2 U 36/08 R)

SGB

Der **Versicherungsschutz wegen Teilnahme an einer Fahrgemeinschaft** ist auf dem Weg nach oder von dem Ort der versicherten Tätigkeit **nicht auf „eine“ Fahrgemeinschaft beschränkt.**

„§ 8 II Nr. 2 b SGB VII geht auf die **Vorläuferregelung des § 550 II Nr. 2 RVO** zurück. Nach dieser durch § 15 Nr. 1 b des 17. Renten Anpassungsgesetzes vom 01.04.1974 eingeführten Bestimmung war die **Versicherung nicht ausgeschlossen, wenn der Versicherte von dem unmittelbaren Weg zwischen Wohnung und dem Ort der Tätigkeit abgewichen ist**, weil er mit anderen berufstätigen oder versicherten Personen gemeinsam ein Fahrzeug für den Weg nach und von dem Ort der Tätigkeit benutzt hat. Sie sollte zur Förderung von Fahrgemeinschaften beitragen und sicherstellen, dass der **Unfallversicherungsschutz auf Umwegen erhalten bleibt**, die gemacht werden, weil mitfahrende Personen unterwegs aufgenommen oder abgesetzt werden. Es ist daher nicht erforderlich, dass die Teilnehmer einer Fahrgemeinschaft vom Ausgangspunkt aus mitfahren und bis zum Ziel mitgenommen werden. Vielmehr genügt es, dass ein Teil des Wegs mit Hilfe der Fahrgemeinschaft zurückgelegt wird.

Der **Fahrer einer Fahrgemeinschaft verliert nicht** dadurch **seinen Unfallversicherungsschutz**, dass er eine Person zu dessen Zielort bringt, um dann zu einer anderen Person zu fahren, um mit diesem eine weitere Fahrgemeinschaft zu bilden. Weder aus dem Wortlaut des § 8 II Nr. 2 b SGB VII noch den Materialien zur Vorläuferregelung des § 550 II Nr. 2 RVO lässt sich eine Beschränkung auf die Beteiligung an nur einer Fahrgemeinschaft ableiten. Wie der Senat wiederholt betont hat, **begründet das Bestehen einer Fahrgemeinschaft aus sich heraus keinen neuen Versicherungsschutz**. § 8 II Nr. 2 b SGB VII erweitert den durch § 8 II Nr. 1 SGB VII zugebilligten Versicherungsschutz auf dem unmittelbaren Weg vom und nach dem Ort der Tätigkeit auf bestimmte Um- und Abwege, die wegen des gemeinsamen Fahrens zu einer Erweiterung der Wegstrecke führen.“ (BSG aaO)

BDSG
§ 28 I Nr. 2

Speicherung von Schufa-Daten Zulässigkeit

BDSG

(OLG Frankfurt in MDR 2010, 1135; Beschluss vom 13.07.2010 – 19 W 33/10)

Die **Speicherung und Übermittlung von Daten über eine rechtskräftig titulierte Forderung** aus einem Kreditvertrag durch die Schufa ist gem. § 28 I Nr. 2 BDSG **grds. zulässig**.

„Nach § 28 I Nr. 2 BDSG ist das Übermitteln personenbezogener Daten zulässig, soweit es zur **Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stellen** erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das **schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung** überwiegt. Insoweit wird zwischen sog. harten und weichen Negativmerkmalen unterschieden.

Hier betreffen die bei der Ag. gespeicherten Daten, die der Ast. nicht näher darlegt, offenbar die rechtskräftig titulierte Forderung der A-Bank aus dem Kreditvertrag, somit sog. harte Negativmerkmale. Insoweit ist die Datenübermittlung regelmäßig zulässig. Die Meldung an die Ag. dient der Wahrung der berechtigten Belange der Antragsgegnerin und der Allgemeinheit. Die Ag. hat die Aufgabe, ihren Vertragspartnern **Informationen zu verschaffen, um sie vor Verlusten im Kreditgeschäft mit Konsumenten zu schützen** und ihnen gleichzeitig die Möglichkeit zu geben, ihren **Kunden durch Beratung vor übermäßiger Verschuldung zu bewahren**.“ (OLG Frankfurt aaO)

BGB
§ 249

unrechtmäßige Pfändung Nutzungsausfall für beschlagnahmtes TV-Gerät

BGB

(OLG München in NJW-RR 2010, 1112; Urteil vom 22.04.2010 – 1 U 5045/09)

Der Wert des **Nutzungsausfalls** für einen beschlagnahmten **Farbfernseher beträgt etwa 40 € monatlich**.

„Auch das Fernsehgerät gehört zu den Lebensgütern, deren ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung von zentraler Bedeutung ist (Palandt/Grüneberg, § 249 Rn 49). Das Fernsehgerät ist für viele Menschen die **zentrale Informationsquelle**, die ihnen insbesondere die **Teilnahme am demokratischen Meinungsbildungsprozess** und die **Mitsprache im sozialen Umfeld** ermöglicht. Für die Höhe des Anspruchs kann die übliche Miete als Ausgangspunkt der Schadensbemessung genommen werden. Diese muss jedoch um die Gewinnspanne des Vermieters und die bei privater Nutzung nicht anfallenden Kosten gemindert werden (Palandt/Grüneberg, § 249 Rn 52). Der Senat schätzt den der Kl. zustehenden Betrag gem. § 287 ZPO auf 40 € monatlich.“ (OLG München aaO)

AO
§ 173 I Nr. 2

Korrektur eines Steuerbescheids Rechtserheblichkeit neuer Tatsachen

SteuerR

(BFH in DB 2010, 1387; Urteil vom 22.04.2010 – VI R 40/08)

Ein **Steuerbescheid darf wegen nachträglich bekannt gewordener Tatsachen oder Beweismittel zugunsten des Stpfl. nicht aufgehoben oder geändert** werden, wenn das FA bei ursprünglicher Kenntnis der Tatsachen oder Beweismittel mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit **nicht anders entschieden hätte**. **Maßgebend für diese Kausalitätsprüfung** ist grds. der **Zeitpunkt, in dem die Willensbildung des FA** über die Steuerfestsetzung **abgeschlossen** wird.

„**Rechtfertigender Grund für die Durchbrechung der Bestandskraft** nach § 173 AO ist nicht die Unrichtigkeit der Steuerfestsetzung, sondern der Umstand, dass das **FA bei seiner Entscheidung von einem unvollständigen Sachverhalt ausgegangen** ist. Demnach ist die nachträgliche Berücksichtigung neuer Tatsachen und Beweismittel strikt von der Korrektur von Rechtsfehlern abzugrenzen. Insbes. dürfen über den Umweg des § 173 I AO Rechtsfehler der Finanzbehörde weder zu Lasten (Nr. 1) noch zu Gunsten des Stpfl. (Nr.2) berichtigt werden. Das **Kriterium der Rechtserheblichkeit (Kausalität) der neuen Tatsache** bei der ursprünglichen Veranlagung schließt demnach aus, dass die Beteiligten des Steuerschuldverhältnisses mit Hilfe eines Änderungsbescheides eine neue Tatsache zum bloßen Anlass oder Vorwand nehmen, ihre geläuterte Rechtsansicht nachträglich durchzusetzen. Der Gesetzgeber hat vielmehr dem **Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit** in solchen Fällen Vorrang vor der materiellen Richtigkeit der ergangenen Verwaltungsentscheidung eingeräumt.“ (BFH aaO)

(BAG in BB 2010, 1992; Urteil vom 17.03.2010 – 5 AZR 301/09)

Bei **Schwarzarbeit** wird **sozialversicherungsrechtlich** eine **Nettolohnabrede fingiert**. Diese gesetzliche Fiktion hat jedoch **keine Auswirkung auf das Arbeitsrecht**, sodass der betroffene Arbeitnehmer keine Nettolohnzahlung verlangen kann.

Fall: Die Arbeitnehmerin war in einer Spielothek als geringfügig Beschäftigte auf 400 €-Basis angestellt. Die Arbeitgeberin führte die Pauschalabgaben entsprechend ab. Tatsächlich leistete die Arbeitnehmerin aber 165 Stunden monatlich und erhielt weitere 900 € plus Umsatzprovision ohne Abzug von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen. Der Arbeitnehmerin wurde im April 2006 ordentlich zum Ende Mai gekündigt. Im anschließenden Kündigungsschutzprozess wurde die Wirksamkeit der Kündigung rechtskräftig festgestellt. Die Arbeitnehmerin klagte sodann auf Annahmeverzugsvergütung und Urlaubsabgeltung auf der Grundlage einer Nettolohnvereinbarung und begründete diese mit dem tatsächlichen Verhalten der Parteien und § 14 II 2 SGB IV.

- I. Eine Verpflichtung der Bekl., der Kl. die Vergütung über die von ihr anerkannten Bruttobeträge hinaus als Nettobeträge auszuzahlen, ergibt sich nicht aus den **Vereinbarungen der Parteien**.

„Das LAG hat den Sachvortrag der Parteien über die monatliche Zahlung weiterer 900 € zzgl. Umsatzprovisionen ohne Abzug von Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen zutreffend als Schwarzgeldabrede gewertet. Mit einer **Schwarzgeldabrede bezwecken die Arbeitsvertragsparteien, Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu hinterziehen, nicht jedoch deren Übernahme durch den Arbeitgeber** (vgl. BAGE 105, 187 = NZA 2004, 313 m. w. Nachw.). In einem solchen Fall ist nur die **Schwarzgeldabrede** und nicht der Arbeitsvertrag insgesamt **nichtig** (BAG NZA 2004, 808 = NJOZ 2004, 2595; BAGE 105, 187 = NZA 2004, 313). Die Parteien des Rechtsstreits behandelten das Arbeitsverhältnis nach außen als geringfügige Beschäftigung i. S. von § 8 I Nr. 1 SGB IV und hatten die Absicht, keine weiteren Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Nach den Feststellungen des LAG wurde weder eine ausdrückliche Nettolohnvereinbarung getroffen, noch hat die Bekl. durch ihr gesetzwidriges Verhalten eine auf Begründung einer Nettolohnabrede gerichtete Willenserklärung abgegeben, die die Kl. hätte annehmen können.“ (BAG aaO)

- II. Eine **Nettolohnabrede folgt auch nicht aus § 14 II 2 SGB IV**.

Danach gilt ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht gezahlt worden sind. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift beschränkt sich auf das Sozialversicherungsrecht und erstreckt sich nicht auf das bürgerlichrechtliche Rechtsverhältnis der Arbeitsvertragsparteien.

1. Die **Fiktion des § 14 II 2 SGB IV ist auf das Sozialversicherungsrecht beschränkt**.

„Das folgt bereits aus dem **Gesetzeszusammenhang**, der die Bedeutung des isoliert nicht aussagekräftigen Wortlauts erkennen lässt. § 14 SGB IV definiert den **Begriff des Arbeitsentgelts als Beurteilungsgrundlage für die Sozialversicherungspflicht der Beschäftigten**, die Bemessungsgrundlage für die Höhe der Beiträge und Umlagen, die Berechnungsgrundlage für die Höhe der Leistungsansprüche der Versicherten im Versicherungsfall sowie die Anrechnungsgrundlage beim Zusammentreffen mit Einkommen. Speziell regelt § 14 II 2 SGB IV die sozialversicherungsrechtliche Berechnungsgrundlage des Arbeitsentgelts in einem illegalen Beschäftigungsverhältnis (BGHSt 53, 71 = NJW 2009, 528; LSG Rheinland-Pfalz DB 2009, 2443 = NZS 2010, 157). Da § 14 II 2 SGB IV eine Nettoarbeitsentgeltvereinbarung fingiert, ist das sozialversicherungsrechtliche Arbeitsentgelt des Beschäftigten zu ermitteln, indem das Nettoarbeitsentgelt um die darauf entfallenden Steuern und den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu einem Bruttolohn hochgerechnet wird (§ 14 II 1 SGB IV).

§ 14 II 2 SGB IV findet außerhalb des Sozialversicherungsrechts keine Anwendung. Dies gilt insbes. im Einkommensteuerrecht.

Das Arbeitsentgelt im sozialversicherungsrechtlichen Sinne ist vom steuerlichen Arbeitslohn zu unterscheiden: § 19 EStG definiert, welche der Einkommensarten des § 2 I EStG zu den steuerpflichtigen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit gehören. Von der Schaffung einer der Vorschrift des § 14 II 2 SGB IV entsprechenden Norm im Steuerrecht hat der Gesetzgeber bewusst abgesehen (BT-Dr 15/2948, S. 7; BGHSt 53, 71 = NJW 2009, 528). Dementsprechend bemisst sich das steuerpflichtige Arbeitseinkommen bei der Vereinbarung sog. Schwarzlöhne zunächst nach dem tatsächlich zugeflossenen Barlohn. Bei Nachentrichtung entzogener Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung führt (erst) die Nachzahlung zum Zufluss eines zusätzlichen geldwerten Vorteils (vgl. BFHE 219, 219 = NZA-RR 2008, 77).“ (BAG aaO)

2. Auch im Falle einer Schwarzgeldabrede ist der **Arbeitnehmer der Steuerschuldner**.

„Der Arbeitgeber haftet zwar gem. § 42d I Nr. 1 EStG für die Lohnsteuer, die er einzubehalten und abzuführen hat. Im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zueinander ist jedoch grundsätzlich allein der Arbeitnehmer der Schuldner der Steuerforderung. Etwas Anderes gilt nur, wenn ausnahmsweise der klar erkennbare Parteiwille dahin geht, die Steuerlast solle den Arbeitgeber treffen (BAGE 111, 131 = NZA 2004, 1274 = NJW 2004, 3588).“ (BAG aaO)

3. Die **systematische Auslegung** wird durch den **Zweck der Norm bestätigt**.

„§ 14 II 2 SGB IV ist durch Art. 3 Nr. 2 des **Gesetzes zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit** vom 23.07.2002 (BGBl I, 2787) mit Wirkung zum 01.08.2002 eingeführt worden. In der Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Dr 14/8221, S. 14) wurde ausdrücklich hervorgehoben, dass § 14 II 2 SGB IV **Beweisschwierigkeiten** bei der Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge **beseitigen** solle. Für den Fall, dass bei illegaler Beschäftigung Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht gezahlt würden, sei es für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge gerechtfertigt, von einer Nettoarbeitsentgeltvereinbarung der Parteien auszugehen. Die **auf das Sozialversicherungsrecht beschränkte Bedeutung des § 14 II 2 SGB IV** ist danach im Gesetzgebungsverfahren deutlich geworden (Fuchs JR 2003, 439).“ (BAG 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 Mitsstreiter 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

