



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

36. Jahrg.

November 2011

Heft 11

---

**Aus dem Inhalt:**

- EuGH:** Kostentragungspflicht des Verkäufers bei Ersatzlieferung
- BAG:** Kündigung wegen Arbeitsverweigerung aus Glaubensgründen
- OLG Köln u.a.:** Definition des Verkehrsunfalls
- VerfG Bbg.:** Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts
- OVG Hamburg:** Unverhältnismäßigkeit einer Abschleppmaßnahme
- BGH:** Anforderungen an eine Austauschpfändung
- OLG Celle:** Umfang der Pflichtverteidigerbestellung im Strafbefehlsverfahren



#### **Impressum:**

##### **Verlag und Redaktion:**

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

[info@juridicus.de](mailto:info@juridicus.de)

[www.juridicus.de](http://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

Das Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes bei überlangen Gerichtsverfahren .....	1
---	---

### Brandaktuell

BVerfG: 5-% Sperrklausel im Europawahlrecht (Feststellung der Verfassungswidrigkeit).....	3
--	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

EuGH: Ein- und Ausbaukosten bei Ersatzlieferung (Kostentragungspflicht der Verkäufers).....	4
BAG: Arbeitsverweigerung aus Glaubensgründen (Wirksamkeit einer Kündigung).....	8

#### Strafrecht

LG Düsseldorf/ OLG Köln: Verkehrsunfall (Begriffsdefinition) .....	14
BGH: Untreue (Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen).....	18

#### öffentl. Recht

VerfG Bbg. Grundrechtsfähigkeit (juristischer Personen des öffentlichen Rechts).....	21
OVG Hamburg: Kosten einer Abschleppmaßnahme (Unverhältnismäßigkeit wegen Kürze der Behinderung).....	25

#### Kurzauslese I

OLG Hamburg: Überweisung auf falsches Bankkonto (Aufrechnungsanspruch des Anweisenden).....	27
OLG Hamm: Berechtigung zum Rücktritt vom Kaufvertrag (nach mangelhafter Nachbesserung).....	27
BGH: Betriebskostennachforderung („einfache“ Insolvenzforderung).....	28
BGH: Insolvenzantrag (Rechtsmissbräuchlichkeit).....	29
OLG Dresden: Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (Teilähnlichkeit).....	29
BGH: sexueller Missbrauch (Zungenkuss).....	30
BGH: sexuelle Nötigung (Gewalteinwirkung durch Einsperren in einen umschlossenen Raum).....	30
BGH: Internetarchiv (Zulässigkeit des Bereithaltens von Meldungen über Straftäter).....	31
OVG Münster: Verschwiegenheitspflicht des Gemeinderats (nichtöffentliche Sitzung) .....	32
VGH Mannheim: Ausschluss vom Unterricht (wegen in der Freizeit vorgenommener Internet-Einragungen).....	32

## Entscheidungen Verfahrensrecht

### Zivilrecht

BGH:	Anforderungen an eine Austauschpfändung (bei Pkw gleiche Haltbarkeit und Lebensdauer erforderlich).....	33
------	--	----

### Strafrecht

OLG Celle:	Pflichtverteidigerbestellung (Umfang der Bestellung im Strafbefehlsverfahren).....	35
------------	---	----

### öffentl. Recht

OVG Münster:	Einstweiliger Rechtsschutz (bei Wiedereinsetzungsantrag nach Fristversäumung).....	37
VG Koblenz:	Klage gegen Baugenehmigung (keine Klagebefugnis des Mieters).....	40

### Kurzauslese II

BGH:	Anordnung eines selbstständigen Beweisverfahrens (Unanfechtbarkeit) .....	43
BGH:	Berufung gegen zweites Versäumnisurteil (nachträgliches Auffinden einer Urkunde).....	43
BVerfG:	Berufungszurückweisung (auch nach Terminierung noch zulässig).....	44
BGH:	Bestimmtheiterfordernis und Vollstreckungsfähigkeit (Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung).....	44
BGH:	Zeugnisverweigerungsrecht (Selbstbelastungsgefahr).....	45
OLG Celle:	Rechtsassessor (Gleichstellung mit anwaltlichem Verteidiger erst nach gerichtl. Genehmigung)....	46
BGH:	Vorführung eines Vernehmungsvideos (auf Anordnung des Vorsitzenden Richters).....	46
VGH München:	wirksame Prozessvertretung (Nachreichen einer Vollmacht).....	47
BVerwG:	Anordnung der Fortdauer aufschiebender Wirkung (Zuständigkeit des BVerwG).....	47
VGH Mannheim:	Beiladungsantrag (Beschwerdeberechtigung).....	48

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

OLG Stuttgart:	Einigungsgebühr (teilweises Anerkenntnis / teilweise Klagerücknahme).....	49
BGH:	Kostenfestsetzungsbeschluss (Zulässigkeit einer Nachfestsetzung).....	49
OVG Lüneburg:	Streitwertfestsetzung (Beschwer des obsiegenden Verfahrensbeteiligten).....	49
OVG Schleswig:	Prozesskostenhilfe (nicht bei Erledigung der Hauptsache).....	50
OLG Celle:	Beschränkung der Beordnung eines VKH-/PKH-Anwalts (sofortige Beschwerde) .....	50

## Inhaltsverzeichnis

---

OLG Celle:	Klagerücknahme (Kostenentscheidung).....	50
OLG Bremen:	Kostenentscheidung in Unterhaltssachen (anfechtbar mit der Beschwerde).....	51
VGH Kassel:	verwaltungsgerichtl. Vollstreckung (Vergütungsfestsetzungsbeschluss).....	52
<b>Aus der Praxis</b>		
LG Arnsberg:	Zusammenarbeit eines Anwalts mit Unternehmensberater (berufsrechtlich unzulässig).....	53
LG Köln:	Amtshaftungsanspruch der Rechtsanwaltskammer (zögerliche Bearbeitung eines Fachanwaltsantrags).....	53
VGH München:	Wiedereinsetzungsantrag (Nachweis einer Erkrankung des Prozessbevollmächtigten).....	53
OLG Celle:	Prozesskostenhilfeanspruch (nicht fristgerechte Stellungnahme des Ag. im Bewilligungsverfahren).....	54
BVerwG:	Prozesskostenhilfeanspruch (Schmerzensgeld ist kein einzusetzendes Vermögen).....	55
AG Kehl:	Inkassokosten (grds. nicht erstattungsfähig).....	55
OLG Koblenz:	Klageeinreichung (ohne Bezugnahme auf bereits erfolgte PKH-Bewilligung).....	56
OLG Rostock:	Pflichtverteidigerbeordnung (erstreckt sich auch auf Adhäsionsverfahren).....	56
<b>Steuern</b>		
FG Berlin-Bbg :	Betriebsausgaben (Aufwendungen für gekoppelte Geburtstags- und Firmenjubiläumsfeier).....	58
BFH:	außergewöhnliche Belastungen (Aufwendungen für Heimunterbringung eines Angehörigen).....	58
BFH:	Steuerberaterhaftung (Verjährung des Ersatzanspruchs bei bestandskräftigem Steuerbescheid).....	59
<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....		60
<b>Mandantenbrief</b> .....		65



## Aus der Gesetzgebung

### Das Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes bei überlangen Gerichtsverfahren

Der Bundesrat hat am 14.10.2011 dem Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes bei überlangen Gerichtsverfahren zugestimmt. Das Gesetz, das zuvor bereits den Bundestag passiert hatte, sieht eine angemessene Entschädigung vor, wenn gerichtliche Verfahren zu lange dauern.

#### I. Allgemeines

Der **EGMR** beanstandet seit vielen Jahren das Fehlen eines besonderen Rechtsschutzes bei unangemessen langen Gerichtsverfahren in der Bundesrepublik. Die erste Verurteilung Deutschlands durch den EGMR erfolgte bereits im Jahr 2006. Da der Rechtsschutz trotz zahlreicher weiterer EGMR-Urteile nicht verbessert wurde, hat der EGMR schließlich ein sog. „Piloturteil“ gegen die Bundesrepublik erlassen und eine Frist bis Dezember 2011 zur Schließung der Rechtsschutzlücke gesetzt.

Etwa 80 % aller Verurteilungen Deutschlands vor dem EGMR gehen auf überlange Verfahren zurück. Dabei hat die Bundesrepublik wegen überlanger Verfahrensdauer in 125 EGMR-Verfahren Entschädigungen in Höhe von insgesamt 944.504 € gezahlt.

- Bei den **Zivilgerichten** dauern Verfahren in der Eingangsinstanz (bundes-) durchschnittlich zwar nur **4,7 Monate (Amtsgerichte) bzw. 8,1 Monate (Landgerichte)**.

Die durchschnittliche Verfahrensdauer in den Bundesländern zeigt aber deutliche Abweichungen hierzu: Bei den Amtsgerichten liegt die Spannweite zwischen 3,9 und 5,8 Monaten, bei den Landgerichten zwischen 6,3 und 11,0 Monaten. 13,0 % der Prozesse vor den Landgerichten dauern i. Ü. mehr als 12 Monate und 6,0 % sogar mehr als 24 Monate.

- Erstinstanzliche Verfahren vor den **Verwaltungsgerichten** dauern im Bundesdurchschnitt **10,9 Monate**.

Diesem Bundesdurchschnitt stehen in den Ländern jedoch deutlich andere Zahlen gegenüber: Die kürzeste durchschnittliche Verfahrensdauer pro Land beträgt 4,6 Monate, die längste 25,0 Monate. 7,4 % der Verfahren dauern mehr als 24 Monate, 4,1 % mehr als 36 Monate.

Ähnliche Unterschiede zeigen sich bei der Verfahrensdauer vor den Obergerichtsstufen als Eingangsinstanz: Hier beträgt die Durchschnittsdauer in Bezug auf das gesamte Bundesgebiet 15,7 Monate. Der kürzeste Länderwert liegt demgegenüber bei 6,3 Monaten, der längste bei 28,0 Monaten. 15,8 % der erstinstanzlichen Verfahren vor den Obergerichtsstufen dauern länger als 24 Monate, 8,6 % mehr als 36 Monate.

- Die **Finanzgerichte** benötigen durchschnittlich **17,5 Monate** für ein erstinstanzliches Verfahren.

Im Bundesland mit der kürzesten Dauer reichen dabei durchschnittlich 10,1 Monate, während die Bürgerinnen und Bürger im Bundesland mit der längsten Dauer mit einer Verfahrensdauer von durchschnittlich 24,7 Monaten rechnen müssen. 13,8 % der Verfahren dauern länger als 24 Monate, über 14,8 % länger als 36 Monate.

#### II. Die gesetzlichen Neuregelungen im Überblick

Betroffene haben zukünftig die Möglichkeit, sich in **zwei Stufen** gegen überlange Gerichtsverfahren zu wehren:

- Auf der **ersten Stufe** müssen die Betroffenen das Gericht, das nach ihrer Ansicht zu langsam arbeitet, **mit einer Rüge auf die Verzögerung hinweisen**; die Richter sollen durch die Verzögerungsrüge die Möglichkeit erhalten, **Abhilfe zu schaffen**.

- Verzögert sich das Verfahren dennoch weiter, kann auf der **zweiten Stufe** eine **Entschädigungsklage** erhoben werden.

In diesem Verfahren erhalten Betroffene für die sog. immateriellen Nachteile - z.B. für seelische und körperliche Belastungen durch das lange Verfahren - in der Regel 1.200 € für jedes Jahr, soweit eine Wiedergutmachung auf andere Weise nicht ausreichend ist. Außerdem ist eine angemessene Entschädigung für materielle Nachteile (z.B. Insolvenz) vorgesehen.

Der neue gesetzlich gewährte **Entschädigungsanspruch hängt** dabei **nicht von einem Verschulden ab**; es kommt also nicht darauf an, ob den Richtern ein Vorwurf der zögerlichen Bearbeitung zu machen ist.

Daneben sind **zusätzlich** - wie bisher auch - **Amtshaftungsansprüche** denkbar, z.B. wenn die Verzögerung auf einer schuldhaften Amtspflichtverletzung beruht. In solchen Fällen kann umfassend Schadensersatz verlangt werden, so auch der Ersatz eines entgangenen Gewinns.



## Brandaktuell

GG  
Art. 38

### 5-%-Sperrklausel im Europawahlrecht Feststellung der Verfassungswidrigkeit

GG

(BVerfG in Pressemitteilung Nr. 70/2011 vom 09.11.2011; Urteil vom 09.11.2011 2 BvC 4/10)

§ 2 VII Europawahlgesetz (EuWG) sieht eine 5-% Sperrklausel vor. Das BVerfG hatte nun im Rahmen einer Wahlprüfungsbeschwerde zu prüfen, ob diese Regelung mit der Verfassung vereinbar ist. Das BVerfG ist zum Ergebnis gekommen, dass diese Regelung gegen die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien verstößt. Sie wurde für nichtig erklärt.

#### I. Prüfungsmaßstäbe

*„Das **Europawahlgesetz** ist als **deutsches Bundesrecht** an den im Grundgesetz verankerten Grundsätzen der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien zu messen. Der **Grundsatz der Gleichheit der Wahl gebietet** bei der **Verhältniswahl**, die auch für die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments gilt, dass - über die **Zählwertgleichheit** hinaus - jeder Wähler mit seiner Stimme den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der zu wählenden Vertretung haben muss. Der **Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien** verlangt, dass jeder Partei grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im gesamten Wahlverfahren und damit **gleiche Chancen bei der Verteilung der Sitze** eingeräumt werden.“ (BVerfG aaO)*

#### II. Abweichung von Vorgaben

Diesen Anforderungen wird die Ausgestaltung des Europawahlrechts nicht gerecht.

*„Die Fünf-Prozent-Sperrklausel bewirkt eine Ungleichgewichtung der Wählerstimmen hinsichtlich ihres Erfolgs werts, weil diejenigen Wählerstimmen, die für Parteien abgegeben worden sind, die an der Sperrklausel gescheitert sind, ohne Erfolg bleiben. Zugleich wird durch die Fünf-Prozent-Sperrklausel der Anspruch der politischen Parteien auf Chancengleichheit beeinträchtigt.“ (BVerfG aaO)*

#### III. sachliche Rechtfertigung

Differenzierende Regelungen bei der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien bedürfen stets eines besonderen, **sachlich legitimierten, „zwingenden“ Grundes**. Sie müssen zur Verfolgung ihrer Zwecke geeignet und erforderlich sein.

*„Die allgemeine und abstrakte Behauptung, durch den Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel werde der **Einzug kleinerer Parteien** und Wählergemeinschaften in die Vertretungsorgane **erleichtert** und **dadurch die Willensbildung in diesen Organen erschwert**, kann den Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit nicht rechtfertigen. Zur Rechtfertigung der Fünf-Prozent-Sperrklausel bedarf es vielmehr der mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartenden **Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit** der Vertretungsorgane.“ (BVerfG aaO)*

Nach diesen Maßstäben durfte die Fünf-Prozent-Sperrklausel nicht beibehalten werden. Die bei der Europawahl 2009 gegebenen und fortbestehenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse bieten **keine hinreichenden Gründe**, die den mit der Sperrklausel verbundenen **schwerwiegenden Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit** der politischen Parteien rechtfertigen.

*„Die Einschätzung des Gesetzgebers, dass das Europäische Parlament mit dem Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel in seiner Funktionsfähigkeit beeinträchtigt werde, kann sich nicht auf ausreichende tatsächliche Grundlagen stützen und trägt den spezifischen Arbeitsbedingungen des Europäischen Parlaments sowie seiner Aufgabenstellung nicht angemessene Rechnung.“*

*Des Weiteren sind die Aufgaben des Europäischen Parlaments durch die europäischen Verträge so ausgestaltet, dass es an zwingenden Gründen, in die Wahl- und Chancengleichheit einzugreifen, fehlt. Eine - bei der Wahl zum Deutschen Bundestag - vergleichbare Interessenlage besteht auf europäischer Ebene nach den europäischen Verträgen nicht. Das Europäische Parlament wählt **keine Unionsregierung**, die auf seine fortlaufende Unterstützung angewiesen wäre. Ebenso wenig ist die **Gesetzgebung** der Union von einer **gleichbleibenden Mehrheit** im Europäischen Parlament abhängig, die von einer stabilen Koalition bestimmter Fraktionen gebildet würde und der eine Opposition gegenüberstünde. Zudem ist die unionale Gesetzgebung nach dem **Primärrecht** so konzipiert, dass sie **nicht von bestimmten Mehrheitsverhältnissen im Europäischen Parlament abhängig** ist.“ (BVerfG aaO)*

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 439

### Ein- und Ausbaurkosten bei Ersatzlieferung Kostentragungspflicht der Verkäufers

BGB

(EuGH in MMR 2011, 348; Urteil vom 16.06.2011 - C-65/09 verb. mit C-87/09)

1. Die Pflicht zur unentgeltlichen Nacherfüllung nach § 439 II BGB umfasst auch die Vornahme von **Aus- und Wiedereinbau der Kaufsache** bzw. das Tragen der hierdurch anfallenden Kosten.
2. Der Verkäufer ist zur Verweigerung der Nacherfüllung nach § 439 III 1 BGB nur bei relativer Unzumutbarkeit berechtigt. Gibt es für die gewünschte Form der Nacherfüllung **keine Alternative**, so kann der Verkäufer diese **nicht wegen Unzumutbarkeit verweigern**.
3. Die Haftung des Verkäufers für die Aus- und Einbaukosten kann auf einen **angemessenen Betrag** beschränkt werden.

**Fall:** Herr W und Gebr. Weber schlossen einen Kaufvertrag über polierte Bodenfliesen zum Preis von € 1.382,27. Nachdem Herr W rund zwei Drittel der Fliesen in seinem Haus hatte verlegen lassen, stellte er auf der Oberfläche Schattierungen fest, die mit bloßem Auge zu erkennen waren.

Daraufhin erhob Herr W eine Mängelrüge, die Gebr. Weber nach Rücksprache mit dem Hersteller der Fliesen zurückwies. In einem von Herrn W eingeleiteten selbstständigen Beweisverfahren kam der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass es sich bei den Schattierungen um feine Mikroschleifspuren handele, die nicht beseitigt werden könnten, sodass Abhilfe nur durch einen kompletten Austausch der Fliesen möglich sei. Die Kosten dafür bezifferte der Sachverständige mit € 5.830,57. Nachdem Herr W die Gebr. Weber vergeblich zur Leistung aufgefordert hatte, erhob er gegen sie beim LG Kassel Klage auf Lieferung mangelfreier Fliesen und Zahlung von € 5.830,57. Das LG Kassel verurteilte Gebr. Weber aus dem Gesichtspunkt der Minderung zur Zahlung von € 273,10 und wies die Klage i.Ü. ab.

Auf die Berufung von Herrn W gegen die Entscheidung des LG Kassel verurteilte das OLG Frankfurt/M. Gebr. Weber zur Lieferung neuer, mangelfreier Fliesen und zur Zahlung von € 2.122,37 für Ausbau und Entsorgung der mangelhaften Fliesen und wies die Klage i.Ü. ab. Gebr. Weber legte gegen das Urteil des OLG Frankfurt/M. Revision beim BGH ein, der darauf hinweist, dass seine Entscheidung davon abhängt, ob das Berufungsgericht zu Recht angenommen habe, dass Herr W Erstattung der Kosten des Ausbaus der mangelhaften Fliesen verlangen könne. Da Herr W nach deutschem Recht keine Kostenerstattung verlangen könne, hänge die Antwort auf diese Frage von der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 und 3 Unterabs. 3 der RL ab; ggf. sei § 439 BGB richtlinienkonform auszulegen.

Der BGH hat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 und 2 der RL dahin auszulegen, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, wonach der Verkäufer im Fall der Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsguts die vom Verbraucher verlangte Art der Abhilfe auch dann verweigern kann, wenn sie ihm Kosten verursachen würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unzumutbar (absolut unverhältnismäßig) wären?
2. Falls die erste Frage zu bejahen ist: Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Unterabs. 3 der RL dahin auszulegen, dass der Verkäufer im Fall der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch Ersatzlieferung die Kosten des Ausbaus des vertragswidrigen Verbrauchsguts aus einer Sache, in die der Verbraucher das Verbrauchsgut gemäß dessen Art und Verwendungszweck eingebaut hat, tragen muss?

#### I. Umfang der Nacherfüllungspflicht, § 439 II BGB

##### 1. Problemstellung

Nach § 439 II BGB hat der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. Fraglich ist, ob dies europarechtskonform dahingehend auszulegen ist, dass hiervon auch die Kosten für den Aus- und Einbau der nachgelieferten Sache umfasst sind.

##### 2. Unentgeltlichkeit der Nachbesserung

*„Vorab ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 3 Abs. 1 der RL der Verkäufer dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit haftet, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsguts besteht.“*

Art. 3 Abs. 2 der RL nennt die Ansprüche, die der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsguts gegen den Verkäufer hat. Zunächst kann der Verbraucher die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts verlangen. Kann er die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands nicht erlangen, so kann er in einem zweiten Schritt eine Minderung des Kaufpreises oder die Vertragsauflösung verlangen.

Zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts bestimmt Art. 3 Abs. 3 der RL, dass der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsguts oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen kann, sofern nicht die Erfüllung seiner Forderung unmöglich oder die Forderung unverhältnismäßig ist.“ (EuGH aaO)

Sofern also die unentgeltliche Nachbesserung oder Nachlieferung verlangt wird, stellt sich die Frage, ob die Unentgeltlichkeit dahingehend zu verstehen ist, dass diese Formen der Nacherfüllung mit gar keinen Kostennachteilen für den Verbraucher verbunden sein dürfen.

„Diese dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts unentgeltlich zu bewirken, sei es durch Nachbesserung, sei es durch Austausch des vertragswidrigen Verbrauchsguts, soll den **Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen schützen**, die ihn in Ermangelung eines solchen Schutzes davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen (vgl. U. v. 17.4.2008 – C-404/06 [= MMR 2008, 777 (Ls.)], Slg. 2008, 2685 Rn. 33, 34 – Quelle).“ (EuGH aaO)

Eine solche finanzielle Belastung ist jedoch nicht nur – wie § 439 II BGB dies vorsieht – in dem Warenaufwand selbst nebst Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu sehen, sondern liegt auch dann vor, wenn der Ausbau mit Kosten verbunden ist. Allerdings werden diese Kosten nur als Beispiele „insbesondere“ genannt. Diese gesetzliche Formulierung schließt demnach nicht aus, dass auch sonstige Kosten der Nacherfüllung vom Verkäufer zu tragen sein müssen. Insofern könnte eine richtlinienkonforme Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dazu führen, dass der Verkäufer beim Einbau gekaufter Waren im Fall der Neulieferung sowohl den Ausbau der mangelhaften Ware als auch den erneuten Einbau vorzunehmen oder zu bezahlen hat.

„Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass sich aus der Verwendung des Adverbs „**insbesondere**“ durch den Uniongesetzgeber ergibt, dass diese Aufzählung **nur Beispiele** enthält und nicht abschließend ist (vgl. Urteil Quelle, Rn 31). Außerdem sind diese Kosten nunmehr notwendig, damit das vertragswidrige Verbrauchsgut ersetzt werden kann, und stellen folglich „**für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendige Kosten**“ i.S.v. Art. 3 Abs. 4 dar.

„Wenn der Verbraucher im Fall der Ersatzlieferung für ein vertragswidriges Verbrauchsgut vom Verkäufer **nicht verlangen könnte**, dass er den **Ausbau des Verbrauchsguts** aus der Sache, in die es gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, und den **Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts** in dieselbe Sache oder die entsprechenden Kosten übernimmt, würde diese Ersatzlieferung für ihn zu **zusätzlichen finanziellen Lasten** führen, die er nicht hätte tragen müssen, wenn der Verkäufer den Kaufvertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Wenn dieser nämlich von vornherein ein vertragsgemäßes Verbrauchsgut geliefert hätte, hätte der Verbraucher die **Einbaukosten nur einmal** getragen und hätte **keine Kosten für den Ausbau** des mangelhaften Verbrauchsguts tragen müssen.

Würde Art. 3 der RL dahin ausgelegt, dass er den Verkäufer nicht verpflichtet, den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts oder die entsprechenden Kosten zu übernehmen, hätte dies somit zur Folge, dass der Verbraucher, um die ihm durch den genannten Artikel verliehenen **Rechte ausüben** zu können, diese **zusätzlichen Kosten tragen** müsste, die sich aus der Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts durch den Verkäufer ergeben.

In diesem Fall würde die Ersatzlieferung für das Verbrauchsgut entgegen Art. 3 Abs. 2 und 3 der RL **nicht unentgeltlich** für den Verbraucher vorgenommen.“ (EuGH aaO)

### 3. Vermeidung von Unannehmlichkeiten

Zudem sieht Art. 3 Abs. 3 der RL vor, dass die Nachbesserung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts und die Ersatzlieferung nicht nur unentgeltlich, sondern auch innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu erfolgen haben.

„Dieses dreifache Erfordernis ist Ausdruck des offenkundigen Willens des Uniongesetzgebers, einen wirksamen Verbraucherschutz zu gewährleisten (vgl. in diesem Sinne Urteil Quelle, Rd. 35).

Angesichts dieses Willens des Gesetzgebers kann der Begriff „**ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher**“ in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 der RL nicht die von der deutschen, der belgischen und der österreichischen Regierung vorgeschlagene enge Auslegung erfahren. So kann der Umstand, dass der Verkäufer das vertragswidrige Verbrauchsgut **nicht ausbaut** und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut **nicht einbaut**, zweifellos eine **erhebliche Unannehmlichkeit** für den Verbraucher darstellen, insb. in Fäl-

len wie denen der Ausgangsverfahren, in denen das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut, um **seiner üblichen Bestimmung entsprechend** verwendet werden zu können, zunächst eingebaut werden muss, was den vorherigen Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts erforderlich macht. Darüber hinaus ist in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 ausdrücklich bestimmt, dass „die **Art des Verbrauchsgutes** sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte“, zu **berücksichtigen** sind.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass eine solche Auslegung auch nicht zu einem ungerechten Ergebnis führt. Selbst wenn nämlich die Vertragswidrigkeit des Verbrauchsguts nicht auf einem Verschulden des Verkäufers beruht, hat dieser doch auf Grund der Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts die **Verpflichtung**, die er im Kaufvertrag eingegangen ist, **nicht ordnungsgemäß** erfüllt und muss daher die **Folgen der Schlechterfüllung tragen**. Dagegen hat der Verbraucher seinerseits den Kaufpreis gezahlt und damit seine vertragliche Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllt (vgl. in diesem Sinne Urteil Quelle, Rdnr. 41). Zudem kann der Umstand, dass der Verbraucher im Vertrauen auf die Vertragsmäßigkeit des gelieferten Verbrauchsguts das mangelhafte Verbrauchsgut vor Auftreten des Mangels gutgläubig **gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut** hat, kein Verschulden darstellen, das dem betreffenden Verbraucher zur Last gelegt werden könnte.

Nimmt der Verkäufer den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Guts nicht selbst vor, ist es **Sache des nationalen Gerichts**, die für den Ausbau und den Einbau **notwendigen Kosten** zu ermitteln, deren Erstattung der Verbraucher verlangen kann.“ (EuGH aaO)

Nach alledem ist Art. 3 Abs. 2 und 3 der RL dahin auszulegen, dass, wenn der **vertragsgemäße Zustand** eines vertragswidrigen Verbrauchsguts, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, **durch Ersatzlieferung hergestellt** wird, der Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen **Ausbau und den Einbau** des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.

## II. Verweigerung der Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten, § 439 III 1 BGB

### 1. Problemstellung

Zudem hat der Verkäufer nach § 439 III 1 BGB die Möglichkeit, die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung (Mangelbeseitigung/Neulieferung) zu verweigern, wenn sie mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden ist. Dies ist dann anzunehmen, wenn die Kosten der Nacherfüllung erheblich höher sind, als der Wert der Sache. Ist – wie bei den bereits eingebauten Fliesen nach Feststellungen des Sachverständigen – ohnehin eine Mängelbeseitigung nicht möglich und kommt nur eine Neulieferung in Betracht, so würde die Anwendung von § 439 III 1 BGB dazu führen, dass der Verkäufer die Nacherfüllung gänzlich verweigern kann.

Ist der Verkäufer nun nach vorstehenden Ausführungen verpflichtet, auch die Kosten für den Aus- und Wiedereinbau zu tragen, wird es häufiger dazu kommen, dass die Gesamtkosten den Wert einer mangelfreien Sache weit übersteigen.

### 2. Richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs der Unverhältnismäßigkeit

Fraglich ist insofern, ob es letztlich unter Geltung der Verbraucherschutzrichtlinie zulässig sein kann, dass der Verkäufer gerade in Fällen, in denen nur eine Abhilfe durch Neulieferung in Betracht kommt, weil eine Nachbesserung unmöglich ist, unter Berufung auf die Unzumutbarkeit letztlich jede Nachbesserung verweigern kann, ob also eine **absolute Unzumutbarkeit** mit den Vorgaben der Richtlinie zu vereinbaren ist.

„Nach Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 der RL gilt eine Abhilfe als unverhältnismäßig, wenn sie dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die angesichts des **Werts**, den das **Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit** hätte, unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und nach Erwägung der Frage, ob auf die **alternative Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten** für den Verbraucher zurückgegriffen werden könnte, verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit **unzumutbar** wären.

Daher ist festzustellen, dass zwar Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 der RL an sich so offen gefasst ist, dass er auch Fälle der absoluten Unverhältnismäßigkeit erfassen kann, dass aber Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 den Begriff „unverhältnismäßig“ **ausschließlich in Beziehung zur anderen Abhilfemöglichkeit** definiert und damit auf Fälle der **relativen Unverhältnismäßigkeit** eingrenzt. I.Ü. geht aus dem Wortlaut und der Systematik von Art. 3 Abs. 3 der RL eindeutig hervor, dass sich dieser auf die beiden Arten der in erster Linie vorgesehenen Abhilfe bezieht, d.h. die Nachbesserung des vertragswidrigen Verbrauchsguts und die Ersatzlieferung.



Folglich zeigt sich, dass der Unionsgesetzgeber dem Verkäufer das Recht zur **Verweigerung der Nachbesserung** des mangelhaften Verbrauchsguts oder der Ersatzlieferung nur im Fall der **Unmöglichkeit** oder einer **relativen Unverhältnismäßigkeit** gewähren wollte. Erweist sich nur eine dieser beiden Abhilfen als möglich, kann der Verkäufer die **einzigste Abhilfe**, durch die sich der vertragsgemäße Zustand des Verbrauchsguts herstellen lässt, somit **nicht verweigern**.“ (EuGH aaO)

### 3. Beschränkung der Höhe der vom Verkäufer zu tragenden Kosten

Ist der Verkäufer somit bei Fehlen alternativer Nacherfüllungsmöglichkeiten verpflichtet, neben der Nachlieferung auch die Sache aus- und einzubauen bzw. die hierfür anfallenden Kosten zu tragen, so stellt sich die Frage, ob diese Kostentragungspflicht in Übereinstimmung mit der Verbraucherschutzrichtlinie begrenzt werden kann.

„In diesem Zusammenhang ist im Hinblick auf die besondere Situation, die das vorliegende Gericht prüft, in der die Ersatzlieferung für das vertragswidrige Verbrauchsgut als einzig mögliche Art der Abhilfe deswegen zu **unverhältnismäßigen Kosten** führen würde, weil das vertragswidrige Verbrauchsgut aus der Sache, in der es eingebaut wurde, ausgebaut und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut eingebaut werden muss, darauf hinzuweisen, dass Art. 3 Abs. 3 der RL **nicht ausschließt**, dass der Anspruch des Verbrauchers auf **Erstattung der Kosten** für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts, falls erforderlich, **auf einen Betrag beschränkt** wird, der dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit **angemessen** ist. Eine solche Beschränkung lässt das Recht des Verbrauchers, Ersatzlieferung für das vertragswidrige Verbrauchsgut zu verlangen, nämlich unberührt.

Wenn das vorliegende Gericht prüft, ob im Ausgangsverfahren der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts herabzusetzen ist, wird es somit zum einen den Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und die Bedeutung der Vertragswidrigkeit sowie zum anderen den Zweck der RL, der darin besteht, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten, zu berücksichtigen haben. Die Möglichkeit, eine solche Herabsetzung vorzunehmen, darf dementsprechend **nicht zur Folge haben**, dass das **Recht des Verbrauchers auf Erstattung dieser Kosten** in Fällen, in denen er das vertragswidrige Verbrauchsgut gutgläubig vor Auftreten des Mangels gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut hat, **in der Praxis ausgehöhlt** wird.“ (EuGH aaO)

### 4. Verweigerungsrecht des Verbrauchers

Es kann daher nach vorstehenden zu der Situation kommen, dass für den Verbraucher letztlich mit der einzigen Form der Nacherfüllung Kosten verbunden sind, die durchaus erheblich sein können, weil er auf einem Teil der Aus- und Einbaukosten sitzen bleibt. Zudem ist er grundsätzlich verpflichtet, dem Verkäufer die Möglichkeit der Nacherfüllung zu geben, bevor er sonstige Gewährleistungsrechte (z.B. Minderung) geltend machen kann. Fraglich ist, ob dies angesichts der aufgezeigten finanziellen Risiken einer Nacherfüllung bei richtlinienkonformer Anwendung anders zu sehen ist.

„Schließlich ist dem Verbraucher im Fall einer **Herabsetzung des Anspruchs** auf Erstattung der genannten Kosten die Möglichkeit zu gewähren, statt einer Ersatzlieferung für das vertragswidrige Verbrauchsgut gem. Art. 3 Abs. 5 letzter Gedankenstrich der RL eine **angemessene Minderung des Kaufpreises** oder die **Vertragsauflösung** zu verlangen, da der Umstand, dass der Verbraucher die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des mangelhaften Verbrauchsguts nur erlangen kann, indem er einen Teil der **Kosten selber trägt**, für ihn eine **erhebliche Unannehmlichkeit** darstellt.“ (EuGH aaO)

Nach alledem ist Art. 3 Abs. 3 der RL dahin auszulegen, dass er **ausschließt**, dass eine nationale gesetzliche Regelung dem Verkäufer das Recht gewährt, die **Ersatzlieferung** für ein vertragswidriges Verbrauchsgut **als einzig mögliche Art der Abhilfe zu verweigern**, weil sie ihm wegen der Verpflichtung, den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in diese Sache vorzunehmen, Kosten verursachen würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unverhältnismäßig wären. Art. 3 Abs. 3 schließt jedoch nicht aus, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in einem solchen Fall auf die **Übernahme eines angemessenen Betrags** durch den Verkäufer beschränkt wird.

(BAG in NZA 2011, 1087; Urteil vom 20.01.2009 - 5 Sa 270/08)

1. Beruft sich der Arbeitnehmer gegenüber einer Arbeitsanweisung des Arbeitgebers auf einen ihr **entgegenstehenden, ernsthaften inneren Glaubenskonflikt**, kann das Beharren des Arbeitgebers auf Vertragserfüllung ermessensfehlerhaft im Sinne von § 106 S. 1 GewO i. V. mit Art. 4 I GG sein.
2. In diesem Fall stellt zwar die Weigerung des Arbeitnehmers, der Weisung nachzukommen, keine vorwerfbare Pflichtverletzung dar, kann aber geeignet sein, eine **Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus Gründen in der Person** des Arbeitnehmers zu rechtfertigen, wenn es dem Arbeitgeber **nicht** ohne größere Schwierigkeiten **möglich** ist, den Arbeitnehmer **anderweit sinnvoll einzusetzen**.

**Fall:** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. Der 1963 geborene, verheiratete und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kl. trat im November 1995 in die Dienste der Rechtsvorgängerin der Bekl., die ein Einzelhandelsunternehmen betreibt. Der Kl. war zunächst als Helfer in der „Waschstraße“ tätig. Nach deren Stilllegung wurde er ab Oktober 2003 in dem zugehörigen Warenhaus als „Ladenhilfe“ weiterbeschäftigt. Dort setzt die Bekl. regelmäßig weit mehr als zehn Arbeitnehmer ein. Zu den Arbeitsaufgaben einer „Ladenhilfe“ gehört es, sämtliche im Einkaufsmarkt anfallenden Auffüll- und Verräumarbeiten auszuführen. Die Bekl., die eine Spezialisierung ihrer Mitarbeiter anstrebt und diese möglichst bestimmten Bereichen zuordnet, setzte den Kl. zunächst im Getränkebereich der Abteilung „Allgemeine Lebensmittel“ ein.

Nachdem der Kl. den Wunsch nach einem Arbeitsplatzwechsel geäußert hatte, wies sie ihm ab März 2007 Arbeiten in der Frischwarenabteilung zu. Während seiner dortigen Tätigkeit war der Kl. mehrmals wegen Krankheit arbeitsunfähig. Im Anschluss an eine Arbeitsunfähigkeit im Januar 2008 stellte sie ihm eine „Rückumsetzung“ in den Getränkebereich in Aussicht. Nach einer weiteren Erkrankung wies sie ihn am 25.02.2008 mündlich an, wieder in der Getränkeabteilung zu arbeiten. Der Kl. weigerte sich, der Anordnung Folge zu leisten. Er berief sich auf seinen – muslimischen – Glauben, der ihm den Umgang mit Alkohol und damit auch das Ein- und Ausräumen alkoholischer Produkte verbiete. Diesen Standpunkt behielt er auch nach schriftlicher Aufforderung zur Arbeitsaufnahme im Getränkebereich bei. Die Bekl. stellte ihn daraufhin für den 25.02.2008 von der Arbeitsleistung frei. Kurz darauf legte der Kl. eine ärztliche Bescheinigung über eine voraussichtlich bis 04.03.2008 bestehende Arbeitsunfähigkeit vor. Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom fristgemäß zum 30.08.2008. Der Kl. hat Kündigungsschutzklage erhoben und geltend gemacht, die Kündigung sei unwirksam. Er sei nicht verpflichtet gewesen, der Weisung vom 25.02.2008 Folge zu leisten. Er hat beantragt festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 05.03.2008 nicht beendet worden ist. Liegt ein Kündigungsgrund vor?

## I. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes

Das Kündigungsschutzgesetz ist nach § 23 KSchG anwendbar, da die Bekl. regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt und der Kl. dort auch schon länger als 6 Monate beschäftigt ist.

## II. Vorliegen von Gründen für eine verhaltensbedingte Kündigung, § 1 II KSchG

Die Weigerung des Kl., der Arbeitsanweisung der Bekl. Folge zu leisten, könnte eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten darstellen und daher Anlass zu einer verhaltensbedingten Kündigung geben.

Die beharrliche Weigerung des Arbeitnehmers, eine vertraglich geschuldete, rechtmäßig und damit wirksam zugewiesene Arbeit zu leisten, stellt eine erhebliche Pflichtverletzung dar.

*„Sie ist in der Regel geeignet, jedenfalls die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses sozial zu rechtfertigen (BAG, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 87 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 73 Rn 36; BAGE 97, 276 = NJW 2002, 698 = NZA 2001, 893 [zu II 2 a] m. w.N.).“ (BAG aaO)*

### 1. Beharrliches Widersetzen

Ein Arbeitnehmer verweigert die ihm übertragene Arbeit beharrlich, wenn er sie bewusst und nachhaltig nicht leisten will. Das war hier der Fall.

*„Der Kl. hat sowohl auf die mündliche als auch auf die nachfolgende schriftliche Anordnung der Bekl. **deutlich zu erkennen** gegeben, Arbeiten im Getränkebereich jedenfalls dann nicht auszuführen, wenn von ihm auch der Umgang mit alkoholhaltigen Getränken verlangt werde. Seine **Weigerung war endgültig**.“ (BAG aaO)*

## 2. Wirksamkeit der Anweisung

Diese beharrliche Verweigerung des Kl. stellt jedoch nur dann eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten dar, wenn die Anweisung der Bekl. zum Arbeiten im Getränkebereich wirksam war.

### a) Weisungsbefugnis des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber hat nach § 106 GewO ein Weisungsrecht.

„[Er kann] eine im Arbeitsvertrag nur abstrakt umschriebene **Leistungspflicht** des Arbeitnehmers **nach Zeit, Ort und Art der Leistung einseitig näher bestimmen**, soweit diese nicht durch Gesetz oder Vertrag festgelegt ist. Der Regelung des § 106 S. 1 GewO kommt insoweit **klarstellende Bedeutung** zu (BAGE 132, 210 = NZA 2010, 327 = AP AGG § 7 Nr. 1 = EzA AGG § 10 Nr. 2 Rn 18).

Das Weisungsrecht darf dabei nur **nach billigem Ermessen ausgeübt** werden. Das verlangt, dass der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung die wesentlichen Umstände des Einzelfalls abgewogen und die **beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt** hat. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber seine Entscheidung trifft (vgl. BAG, NZA-RR 2010, 551 = AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 44 = EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 31 Rn 26 u. 29). Ob die Entscheidung billigem Ermessen entspricht, unterliegt nach § 106 S. 1 GewO i. V. mit § 315 III BGB der gerichtlichen Kontrolle (BAG NZA 2011, 631 = EzA-SD 2011 Nrn. 9, 8 Rdnr. 18; NZA 1990, 561 = AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 36 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 30 Rn 41).“ (BAG aaO)

### b) angemessene Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen

Fraglich ist, ob der Bekl. bei seiner Weisung, wieder im Getränkebereich zu arbeiten, die beiderseitigen Interessen hinreichend beachtet hat.

#### aa) Erkrankung als Anlass für Weisung

Die Weisung könnte deshalb **unwirksam** sein, weil sich die Bekl. wegen der Erkrankungen des Kl. entschlossen hatte, diesen wieder im Getränkebereich einzusetzen. Der Arbeitgeber darf nach § 612a BGB einen Arbeitnehmer bei einer Maßnahme nicht deshalb benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Die erteilte Weisung könnte gegen dieses **Maßregelungsverbot** verstoßen.

„Die Arbeitsunfähigkeitszeiten des Kl. sind während seiner Tätigkeit in der Frischwarenabteilung angestiegen, ohne dass freilich feststünde, sie seien durch diese Tätigkeit verursacht worden. Bei den übrigen Mitarbeitern des Bereichs sind nach den Feststellungen des LAG weitaus geringere Fehlzeiten angefallen. Unter diesen Umständen ist nicht zu erkennen, dass die angestrebte Änderung des Einsatzbereichs von sachfremden Motiven getragen gewesen wäre. Näher liegt die Annahme, die Bekl. habe eine immerhin mögliche, mit den Arbeitsumständen in der Frischwarenabteilung zusammenhängende Krankheitsursache sowohl im betrieblichen als auch im Interesse der Gesundheit des Kl. ausschließen wollen. Darauf hat das BerGer. zutreffend hingewiesen.“ (BAG aaO)

Ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB ist daher nicht ersichtlich.

#### bb) arbeitsvertragskonformer Inhalt der Weisung

Die angeordnete Tätigkeit im Getränkebereich müsste sich im arbeitsvertraglich vereinbarten Leistungsspektrum bewegt haben.

„Die Parteien haben bei Schließung der Waschstraße im Jahr 2003 einen neuen Arbeitsvertrag geschlossen. Danach wurde der Kl. als „**Ladenhilfe**“ weiterbeschäftigt und war dementsprechend grundsätzlich verpflichtet, sämtliche im Warenhaus anfallenden **Hilfsarbeiten** auszuführen. Das schließt die ihm zugewiesenen Arbeiten ein. Mit der im Jahr 2006 auf seinen Wunsch erfolgten **Umsetzung in die Frischwarenabteilung** hat sich die Bekl. ihres **Rechts**, ihm Arbeiten im Getränkebereich zuzuweisen, **nicht begeben**. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass sie zumindest darauf verzichtet hätte, ihn mit dem Ein- und Ausräumen alkoholhaltiger Getränke zu beauftragen.“ (BAG aaO)

Die angeordnete Tätigkeit im Getränkebereich bewegt sich demnach im arbeitsvertraglich vereinbarten Leistungsspektrum.

### cc) Berücksichtigung der Glaubensinteressen des Kl.

Fraglich ist jedoch, ob die Bekl. hat aber bei der Ausübung ihres Weisungsrechts auf die Glaubensüberzeugungen des Kl. hinreichend Bedacht genommen. Ihre Weisung, im Getränkebereich zu arbeiten, könnte insofern billigem Ermessen widersprechen.

#### (1) Pflicht zur Berücksichtigung von Glaubensinteressen

Die verfassungskonforme Auslegung und Anwendung von § 106 S. 1 GewO erfordert, dass die Bekl. das ihr bei der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts zukommende billige Ermessen auch an den Grundrechten des Arbeitnehmers ausrichtet.

*„Kollidieren diese mit dem Recht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer im Rahmen der gleichfalls **grundrechtlich geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit** (Art. 12 I 2 GG) eine von der vertraglichen Vereinbarung gedeckte Tätigkeit zuzuweisen, sind die gegensätzlichen Rechtspositionen grundrechtskonform auszugleichen. Dabei sind die **kollidierenden Grundrechte** in ihrer **Wechselwirkung** zu sehen und so zu begrenzen, dass sie im Sinne einer **praktischen Konkordanz** für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden. Insoweit gilt seit seinem Inkrafttreten für § 106 GewO nichts anderes als zuvor für § 315 I BGB (BAG, NZA-RR 2010, 640 = AP GG Art. 9 Nr. 141 = EzA GG Art. 9 Nr. 100; BAGE 103, 111 = NJW 2003, 1685 = NZA 2003, 483 [zu B II 3 c] m. w. Nachw.; Boecken, in: AnwK-ArbR, 2. Aufl., § 106 GewO Rn 92; ErfK/Preis, 11. Aufl., § 106 GewO Rn 6). Auf das **unverzichtbare Schutzminimum der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit** nach Art. 4 I GG ist Bedacht zu nehmen. Es ist die Intensität des umstrittenen Eingriffs ebenso zu berücksichtigen wie der Umstand, dass die Vertragspartner mit dem Abschluss des Vertrags in eine Begrenzung grundrechtlicher Freiheiten eingewilligt haben (vgl. BAGE 103, 111 = NJW 2003, 1685 = NZA 2003, 483 [zu B II 3 c] m. w. Nachw.; ErfK/Schmidt, 11. Aufl., Art. 4 GG Rn 25).“*

Ob und inwieweit der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Weisungsrechts auf die Glaubensüberzeugungen des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen muss, ist damit eine Frage des Einzelfalls.

*„Wenn die Weisung mit **fundamentalen, unüberwindbaren Glaubensüberzeugungen** des Arbeitnehmers kollidiert, wird es häufig nicht billigem Ermessen entsprechen, wenn der Arbeitgeber an ihr festhält und deren Befolgung verlangt. Das wird in der Regel auch bei einem erst im Anschluss an eine arbeitgeberseitige Weisung offenbaren Konflikt gelten. Zwar ist eine **Weisung** so lange, wie der Arbeitnehmer einen **Glaubenskonflikt noch nicht offenbart** hat, für den Arbeitnehmer **verbindlich**. Offenbart aber der Arbeitnehmer nach erhaltener Weisung einen solchen ernststen Konflikt, kann sich für den Arbeitgeber aus § 241 II BGB die Verpflichtung ergeben, von seinem Direktionsrecht unter Berücksichtigung der entgegenstehenden Belange des Arbeitnehmers erneut Gebrauch zu machen (vgl. BAG NJW 2010, 3112 = NZA 2010, 1119 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 33 Rn 27).“ (BAG aaO)*

Auch die **Glaubensfreiheit** ist nicht **ohne jede Schranke garantiert**. Beschränkt wird sie durch kollidierende Grundrechte oder Verfassungsaufträge (BVerfG, NJW 2009, 3151 Rn 14).

*„Hierbei ist auf Seiten des Arbeitgebers insbesondere zu berücksichtigen, dass die **Weisung durch Art. 12 I GG** oder durch andere grundrechtlich relevante Rechtsgüter **geschützt** ist, die ein – gegebenenfalls nur kurzfristiges – Hintanstellen der Glaubensüberzeugungen geboten erscheinen lassen. Auch wird der Arbeitgeber, gestützt auf Art. 12 I GG, unter Umständen erwarten und verlangen können, dass der **Arbeitnehmer** eine gewisse – knappe – **Ankündigungsfrist** einhält, um ihm eine möglichst reibungslose **organisatorische Umstellung** zu ermöglichen und Folgeschäden zu vermeiden.“ (BAG aaO)*

#### (2) Maßstäbe für Konfliktlösung

Die Frage, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung trotz eines ernststen, unüberwindbaren Glaubens- oder Gewissenskonflikts verbindlich zuweisen darf, hängt dagegen nicht ohne Weiteres von der **Vorhersehbarkeit des Konflikts** ab.



### (a) Vorhersehbarkeit für Arbeitnehmer

Fraglich ist zunächst, ob es darauf ankommt, dass der Arbeitnehmer bei Vertragsschluss hätte erkennen können, dass er sich zu mit seinem Glauben unvereinbaren Arbeiten vertraglich verpflichtet.

„Das ist ... dann nicht der Fall, wenn der **Arbeitnehmer** zwar **erkennen** konnte, er **verpflichtete sich zu Arbeiten**, die bestimmten Glaubensinhalten derjenigen Religion, welcher er angehört, widersprechen, er persönlich aber diese **Glaubensinhalte bei Vertragsschluss noch nicht als für sich verbindlich** angesehen hatte. Der Umstand, dass die Möglichkeit eines Glaubenskonflikts in diesem Sinne für den Arbeitnehmer vorhersehbar war, nimmt dessen späterer Erklärung, er berufe sich nunmehr auf seine (geänderte) Glaubensüberzeugung, nichts von ihrer rechtlichen Beachtlichkeit. Der aktuelle Glaubenskonflikt des Arbeitnehmers ist nicht deshalb weniger bedeutsam i. S. von Art. 4 I GG. Eine den **Konflikt gleichwohl ignorierende Arbeitsanweisung** des Arbeitgebers braucht der Arbeitnehmer unter diesen Voraussetzungen in der Regel **nicht zu befolgen**.“ (BAG aaO)

Eine andere Beurteilung kann geboten sein, wenn der **Arbeitnehmer bei Vertragsschluss bereits positiv wusste**, dass er die vertraglich **eingegangenen Verpflichtungen** um seiner Glaubensüberzeugungen willen sämtlich und von Beginn an **nicht würde erfüllen können**.

„Zum einen kann dies zu Zweifeln an der Ernsthaftigkeit seiner Überzeugungen führen. Zum anderen wird es einem Arbeitnehmer, der sich im Wissen um einen unvermeidlich auftretenden Glaubenskonflikt zur Erbringung der diesen auslösenden Arbeiten verpflichtet hat, nach **§ 242 BGB regelmäßig verwehrt** sein, sich gegenüber einer entsprechenden Arbeitsanweisung auf seinen Glauben zu berufen. Die Aufforderung zur Leistung vertragsgemäßer Arbeiten entspricht dann trotz des offenbaren Glaubenskonflikts billigem Ermessen. Mit der Weigerung, ihr nachzukommen, verletzt der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten.“ (BAG aaO)

Es ist daher festzustellen, dass der Arbeitgeber einen ihm offenbaren und beachtlichen Glaubens- oder **Gewissenskonflikt** des Arbeitnehmers bei der Ausübung seines Weisungsrechts **berücksichtigen muss**

„Dies setzt voraus, dass der Arbeitnehmer dar legt, ihm sei wegen einer aus einer spezifischen Sachlage folgenden **Gewissensnot** heraus **nicht zuzumuten**, die an sich vertraglich geschuldete **Leistung zu erbringen**. Lässt sich aus den festgestellten Tatsachen im konkreten Fall ein die verweigerte Arbeit betreffender Glaubens- oder Gewissenskonflikt ableiten, so unterliegt die Relevanz und Gewichtigkeit der Gewissensbildung keiner gerichtlichen Kontrolle (vgl. BAG, NZA 2004, 399 Os. = NJOZ 2004, 1258 = AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 2 [zu B II 5 b dd]; BAGE 62, 59 = NJW 1990, 203 = NZA 1990, 144 ).“ (BAG aaO)

### (3) Vorliegen von schützenswerten Glaubensinteressen

Es kommt also zunächst darauf an, ob hier grundrechtlich geschützte Glaubensinteressen des Kl. bei dessen Weigerung tatsächlich und nachvollziehbar eine Rolle spielen.

#### (a) Gewährleistungsgehalt der Glaubensfreiheit

„Die Glaubensfreiheit gem. Art. 4 I GG gewährleistet dem Einzelnen einen **Rechtsraum**, in dem er sich die Lebensform zu geben vermag, die seiner Überzeugung entspricht (BVerfGE 12, 1 = NJW 1961, 211 [zu II 1]). Zu ihr gehört nicht nur die **innere Freiheit, zu glauben** oder nicht zu glauben, sondern auch das Recht des Einzelnen, sein **gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten** und seiner inneren Glaubensüberzeugung gem. zu handeln (BVerfGE 32, 98 = NJW 1972, 327 [zu B II 1] m. w.N.).“ (BAG aaO)

#### • Zahlenmäßige Stärke der Zugehörigen irrelevant

„Das Grundrecht ist offen für die Entfaltung verschiedener Religionen und Bekenntnisse. **Unbeachtlich** ist die **zahlenmäßige Stärke** oder Relevanz einer bestimmten Glaubenshaltung. Unter den Schutzbereich des Art. 4 GG fallen auch Verhaltensweisen, die **nicht allgemein von den Gläubigen geteilt** werden (BVerfGE 32, 98 = NJW 1972, 327).

Für eine zulässige Berufung auf Art. 4 GG kommt es nur darauf an, dass das **Verhalten wirklich von einer religiösen Überzeugung getragen** und nicht anders motiviert ist. Andernfalls würde den Gerichten eine Bewertung von Glaubenshaltungen oder die Prüfung von theologischen Lehren aufgebürdet, die sie weder leisten können noch leisten dürfen (BAGE 103, 111 = NJW 2003, 1685 = NZA 2003, 483 [zu B II 3 c aa]).“ (BAG aaO)

- **Begriff der Gewissensentscheidung**

„Als Gewissensentscheidung ist jede ernste sittliche, d. h. an den Kategorien „gut“ und „böse“ orientierte Entscheidung anzusehen, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte. Die Gewissensfreiheit überschneidet sich mit der Glaubensfreiheit insoweit, als sie auch das religiös fundierte Gewissen schützt (vgl. BVerfGE 33, 23 = NJW 1972, 1183 [zu B II 1]; BVerwGE 94, 82 = NVwZ 1994, 578 = NJW 1994, 1889 L).“ (BAG aaO)

**(b) Anforderungen an Berufung auf Gewissennot aus Glaubensgründen**

Zunächst trifft denjenigen Arbeitnehmer, der sich gegenüber einer nach dem Arbeitsvertrag geschuldeten Arbeitsleistung darauf beruft, die Erfüllung der Arbeitspflicht bringe ihn aus religiösen Gründen in Gewissennot, die **Darlegungslast** für einen **konkreten und ernsthaften Glaubenskonflikt**. Die nicht ernsthafte, möglicherweise nur vorgeschobene Berufung auf bestimmte Glaubensinhalte und -gebote kann keine Beachtung finden.

„Auch wenn **Glaubensüberzeugungen keiner Nachprüfung** anhand von Kriterien wie „irrig“, „beachtlich“ oder „unbeachtlich“ unterliegen, muss doch **erkennbar** sein, dass der Arbeitnehmer den von ihm ins Feld geführten Ge- oder Verboten seines Glaubens **absolute Verbindlichkeit** beimisst (zur Gewissensentscheidung vgl. BAGE 62, 59 = NJW 1990, 203 = NZA 1990, 144 [zu B I 2 b bb]; s. auch BVerwGE 94, 82 = NVwZ 1994, 578 = NJW 1994, 1889 L; sowie die sich auf diese Entscheidung beziehende Gesetzesbegründung zu § 20 I Nr. 4 AGG [BR-Dr 329/06, S. 48]). Dazu müssen die betreffenden **Verbote** in Fällen der vorliegenden Art die **Arbeitsverweigerung** gewissermaßen „decken“. Ihre konkrete Reichweite, was die vertraglichen Pflichten betrifft, deren Erfüllung sie entgegenstehen soll, muss sich aus den Darlegungen des Arbeitnehmers unzweifelhaft ergeben. Nur so kann der Arbeitgeber erkennen, welchen Gebrauch er von seinem Direktionsrecht noch machen kann.“ (BAG aaO)

Es kommt daher darauf an, ob der Kl. entsprechenden dargelegt hat, dass es seiner ernsthaften religiösen Überzeugung entspricht, sich als gläubiger Moslem jeglicher Mitwirkung am Alkoholverkauf zu enthalten zu haben.

„Der Kl. hat aufgezeigt, dass er sich durch verbindliche Ge- oder Verbote seines Glaubens daran gehindert sieht, der Weisung vom 25.02. 2008 nachzukommen, soweit sie ihn dazu verpflichtet, durch das Umräumen und Bereitstellen alkoholischer Getränke an deren Verkauf mitzuwirken. Ob dieses Verständnis der islamischen Schriften der **herrschenden Glaubenslehre** entspricht, mag **bezweifelt** werden, ist jedoch nach dem verfassungsrechtlich gebotenen, **subjektiven Gewissensbegriff** nicht entscheidend.

Der Kl. hat sich darauf berufen, er habe [das Befüllen von Regalen mit alkoholischen Getränken] zunehmend als **gewissensbelastend** empfunden und sich **zwischenzeitlich** dazu entschlossen, **strikt** nach den Vorgaben seines Glaubens zu leben. Als ein äußeres Zeichen hierfür kann seine im Jahr 2007 geäußerte Bitte gelten, ihm andere Arbeit zu übertragen, auch wenn er seinen Glaubenskonflikt seinerzeit gegenüber der Bekl. nicht ausdrücklich offenbart haben sollte.“ (BAG aaO)

Demnach hat der Kläger seinen Gewissenkonflikt bei der Befolgung der arbeitgeberseitigen Weisung hinreichend dargelegt.

**(4) Ermessensausübung**

Gemessen an diesen Abwägungsgesichtspunkten entsprach die Arbeitsanweisung der Bekl. nicht billigem Ermessen gem. § 106 S. 1 GewO.

„Der vom Kl. aufgezeigte Glaubenskonflikt fällt in den Schutzbereich des Art. 4 GG. Der Konflikt bestand nach den Feststellungen des LAG ernsthaft. Der Kl. wusste weder bei dem

*ursprünglichen Vertragsschluss noch bei der späteren Vertragsänderung, dass er unweigerlich auftreten würde.“ (BAG aaO)*

Die Arbeitsanweisung der Bekl. vom 25.02.2008 widersprach damit billigem Ermessen und war unverbindlich. Der Kl. hat mit seiner Weigerung, ihr Folge zu leisten, seine vertraglichen Pflichten nicht verletzt.

### (5) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen für eine verhaltensbedingte Kündigung nach § 111 KSchG lagen nicht vor.

## III. Vorliegen von Gründen für eine personenbedingte Kündigung, § 1 II KSchG

Allerdings könnte die Kündigung aus personenbedingten Gründen gerechtfertigt sein. Zwar ist der Arbeitnehmer an eine Arbeitsanweisung des Arbeitgebers, die nicht der Billigkeit entspricht, nicht gebunden. Allerdings schränkt die **religiös begründete Begrenzung des Weisungsrechts** des Arbeitgebers den auf wirksam ausgeübter Vertragsfreiheit (Art. 12 I GG) beruhenden Inhalt des Arbeitsvertrags als solchen nicht ein.

*„Der vertraglich vereinbarte Tätigkeitsumfang reduziert sich wegen des Glaubenskonflikts nicht etwa von vornherein auf den konfliktfreien Bereich. Vielmehr ist der Arbeitnehmer **aus persönlichen Gründen außer Stande**, einen **Teil der vertraglich (weiterhin) versprochenen Leistungen zu erbringen**. Auf Grund dieses Umstands kann eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch einen **in seiner Person liegenden Grund** nach § 1 II KSchG gerechtfertigt sein (BAG, NZA 2004, 399 Os. = NJOZ 2004, 1258 = AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 2 [zu II 5 b dd] m. w.N.).“ (BAG aaO)*

### 1. Maßstab für personenbedingte Kündigung bei berechtigter Nichterfüllung vertraglicher Pflichten aus Gründen eines Glaubenskonflikts

Die berechtigte Nichterfüllung der Vertragspflichten wegen eines Glaubenskonflikts berechtigt den Arbeitgeber nicht ohne weiteres zu einer personenbedingten Kündigung.

*„Ist der Arbeitnehmer auf Grund eines offenbaren beachtlichen Glaubenskonflikts teilweise außer Stande, seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen, berechtigt dies den Arbeitgeber gleichwohl nicht zur Kündigung, wenn er den Arbeitnehmer im Betrieb oder Unternehmen entweder **innerhalb des vertraglich vereinbarten Leistungsspektrums** oder aber **zu geänderten Vertragsbedingungen** unter Vermeidung des Konflikts **sinnvoll weiterbeschäftigen** kann (vgl. dazu BAG, NJW 2010, 3467 = NZA 2010, 1234 = AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 31 = EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 25 Rn. 15; BAGE 103, 111 = NJW 2003, 1685 = NZA 2003, 483 [zu B II 2 a]).“ (BAG aaO)*

Ergibt sich, dass keine andere sinnvolle Einsatzmöglichkeit besteht, so kann eine personenbedingte Kündigung gerechtfertigt sein.

### 2. kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Allerdings könnte eine personenbedingte Kündigung nach der aus Glaubensgründen gerechtfertigten Weigerung, einer Arbeitsanweisung nachzukommen, gegen das Diskriminierungsverbot des AGG verstoßen.

*„Eine **unmittelbare Benachteiligung** des Kl. wegen seiner Religion i. S. von § 7 I i. V. mit §§ 1, 3 I AGG **scheidet aus**. Die Kündigung ist **nicht deshalb** erfolgt, weil der Kl. **Moslem** ist, sondern weil er sich außer Stande sieht, bestimmte vertraglich eingegangene Verpflichtungen zu erfüllen. Auch eine **mittelbare Diskriminierung** liegt nicht vor. Unabhängig davon, ob mit einer solchen Kündigung eine besondere Benachteiligung i. S. von § 3 II AGG einhergehen kann, ist es jedenfalls durch ein **rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt** und als Mittel zu dessen Erreichung angemessen und erforderlich, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer beendet, der wegen seiner Glaubensüberzeugungen **subjektiv nicht in der Lage** ist, die **vertraglich übernommenen Aufgaben zu verrichten, und anderweitig nicht eingesetzt** werden kann.“ (BAG aaO)*

### 3. Anwendung auf den Fall

*„Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des LAG kann nicht beurteilt werden, ob die Kündigung vom 05.03.2008 i. S. von § 1 II KSchG sozial gerechtfertigt ist. Der Kl. hat **nachvollziehbar dargelegt**, dass er sich an das **islamische Alkoholverbot** gebunden fühle, aus dem er ableite, auch das Einräumen alkoholischer Getränke unterlassen zu müssen. Seine hierauf gestützte Weigerung, im Getränkebereich im Kontakt mit alkoholischen Getränken zu arbeiten, berechtigte die Bekl. nur dann zur Kündigung, wenn keine andere, den Glaubenskonflikt vermeidende und ihr den Umständen nach **zumutbare Möglichkeit einer Beschäftigung** bestanden hat. Dazu, ob eine solche Alternative gegeben war, hat das LAG keine ausreichenden Feststellungen getroffen.“ (BAG aaO)*

### 4. Ergebnis: Die Sache war zurückzuweisen.

(LG Düsseldorf in NSTZ-RR 2011, 355; Urteil vom 06.05.2011 – 29 Ns 3/11;  
OLG Köln in NSTZ-RR 2011, 354; Urteil vom 19.07.2011 – 1 RVs 138/11)

1. Es liegt **kein Verkehrsunfall** i.S. des § 142 StGB vor, wenn beim Beladen eines Kfz einer der vom Kunden benutzten **Einkaufswagen** auf der Parkfläche eines Einkaufszentrums wegerollt, **gegen einen fremden Pkw stößt** und diesen beschädigt (LG Düsseldorf aaO).
2. Ein „**Unfall im Straßenverkehr**“ i.S. des § 142 I StGB liegt vor, **wenn** der Führer eines auf öffentlicher Straße geparkten Lkw **beim Ladevorgang** ein Teil des Ladegutes statt auf die Ladefläche versehentlich gegen die Seitenwand des Lkw wirft und ein **anderes Fahrzeug** durch das abprallende Teil **beschädigt wird** (OLG Köln aaO).

#### A. Verkehrsunfall bei Kollision mit Einkaufswagen (LG Düsseldorf in NSTZ-RR 2011, 355)

**Fall:** Der Angekl. suchte mit einem Lkw ein Einkaufszentrum auf und begab sich nach den Einkäufen mit 2 Einkaufswagen zu dem auf dem Parkplatz abgestellten Lkw. Beim Ausladen eines der Einkaufswagen geriet der andere Einkaufswagen selbstständig ins Rollen, prallte gegen ein in einer gegenüberliegenden Parklücke abgestelltes Fahrzeug und verursachte an diesem einen Sachschaden in Höhe von 1.496,78 €. Der Angekl. holte den Einkaufswagen zurück, obwohl er die Beschädigung des anderen Pkw wahrgenommen hatte und verließ den Ort des Geschehens, um sich den Feststellungen zu entziehen.

Der Angekl. könnte sich damit wegen **unerlaubten Entfernens vom Unfallort nach § 142 I StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Der Tatbestand des unerlaubten Entfernens vom Unfallort setzt einen **Unfall im Straßenverkehr** voraus.

Dies ist jedes **plötzliche Ereignis**, das **mit dem Straßenverkehr und seinen Gefahren ursächlich zusammenhängt** und zu einem **nicht völlig belanglosen Personen- oder Sachschaden** führt (vgl. BGH NJW 2002, 626).

- II. Vor diesem Hintergrund **genügt nicht jedwede**, i.S. der Bedingungstheorie **ursächliche Verknüpfung des Schadensereignisses mit einem Verkehrsgeschehen** zur Annahme eines Unfalls im Straßenverkehr. Vielmehr setzt dies einen **straßenverkehrsspezifischen Gefahrezusammenhang** voraus. Es müssen sich in dem Verkehrsunfall gerade die typischen Gefahren des Straßenverkehrs verwirklicht haben (BGH NJW 2002, 626).

1. Gleichwohl werden von der **überwiegenden Auffassung in Rspr. und Lit.** auch Kollisionen zwischen Einkaufswagen, rollbaren Müllcontainern etc. und einem geparkten Pkw als vom Tatbestand des § 142 StGB erfasst angesehen.

vgl. OLG Koblenz MDR 1993, 366; OLG Stuttgart VRS 47 (1974), 15; LG Berlin NSTz 2007, 100; LG Bonn NJW 1975, 178; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 142 Rn 17; Geppert, LK-StGB, 11. Aufl., § 142 Rn 25; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 142 Rn 6; Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StraßenverkehrsR, 21. Aufl., § 142 StGB Rn 4

2. **LG Düsseldorf aaO lehnt diese Auffassung ab.**

vgl. hierzu auch AG Tiergarten NJW 2008, 3728; Rudolphi/Stein, SK-StGB § 142 Rn 12; MüKo-StGB/Zopfs, § 142 Rn 34; Schild, NK-StGB, 2. Aufl., § 142 Rn 39; ders., AK-StGB, § 142 Rn 99; Weigend JR 1993, 115; vgl. auch Heghmanns, Strafrecht für alle Semester, BT, 2009, Rn 527

- a) Bereits der **Gesetzeswortlaut** legt – ausgehend von der allgemeinen Auffassung, dass es für das Merkmal eines „Unfalls im Straßenverkehr“ jedenfalls nicht ausreicht, wenn sich der Vorfall im öffentlichen Verkehrsraum ereignet (BGH NJW 2002, 626) – eine Auslegung nahe, die Vorgänge, die keinen Zusammenhang mit der Fortbewegung wenigstens eines der Beteiligten mittels eines Fahrzeuges aufweisen, vom Tatbestand des § 142 StGB ausnimmt.

*„So mag es zwar etwa möglich sein, die Beschädigung eines Fahrzeuges beim Ein- und Aussteigen aus einem nebenstehenden Fahrzeug noch als Teil der Fortbewegung und somit als Unfall im Straßenverkehr zu begreifen (vgl. AG Berlin-Tiergarten NJW 2008, 3728; Zopfs, § 142 Rn 34;*



*vgl. auch OLG Stuttgart NJW 1969, 1726: Hinunterklappen der Bordwand eines parkenden Lkw). Einen Vorgang wie den vorliegenden, der mit der Bewegung mittels der beiden – im weitesten Sinne – involvierten Fahrzeuge (des Pkw und des Lkw) keinen Zusammenhang aufweist, sondern allein auf die Bewegung des Einkaufswagens, der selbst kein Fahrzeug darstellt (vgl. § 24 StVO; Heghmanns, Rn 527, 473f.), zurückzuführen ist, dürfte jedoch bereits im allgemeinen Sprachgebrauch (vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl., § 1 Rn 10) nicht als „Unfall im Straßenverkehr“ angesehen werden.“ (LG Düsseldorf aaO)*

- b) Entscheidend **spricht** aber der **Schutzzweck der Norm gegen eine Einbeziehung derartiger Vorgänge** in den Tatbestand des § 142 StGB.

*„Die Feststellungsduldungspflicht, deren Verletzung § 142 StGB mit Strafe bedroht, stellt eine Besonderheit des Straßenverkehrsrechts dar (vgl. OLG Stuttgart VRS 47, 15). Denn außerhalb des Straßenverkehrs besteht grds. weder bei vorsätzlichem noch bei fahrlässigem Verhalten eine strafrechtlich bewehrte Verpflichtung, am Ort des schädigenden Ereignisses zu verbleiben und die in § 142 StGB genannten Feststellungen zu ermöglichen bzw. eine angerissene Zeit zu warten, obwohl auch bei Vorgängen außerhalb des Straßenverkehrs die Vermögensinteressen des Geschädigten in gleicher Weise berührt sein mögen (zu den wenigen weiteren Sonderregelungen in Randbereichen vgl. Fischer, § 142 Rn 4).*

*Die Legitimation dieser im Jahr 1940 unter Ausdehnung des Tatbestandes in das Kernstrafrecht übernommenen Ausnahmvorschrift wird daraus hergeleitet, dass im Straßenverkehr auf Grund der Geschwindigkeit der Abläufe und der relativen Anonymität der Beteiligten die Vermögensinteressen des Gesch. und die **Sicherung seiner zivilrechtlicher Entschädigungsansprüche** in besonderer, über das gewöhnliche Maß hinausgehender Weise gefährdet sind und deshalb **besonderen, auch strafrechtlichen Schutzes** bedürfen (Geppert, § 142 Rn 3, 25; vgl. aber Schünemann DAR 1998, 424: „verfassungswidrige Überkriminalisierung“; kritisch auch Fischer, § 142 Rn 4: „Anachronismus“ und Sternberg-Lieben, § 142 Rn 1a a.E., m. w. Nachw.).“ (LG Düsseldorf aaO)*

Eine Auslegung des Tatbestandes hat daher den oben genannten Schutzzweck zu berücksichtigen und sich innerhalb der durch ihn gezogenen Grenzen zu bewegen. Angesichts des dargelegten **Ausnahmecharakters der Feststellungsduldungs- und Wartepflicht im Straßenverkehr** besteht keine Veranlassung zu einer Auslegung, welche die Strafbarkeit über den genannten eingeschränkten Schutzzweck hinaus ausdehnt.

*„Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze fehlt es nach der Auffassung des Gerichts in der vorliegenden Konstellation an dem erforderlichen straßenverkehrsspezifischen Gefahrezusammenhang und somit an einem Unfall im Straßenverkehr: Denn die Fortbewegung mittels des auf dem Parkplatz abgestellten Fahrzeuges mag zwar den ursprünglichen Anlass gebildet haben, weshalb der schädigende Einkaufswagen zum Be- und Entladen in die Position verbracht wurde, von der aus er sodann selbsttätig gegen das weitere geparkte Fahrzeug rollen konnte. Es liegt insoweit zwar ein **Kausalzusammenhang im weitesten Sinne** zwischen der Fortbewegung mittels des Lkw und dem schädigenden Ereignis vor. Jedoch **fehlt es an der darüber hinausgehenden Voraussetzung eines straßenverkehrsspezifischen Gefahrezusammenhanges.***

*Denn das **Wegrollen eines Einkaufswagens** auf einem Parkplatz **hat mit der besonderen Schadensträchtigkeit und Typizität gerade des öffentlichen Straßenverkehrs nichts zu tun** (so ausdrücklich Rudolphi/Stein, § 142 Rn 12).*

*Von einer **Realisierung gerade der Gefahren des öffentlichen Straßenverkehrs** in diesem Sinne kann vielmehr nur dann gesprochen werden, wenn zum einen zumindest auf der Seite eines Beteiligten ein Fahrzeug i.S. der StVO involviert ist (Heghmanns, Rn 527 mwN; a.A. Fischer, § 142, Rn 9) und zum anderen der Unfall Ausdruck gerade derjenigen Gefahren ist, die mit der Fortbewegung mittels dieses Fahrzeuges verbunden sind (Rudolphi/Stein, § 142, Rn 12; Zopfs, § 142, Rn 34).*

*Das Gericht verkennt dabei nicht, dass nach dem Wortlaut des § 142 StGB die Beteiligung eines Fahrzeuges nicht vorausgesetzt wird. Danach würde vielmehr selbst der Zusammenprall zweier Fußgänger ausreichen (vgl. Fischer, § 142 Rn 9). Die oben genannte Einschränkung ergibt sich aber aus dem oben dargelegten **Sinn und Zweck der Norm**, denn nur bei Beteiligung eines Fahrzeuges und einer Realisierung der mit seiner Fortbewegung verbundenen Gefahren besteht eine gegenüber sonstigen Schadenssituationen besondere Gefährdung der Vermögensinteressen des Gesch., die eine strafbewehrte Feststellungsduldungspflicht zu rechtfertigen vermag.*

*Der erforderliche straßenverkehrsspezifische Gefahrezusammenhang setzt dabei nicht notwendig voraus, dass das Fahrzeug im Unfallzeitpunkt bewegt wird („ruhender Verkehr“, etwa im oben genannten Fall der Beschädigung des benachbarten Fahrzeuges beim Ein- und Aussteigen). Die Grenzen des Tatbestandes sind aber überschritten, wenn – wie im vorliegenden Fall – das Gefahrenpotential der beiden zur Fortbewegung genutzten Fahrzeuge und der Fortbewegung als solcher in keiner Weise zur Entstehung des Unfalls beigetragen hat.“ (LG Düsseldorf aaO)*

- c) Nach der Auffassung des LG Düsseldorf aaO kann das **Wegrollen eines Einkaufswagens** auch **nicht als Teil eines „Transportvorganges“** zum verkehrstypischen Geschehen erklärt werden.

*„Insoweit lassen die dahingehenden Stellungnahmen (trotz Bezugnahme auf das Erfordernis des straßenverkehrsspezifischen Gefahrezusammenhangs, vgl. OLG Koblenz MDR 1993, 366) in der Sache letztlich einen lediglich kausalen, aber gerade nicht straßenverkehrsspezifischen Gefahrezusammenhang für die Begründung der Strafbarkeit ausreichen, was jedoch dem o.g. Schutzzweck des § 142 StGB nicht gerecht wird. Denn die Gefahr einer Sachbeschädigung durch einen infolge Unachtsamkeit beim Be- oder Entladen eines stehenden Fahrzeuges wegrollenden Einkaufswagen stellt **keine Realisierung der spezifischen Gefahren der Fortbewegung mittels des Fahrzeuges** dar. Vielmehr handelt es sich um die Verwirklichung der Gefahren der Verwendung eines rollenden **Einkaufswagens** (LG Marburg NJW-RR 1994, 221), **der selbst kein Fahrzeug darstellt** (§ 24 StVO; vgl. aber OLG Koblenz MDR 1993, 366 („ungewöhnliches Verkehrsmittel“) und OLG Stuttgart VRS 47, 15 [„schwer lenkbare Fahrzeuge“]). Diese Gefahren kommen wiederum allenfalls aus Anlass der vorangehenden Fortbewegung mittels eines Fahrzeuges zum Tragen, stehen jedoch nicht in einem hinreichend engen Zusammenhang mit einer Verkehrsteilnahmebehandlung (OLG Koblenz MDR 1994, 366; Geppert, § 142 Rn 25). Dies zeigt sich bereits daran, dass ein solches Schadensereignis auch in Fällen denkbar ist, in denen der Einkaufswagen nicht zum Beladen eines Fahrzeuges verwendet wird (sondern etwa direkt zur Wohnung geschoben wird) oder der Einkaufswagen wegrollt, während der Benutzer in großer Entfernung vom Fahrzeug etwa in ein Gespräch verwickelt wird, oder aber das Fahrzeug zu diesem Zeitpunkt bereits vom Parkplatz entfernt wurde (vgl. dazu AG Lünen NJW-RR 1994, 26).“ (LG Düsseldorf aaO)*

## B. Verkehrsunfall bei Beladen eines Lkw (OLG Köln in NSTZ-RR 2011, 354)

**Fall:** Der Angekl. ist selbstständiger Schrotthändler. Am 19.04. führte der Angekl. seinen Lkw im Bereich U, um Schrott zu sammeln. Der Zeuge X befand sich zu dieser Zeit vor dem I-Weg in U, wo er bei der Demontage einer Heizung half. Da er das „Bimmeln“ des Schrotthändlers gehört hatte, stellte er diverse Bleche vor dem Haus ab und hielt den Angekl., als der mit seinem Lkw vorbeikam, an, weil dieser die Bleche mitnehmen sollte. Der Angekl. parkte seinen Lkw rechts auf der Straße und stieg aus, um die Blechteile aufzuladen. Rechts neben dem Lkw stand in einer Entfernung von wenigen Metern der dort ordnungsgemäß geparkte Pkw VW. X reichte dem auf dem Vorplatz vor dem Haus zwischen Pkw und Lkw stehenden Angekl. die Bleche an, welche dieser sodann über die Seitenwände auf die Ladefläche des Lkw warf. Eines der Bleche warf er nicht hoch genug, so dass es nicht über die Seitenwand flog, sondern von außen gegen die Seitenwand der Ladefläche prallte und von dort zurückflog und gegen die A-Säule des geparkten Pkw VW fiel und den Pkw beschädigte. Es entstand eine sichtbare Beschädigung im unteren Bereich der A-Säule des Pkw. Die Reparatur des Schadens kostete ohne Mehrwertsteuer rund 1.890 €.

Der Angekl. hatte bemerkt, dass durch seinen Fehlwurf das geparkte Fahrzeug beschädigt worden war. Er hob die Blechplatte vom Boden auf und warf sie auf den Lkw. Er kümmerte sich dann aber nicht weiter um den Schaden, sondern beendete seine Ladetätigkeiten, obwohl noch nicht alle Bleche aufgeladen waren, und stieg in seinen Lkw mit dem Bemerkten zum Zeugen X, er müsse sofort weg, er käme aber wieder. Er fuhr sodann davon, ohne allerdings zum Unfallort zurückzukehren.

Zu prüfen ist, ob der Angekl. sich wegen **unerlaubten Entfernens vom Unfallort nach § 142 I StGB** strafbar gemacht hat.

Dies setzt voraus, dass es sich bei der Beschädigung des Pkw um einen „Unfall im Straßenverkehr“ i. S. des § 142 I StGB handelt.

- I. Wie bereits zuvor unter A I u. II dargelegt, ist ein Unfall in diesem Sinne **jedes schädigende Ereignis, das mit dem Straßenverkehr und seinen Gefahren ursächlich zusammenhängt**, wobei jedoch nicht jedwede ursächliche Verknüpfung des Schadensereignisses mit einem Verkehrsgeschehen genügt, sondern ein **straßenverkehrsspezifischer Gefahrezusammenhang** vorliegen muss.

Eine solche **Reduzierung des Tatbestandes ist erforderlich**, um schädigende Geschehensabläufe von der Bewertung als „Verkehrsunfall“ auszuschließen, die völlig außerhalb des Straßenverkehrs liegen. Auszuschließen sind danach Geschehensabläufe, bei denen der öffentliche Verkehrsraum eher zufälliger Art und der eingetretene Schaden weniger die unmittelbare Folge eines Verkehrsvorganges als vielmehr das **Ergebnis ausschließlich verkehrsfremden Verhaltens** ist (Geppert, LK-StGB, 12. Aufl., § 142 Rn 23; vgl. BGHSt 47, 158 = NJW 2002, 626 = NZV 2002, 236).

- II. Dass sich in dem Schadensereignis ein verkehrstypisches Unfallrisiko realisiert hat, kann jedenfalls dann nicht angenommen werden, wenn ein Verhalten schon nach seinem **äußeren Erscheinungsbild keine Auswirkung des allgemeinen Verkehrsrisi-**

**kos**, sondern einer deliktischen Planung ist (BGHSt 47, 158 = NJW 2002, 626 = NZV 2002, 236).

Darüber hinaus gestaltet sich die **Grenzziehung zwischen straßenverkehrstypischen und verkehrstypischen Schadensrisiken schwierig** (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 142 Rn 18,19 m. w. Nachw.). Insbesondere ist die **Unterscheidung zwischen fließendem und ruhendem Verkehr kein Abgrenzungskriterium**.

Als Schadenereignisse i.S. des § 142 StGB kommen nämlich auch solche im ruhenden Verkehr in Betracht, wenn sie verkehrsbezogene Ursachen haben (OLG Stuttgart NJW 1969, 1726; LG Bonn NJW 1975, 178; OLG Köln VRS 65, 431; Sternberg-Lieben, § 142 Rn 14; Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StVR, 21. Aufl., § 142 StGB Rn 4). Wer sein Fahrzeug auf öffentlichem Grund abstellt, ist während der gesamten Dauer des Parkens Verkehrsteilnehmer (Burmann u.a., § 1 StVO Rn 19). Das Be- und Entladen von haltenden oder parkenden Fahrzeugen ist **verkehrsbezogener Teil** des ruhenden Verkehrs, wenn ein innerer Zusammenhang mit der Funktion eines Kraftfahrzeugs als Verkehrs- und Transportmittel besteht (vgl. OLG Stuttgart NJW 1969, 1726; Deutscher VRR 2009, 70 – abl. Anm. zu AG Tiergarten, NJW 2008, 3728; Burmann, § 7 StVG Rn 10). Das Be- und Entladen umfasst auch Nebenrichtungen, die auf Grund ihrer notwendigen Zugehörigkeit als deren Bestandteil erscheinen (Heß, § 1 StVO Rn 25).

- II. Danach ist nach Auffassung des OLG Köln aaO in dem hier vorliegenden Fall ein **verkehrsbezogener Zusammenhang** zu bejahen.

*„[Die] Abgrenzungserwägung, ein solcher Zusammenhang läge nur vor, wenn der Schaden an dem Pkw durch ein vom Lkw herabgefallenes Ladungsteil verursacht worden wäre, greift zu kurz: Ist das **Be- und Entladen verkehrsbezogener Teil des ruhenden Verkehrs**, dann macht es bezogen auf das Tatbestandsmerkmal „Unfall im Straßenverkehr“ keinen Unterschied, ob ein bereits geladener Gegenstand vom geparkten Fahrzeug herunterfällt oder der Schaden bereits beim Beladen des Fahrzeugs oder erst später beim Entladen entsteht (Deutscher VRR 2009, 70). **Dem Schutzbereich des § 142 StGB unterfallen gerade solche Geschehensabläufe im öffentlichen Straßenverkehr, die mit einem erhöhten Unfall- und Schadensrisiko sowie – wegen der Beteiligung eines Fahrzeugs – mit dem Risiko eines schnellen Entfernens des Verursachers vom Unfallort und damit einem gesteigerten Aufklärungsinteresse anderer Verkehrsteilnehmer einhergehen** (vgl. Geppert, § 142 Rn 23). Dazu gehören aber insbesondere auch Ladevorgänge, und zwar gerade – wie vorliegend – fehlerhafte.“* (OLG Köln aaO)

**Untreue**  
**Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung**  
**bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen**

(BGH in GmbHR 2011, 1098; Beschluss vom 11.08.2011 – 1 StR 295/11)

1. **Bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen**, die den Tatbestand des § 266a II StGB erfüllen, **wirkt die Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung** i. d. R. regelmäßig **nicht tatbestandsausschließend**.
2. Bei dem **Tatbestand des § 266a II Nr. 1 StGB** handelt es sich um ein **Erfolgsdelikt**, das an ein aktives Tun anknüpft. Nur im Rahmen des **Tatbestands des § 266a II Nr. 2 StGB** ist ein **echtes Unterlassungsdelikt** gegeben.
3. Anders als § 266a I StGB enthält der Tatbestand des § 266a II StGB über die Nichtzahlung hinausgehende **Unrechtselemente**: Hierbei ist zwischen den das Unrecht des Tatbestands prägenden Tathandlungen des § 266a II StGB und dem Vorenthalten als deren Folge **keine strikte äquivalente Kausalität** in dem Sinne **erforderlich**, dass der Arbeitgeber ohne die Tathandlung – also bei ordnungsgemäßen Angaben – die Beiträge gezahlt haben müsste. Der Zusammenhang ist vielmehr wie im Fall des gleichlautenden § 370 I AO funktional zu verstehen.
4. **Soweit der Tatbestand des § 266a I StGB ebenfalls durch betrugsähnliche, in § 266a II StGB beschriebene Handlungen verwirklicht** und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung vorenthalten werden, **finden die für echte Unterlassensdelikte geltenden allgemeinen Grundsätze ebenfalls keine Anwendung**.

**Fall:** Der Angekl. A hat zahlreiche Arbeitnehmer in „Druckerkolonnen“ beschäftigt, die außerhalb der gesetzlichen Regelungen für Haustürgeschäfte und ohne die für sie geltenden Schutzbestimmungen des Handelsvertreterrechtes zumeist Zeitschriften-Abonnements, Telefonanschlüsse oder vorgeblich gemeinnützige Spenden einwarben. Keiner der illegal („schwarz“) beschäftigten Mitarbeiter war angemeldet, der Angekl. führte keinerlei Steuern- und Sozialversicherungsabgaben ab.

Zu prüfen ist, ob der Angekl. sich wegen **Vorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsentgelt nach § 266a II StGB** strafbar gemacht hat.

- I. Grds. macht sich nach § 266a I StGB strafbar, wer der Einzugsstelle **Arbeitnehmeranteile vorenthält**.

Mancher Arbeitgeber erspart sich die **Arbeitgeberanteile** gleich mit. Eine solche Vorgehensweise ließ sich bis zum 31.07.2004 über § 263 StGB erfassen; der Schaden bestand in den nicht abgeführten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteilen. Problematisch war jedoch der Fall, in dem eine Meldung an die Einzugsstelle überhaupt nicht erfolgt war, da dann eine Täuschungshandlung nicht gegeben war; dann blieben über § 266a I StGB nur die nicht abgeführten Arbeitnehmeranteile strafrechtlich relevant.

Um hier Abhilfe zu schaffen, führte der Gesetzgeber - nicht etwa nach dem Vorbild des § 266a I StGB, sondern in Anlehnung an § 370 AO mit Vorrang vor § 263 StGB - den auf vom Arbeitgeber zu tragende und abzuführende Lohnanteile beschränkten § 266a II StGB ein:

- II. **Für die Abs. 1 und 2 des § 266a StGB gelten** nicht nur ganz **unterschiedliche Strafbarkeitsvoraussetzungen**, sondern das Gesetz verlangt die strikte Aufteilung in von Abs. 1 erfasste Arbeitnehmer- und unter Abs. 2 fallende Arbeitgeberanteile. Hier stellte sich die Frage, wie dies geschehen soll, wenn überhaupt keine Anmeldung des Arbeitsverhältnisses erfolgt ist (vgl. z. B. BGH NSTz 2010, 635; NSTz 2011, 161; NSTz-RR 2010, 376 = NJW 2011, 97 = StV 2011, 347).

**Unterschiede** bestehen im Hinblick auf die **Unmöglichkeit der Pflichterfüllung**: Wer die Arbeitnehmeranteile mangels liquider Mittel nicht abzuführen in der Lage ist, kann wegen dieser Unterlassung nicht gem. § 266a I StGB bestraft werden. Für die Arbeitgeberanteile ist Tathandlung gem. § 266a II StGB hingegen nur die **sozialrechtliche Meldung**. Diese kann



jedoch trotz fehlender Finanzmittel erfolgen. Mit der wirtschaftlichen Lage lässt sich die Unmöglichkeit der gem. § 266a II Nr. 2 StGB strafbaren Unterlassung demgemäß nicht begründen. Dies führt zur Frage der gespaltenen Unmöglichkeit: Beschränken fehlende Finanzen die Strafbarkeit des Arbeitgebers auf § 266a II StGB?

1. Die in den „Drückerkolonnen“ des Angekl. beschäftigten Personen waren vollständig in den Betrieb des Unternehmens des Angekl. eingegliedert und dessen Weisungen unterworfen. Damit war der Angekl. Arbeitgeber der in seinem Unternehmen beschäftigten Personen.
2. **Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, sind allein die tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich.** Liegt danach ein Arbeitsverhältnis vor, können die Vertragsparteien die sich hieraus ergebenden Beitragspflichten nicht durch eine abweichende vertragliche Gestaltung beseitigen (vgl. BGH NStZ 2010, 337 m. w. Nachw.).

*„Dem steht auch die Entscheidung des BAG NJW 2010, 2455 = NZA 2010, 877 nicht entgegen: Danach ist bei der Gesamtwürdigung eines Sachverhalts zur Klärung der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, „zudem die Vertragstypenwahl der Parteien zu berücksichtigen“. Lediglich dann, „wenn die tatsächliche Handhabung nicht zwingend für ein Arbeitsverhältnis spricht, müssen sich die Parteien an dem von ihnen gewählten Vertragstypus festhalten lassen“ (BAG NJW 2010, 2455 = NZA 2010, 877). Vorliegend sind indes auf Grundlage der getroffenen Feststellungen die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses zweifelsfrei gegeben.“ (BGH aaO)*

3. Dass dem Angekl. die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge unmöglich gewesen wäre, ist nicht festgestellt.
4. Dessen ungeachtet **wirkt** in Fällen der vorliegenden Art – d. h. bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen – die **Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung** – anders als im originären Anwendungsbereich des § 266a I StGB (vgl. insoweit BGHSt 47, 318 = NJW 2002, 2480 = NStZ 2002, 547) – regelmäßig **nicht tatbestandsausschließend**.

- a) Anders als im Rahmen von § 266 a I StGB besteht vorliegend die Tathandlung nicht im Vorenthalten – also dem schlichten Nichtzahlen – der Sozialversicherungsbeiträge. Hier ist das **Vorenthalten vielmehr Folge der in § 266 a II StGB definierten Tathandlungen**.

*„Bei dem Tatbestand des § 266a II Nr. 1 StGB handelt es sich dabei um ein **Erfolgsdelikt**, das an einem aktiven Tun anknüpft. Lediglich im Rahmen des Tatbestands des § 266a II Nr. 2 StGB ist ein echtes Unterlassungsdelikt gegeben (Fischer, StGB, 58. Aufl., § 266a Rn 21). Anders als § 266a I StGB enthält der Tatbestand des § 266a II StGB mithin über die Nichtzahlung hinausgehende Unrechtselemente (vgl. Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- u. SteuerstrafR, 2011, § 266 a Rn 64: „Die Pflichtverletzungen des Arbeitgebers nach Nr. 1 und 2 verkörpern ein erhöhtes Unrecht und eine typische Gefahrerhöhung im Hinblick auf die eintretende Beitragsvorenhaltung“).“ (BGH aaO)*

- b) Hierbei ist zwischen den das Unrecht des Tatbestands prägenden Tathandlungen des § 266a II StGB und dem Vorenthalten als deren Folge **keine strikte äquivalente Kausalität** in dem Sinne **erforderlich**, dass der Arbeitgeber ohne die Tathandlung – also bei ordnungsgemäßen Angaben – die Beiträge gezahlt haben müsste. Der Zusammenhang ist vielmehr wie im Fall des gleichlautenden § 370 I AO funktional zu verstehen (vgl. Graf/Jäger/Wittig, § 266a Rn 64), was auch der Absicht des Gesetzgebers entspricht, die Vorenhaltung von Sozialversicherungsbeiträgen bei Verletzung von Erklärungspflichten in Anlehnung an § 370 AO unter Strafe zu stellen (BT-Dr 15/2573, S. 28).
- c) Die bei Verwirklichung des Tatbestands des § 266 a I StGB als echtem Unterlassungsdelikt geltenden allgemeinen Grundsätze, wonach **dem Handlungspflichtigen die Erfüllung seiner gesetzlichen Pflicht möglich und zumutbar** sein müssen (vgl. BGHSt 47, 318 = NJW 2002, 2480 = NStZ 2002, 547), können daher hinsichtlich der Tatbestandsalternative des § 266a II Nr. 1 StGB von vornherein keine Anwendung finden. Lediglich bei dem echten Unterlassungsdelikt des § 266a II Nr. 2 StGB sind sie zu beachten.

*„Möglich und zumutbar muss dann allerdings nur die Erfüllung der Handlungspflichten sein, deren Verletzung im Tatbestand vorausgesetzt wird. Das sind die sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten,*

namentlich die nach § 28a SGB IV. Demgegenüber gelten sie nicht im Hinblick auf die Folge des Unterlassens, d. h. dem Vorenthalten der Sozialversicherungsbeiträge.“ (BGH aaO)

- d) Soweit in Fällen der vorliegenden Art der Tatbestand des § 266a I StGB ebenfalls durch betrugsähnliche, in § 266a II StGB beschriebene Handlungen verwirklicht und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung vorenthalten werden, **finden die für echte Unterlassensdelikte geltenden allgemeinen Grundsätze** auf Grund der vorstehenden Erwägungen ebenfalls **keine Anwendung**.

„Denn der Gesetzgeber beabsichtigte insoweit eine **einheitliche Anwendung beider Absätze in der Praxis** (BT-Dr 15/2573, S. 28), die im Hinblick auf den über das schlichte Nichtzahlen der angemeldeten Sozialversicherungsbeiträge hinausgehenden Unrechtsgehalt der Taten auch geboten ist. Hinzu kommt, dass im Hinblick auf eine eventuelle Unmöglichkeit der Zahlung der Arbeitnehmeranteile in Fällen der vorliegenden Art regelmäßig ein schuldhaftes Vorverhalten gegeben ist („omissio libera in causa“, vgl. insow. BGHSt 47, 318 = NJW 2002, 2480 = NSTz 2002, 547), so dass die Unmöglichkeit der Zahlung der Beiträge zum Fälligkeitszeitpunkt ohnehin nicht tatbestandsausschließend wirken würde (vgl. auch BGH NSTz 1987, 454 = wistra 1987, 290).“ (BGH aaO)

- e) Dem steht auch **§ 266 a VI StGB** nicht entgegen.

„Ungeachtet des ohnehin eingeschränkten Anwendungsbereichs, den die Vorschrift bei Taten nach § 266a II StGB hat (vgl. Laitenberger NJW 2004, 2703; Joecks wistra 2004, 441), **bleibt der Strafaufhebungsgrund des § 266a VI StGB erhalten, soweit die Tat nach § 266a II StGB begangen wurde, weil eine fristgemäße Zahlung nicht möglich war**. In Fällen der vorliegenden Art, bei denen die Tat keine Reaktion auf wirtschaftliche Probleme des Arbeitgebers, sondern vielmehr Folge eines von vornherein auf Umgehung der Beitragszahlungen angelegten Tatplans war, ist demgegenüber für die Anwendung des § 266a VI StGB ohnehin kein Raum (vgl. Laitenberger NJW 2004, 2703).“ (BGH aaO)

- f) Die vorstehende, sich aus Wortlaut und Systematik der Vorschrift ergebende Auslegung wird zudem – neben den bereits angeführten Gesichtspunkten aus der Entstehungsgeschichte des Tatbestands – vom **Willen des Gesetzgebers** getragen.

„Mit der Einführung des neuen § 266a II StGB durch das Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung vom 23.07.2004 (BGBl I, 1842) sollten die Strafbarkeitslücken geschlossen werden, die bis dahin in Fällen des Beitragsbetrugs gegeben waren (vgl. BT-Dr 15/2573, S. 28). Der **Tatbestand des § 263 StGB** war in Fällen der vorliegenden Art nach zutreffender Auffassung **bereits dann erfüllt, wenn die Beitragsforderungen irrtumsbedingt nicht festgesetzt und beigetrieben wurden** (vgl. BGH wistra 1984, 66; BGHSt 32, 236 = NJW 1984, 987 = NSTz 1984, 317; BGH NSTz 1987, 454 = wistra 1987, 290; a. A. obiter dictum BGH NJW 2003, 1821 = NSTz 2003, 552). Dass der Gesetzgeber dahinter zurückbleiben wollte, ist nicht ersichtlich.“ (BGH aaO)

GG

Art. 19 III

LV BW

Art. 5 III

## Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts

GG

(VerfG Bbg. in NVwZ-RR 2011, 714 Beschluss vom 15.04.2011 - VfGBbg 50/10)

1. Juristische Personen des öffentlichen Rechts genießen durch die Verfassung des Landes Brandenburg **in der Regel keinen Grundrechtsschutz**.
2. Eine **Ausnahme** bilden die **Prozessrechte**, die durch die Verfassung des Landes Brandenburg in den Rang von Grundrechten erhoben worden sind.
3. Danach sind **Gehörs- und Besetzungsrügen** ebenso wie die Beanstandungen überlanger Gerichtsverfahren zulässig. Das **Willkürverbot** ist hingegen nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht beachtlich.

**Fall:** In einem abgeschlossenen Klageverfahren vor dem VG Frankfurt (Oder) wurden zu Gunsten des jetzigen Beschwerdeführers mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 17.12.2009 (1 K 592/09) 120,67 Euro nebst fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB seit dem 28.09.2009 zur Erstattung festgesetzt. Nach Zahlungsaufforderung unter Vollstreckungsandrohung nebst Kostenberechnung für diese in Höhe von 14,28 Euro gingen am 20.01.2010 mit dem Überweisungstext „Kostenfestsetzung VG 1 K 592/0“ 120,67 Euro beim Beschwerdeführer ein. Dieser buchte die Zahlung zunächst auf eine alte Beitragsforderung gegen die Schuldnerin. Die Beschwerdeführerin forderte die Schuldnerin jedoch weiter zur Leistung von 137,57 Euro auf, weil sie keine Zahlungsbestimmung getroffen habe und die Zahlung auf Abgabenforderungen gebucht worden sei. Am 09.03.2010 leistete die Schuldnerin einen Zinsbetrag von 2,00 Euro auf den Kostenfestsetzungsbeschluss und meinte, dass die Forderung damit vollständig beglichen sei. Der Beschwerdeführer bestand weiter darauf, dass auf die Hauptforderung bisher nicht geleistet worden sei.

Er beantragte am 12.04.2010 beim Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) die Vollstreckung einer Forderung von 14,41 Euro aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss. Die Schuldnerin zahlte daraufhin 14,51 Euro. Es handele sich ihrer Meinung nach um eine Nebenforderung. Die Hauptforderung sei mit der Zahlung vom 20.01.2010 beglichen worden, weil die mit dem Überweisungstext getroffene Zahlungsbestimmung und der genau der Hauptforderung entsprechende Überweisungsbetrag zu einer Anrechnung auf die Hauptforderung führten. Der Beschwerdeführer erklärte den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt. Eine Erledigungserklärung der Schuldnerin erfolgte zunächst nicht. Das Gericht stellte das Verfahren mit Beschluss vom 17.06.2010 ein und legte in entsprechender Anwendung von § 154 I VwGO der Vollstreckungsschuldnerin die Kosten auf. Vor Zustellung des Beschlusses an die Beteiligten ging beim Gericht die Erledigungserklärung der Schuldnerin ein. Sie erhob zudem gegen den Beschluss vom 17.06.2010 Beschwerde. Der Vorsitzende des Gerichts wies die Beteiligten darauf hin, dass der Beschluss vom 17.06.2010 unwirksam sein dürfte und er beabsichtige, eine Kostenentscheidung nach § 161 II VwGO zu treffen. Mit Beschluss vom 30.07.2010 hat der Vorsitzende das Verfahren in entsprechender Anwendung von §§ 92 III 1, 161 II VwGO eingestellt und über die Kosten entschieden. Es entspreche billigem Ermessen, dem Beschwerdeführer die Kosten aufzuerlegen. Die zur Vollstreckung gestellte Forderung sei eine Nebenforderung, deren selbstständige Vollstreckung nach Lage des Falles im Hinblick auf den vergleichsweise niedrigen Betrag (14,41 Euro) unverhältnismäßig gewesen wäre. Die dagegen gerichtete Anhörungsfrage des Beschwerdeführers wies das Gericht mit Beschluss vom 30.08.2010 als unbegründet zurück.

Mit seiner am 29.10.2010 erhobenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor Gericht und des Willkürverbots (Art. 52 Abs. 3 1. und 2. Alt. der Verfassung des Landes Brandenburg - LV). Die erneute Entscheidung über die Kosten sei rechtlich nicht vertretbar, sie verstoße gegen § 158 II VwGO, wonach Kostenentscheidungen unanfechtbar seien. Die ausschließlich gegen die Kostenentscheidung gerichtete Beschwerde der Schuldnerin sei nicht statthaft gewesen. Die auf Grund von § 161 III VwGO getroffene Kostenentscheidung vom 30.07.2010 widerspreche inhaltlich dem in § 154 I VwGO verankerten Verursacherprinzip. Die Schuldnerin habe erst nach Vollstreckungsantrag geleistet und daher die Kosten zu tragen. Das Verwaltungsgericht habe darüber hinaus den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt und eine Überraschungsentscheidung getroffen. Der Beschwerdeführer habe keine Kenntnis von der Ansicht des Gerichts gehabt, dass eine Vollstreckung von Kleinforderungen unverhältnismäßig sei. Anderenfalls hätte er das Gericht auf die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 08.08.2006 (OVG 9 L 27.06) aufmerksam gemacht. In Kenntnis dieser Entscheidung hätte das Verwaltungsgericht möglicherweise anders entschieden.

Hat die Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg?

### I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

1. **Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde (Art. 6 II, 113 Nr. 4 Verf Bbg. i.V.m. § 45 VerfGG Bbg.; entspr. Art. 93 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG)**

Die Verfassungsbeschwerde ist dann einschlägig, wenn sich **jemand** gegen die Verfassungsmäßigkeit einer staatlichen Maßnahme wendet. Dies ist hier der Fall.

## 2. Beschwerdegegenstand (Art. 6 II Verf Bbg. i.V.m. § 45 I VerfGG Bbg; entspr. Art 93 I Nr. 4a GG, §§ 90 I, 95 I BVerfGG)

Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde ist ein **Akt öffentlicher Gewalt** (alle deutschen Staatsgewalten; damit auch gegen Gesetze). Hier wendet sich der Bf. gegen eine für ihn nachteilige verwaltungsgerichtliche Entscheidung. Dies ist ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

## 3. Beschwerdebefugnis (§ 45 I VerfGG Bbg.; entspr. Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG)

Der Beschwerdeführer muss behaupten, in einem seiner **Grundrechte verletzt zu sein**.

### a) Möglichkeit einer Rechtsverletzung

Eine Verletzung dieser Rechte dürfte demnach **nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen** sein, d.h. die angegriffene Maßnahme der öffentlichen Gewalt muss Rechtswirkungen äußern und geeignet sein, die Rechtspositionen des Beschwerdeführers zu seinem Nachteil zu verändern.

Eine Rechtsverletzung des Beschwerdeführers setzt jedoch voraus, dass dieser überhaupt Träger von Grundrechten sein kann. Juristische Personen können sich nach Art. 5 III Verf Bbg. (=Art. 19 III GG) auf den Schutz der Grundrechte berufen, wenn diese **dem Wesen nach auf sie anwendbar** sind.

#### aa) Grundsatz

*„Nach Art. 5 III Verf Bbg. gelten zwar die Grundrechte für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Die Grundrechte dienen jedoch vorrangig dem Schutz der Freiheitssphäre des einzelnen Menschen als natürlicher Person gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt. Darüber hinaus sichern sie Voraussetzungen und Möglichkeiten für eine freie Mitwirkung und Mitgestaltung des Einzelnen im Gemeinwesen. Daher sind die materiellen Grundrechte ihrem Charakter **nach in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat**.*

***Grundrechte** und die zu ihrer Verteidigung geschaffene Verfassungsbeschwerde sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), der sich das erkennende Gericht für die Auslegung der Landesverfassung angeschlossen hat, **auf juristische Personen des öffentlichen Rechts** - jedenfalls soweit sie öffentliche Aufgaben erfüllen - **grundsätzlich nicht anwendbar** (LVerfGE Suppl. Bbg. zu Bd. 12, 172, 176; Lieber/Iwers/Ernst, Verfassung des Landes Brandenburg, Kommentar, Stand Febr. 2008, Art. 5 Ziff. 2.1; zum Bundesrecht: BVerfGE 68, 193, 206; BVerfG Beschluss vom 1. September 2000 - 1 BvR 178/00-, NVwZ-RR 2001, 93). (VerfG Bbg. aaO)*

Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich in der Regel nicht auf die Grundrechte berufen.

#### bb) Ausnahme: wehrfähiger, eigener Bereich

Ausnahmen gelten für solche juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die - wie etwa Universitäten und Rundfunkanstalten - von den ihnen durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgaben her **unmittelbar einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet** sind oder - wie etwa Kirchen - kraft ihrer Eigenart ihm von vornherein zugehören (vgl. BVerfGE 61, 82, 102 und 75, 192, 196).

*„Der Beschwerdeführer ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 5 I 1 Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit im Land Brandenburg) und nimmt mit der Wasserver- und Abwasserentsorgung im Rahmen der Daseinsvorsorge eine typische öffentliche Aufgabe wahr, ohne einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet zu sein.“ (VerfG Bbg. aaO)*

#### cc) Ausnahme: Prozessgrundrechte

Eine weitere Ausnahme gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die im Grundgesetz verbürgten grundrechtsähnlichen Rechte der Art. 101 I 2 und Art. 103 I GG (sog. Prozessgrundrechte, st. Rspr. BVerfGE 61, 82, 104).

*„Diese Verfassungsbestimmungen gehören **formell nicht zu den Grundrechten** im Sinne von Art. 19 GG; sie gewährleisten auch nach ihrem Inhalt keine Individualrechte wie die Art. 1 bis 17 GG, sondern enthalten **objektive Verfahrensgrundsätze**, die für jedes gerichtliche Verfahren*



gelten und daher auch jedem zugutekommen müssen, der nach den Verfahrensnormen parteifähig ist oder von dem Verfahren unmittelbar betroffen wird. Die für ein **rechtsstaatliches Gerichtsverfahren** konstitutiven Gewährleistungen des gesetzlichen Richters und des rechtlichen Gehörs wie auch weitere, etwa aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Verbot der Verfahrenswillkür abzuleitende Gewährleistungen wirken daher **auch zugunsten der verfahrensbeteiligten juristischen Person** des öffentlichen Rechts. Die Funktion richterlicher Entscheidungen im Rechtsstaat rechtfertigt sich nur, wenn sie unter Beachtung der Erfordernisse eines gehörigen Verfahrens gewonnen werden (vgl. BVerfGE 61, 82, 104).“

Dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schließt sich das Gericht im Hinblick auf die in Art. 52 I-IVVerf Bbg. verbürgten Grundrechte vor Gericht an. Juristische Personen des öffentlichen Rechts können mit der Verfassungsbeschwerde Verstöße gegen den **Anspruch auf rechtliches Gehör, den gesetzlichen Richter, zügiges und faires Verfahren** sowie das **verfahrensrechtliche Willkürverbot** geltend machen (so auch LVerfGE 10, 257 und LVerfGE Suppl. Bbg. zu Bd. 12, 172). (Verf Bbg. aaO)

### (1) Verstoß gegen das Willkürverbot durch Anwendung materiellen Rechts

Der Beschwerdeführer rügt, dass die Entscheidung in der Sache willkürlich sei, weil sie auf die Unzulässigkeit der Vollstreckung von Kleinforderungen abstelle. Damit rügt er eine fehlerhafte Rechtsanwendung.

„Die Gleichheit vor Gericht gibt einen Anspruch auf die Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das Verfassungsgericht auf Willkürfreiheit (Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: Oktober 2010, Art. 3 Rdnr. 394 ff.). Dieses Recht ist verletzt, wenn sich eine gerichtliche Entscheidung als willkürlich erweist. Das ist sie dann, wenn sie **unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vertretbar** ist und sich deshalb der Verdacht aufdrängt, sie beruhe auf sachfremden Erwägungen (Beschluss vom 15. April 2010 - VfGBbg 5/10 -, ). Insoweit stimmen die von der landes- und bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte Schutzrichtung und der gezogene Rahmen der Prüfungskompetenz beim sog. Willkürverbot überein.

Im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde kommt eine Berufung auf das Willkürverbot für juristische Personen des öffentlichen Rechts nur in dessen verfahrensrechtlicher Gestalt in Betracht, die mit den Verfahrensgrundrechten in Art. 52 Abs. 3 und 4 LV gegenüber Art. 12 Abs. 1 LV ihre spezielle normative Ausprägung gefunden hat.

Einen Verstoß gegen das Willkürverbot als Ausgangspunkt der Prüfung von Gerichtsentscheidungen auf eine **fehlerhafte Anwendung materiellen Rechts** kann die juristische Person des öffentlichen Rechts dennoch nicht mit der Verfassungsbeschwerde rügen (BVerfGE 75, 192, 200). In dieser Ausprägung wird das Willkürverbot von den Verfahrensgrundrechten des Art. 52 LV nicht erfasst.“ (VerfG Bbg. aaO)

Hinsichtlich dieser Rüge ist die Verfassungsbeschwerde daher unzulässig.

### (2) Verstoß gegen das Willkürverbot durch Anwendung von Verfahrensrecht

Soweit der Beschwerdeführer rügt, es sei willkürlich, entgegen § 158 VwGO eine neue Kostenentscheidung zu treffen, kann er sich auf das verfahrensrechtliche Willkürverbot berufen.

### (3) Verweigerung rechtlichen Gehörs

Auf die Verweigerung des rechtlichen Gehörs in einem gerichtlichen Verfahren kann sich grundsätzlich auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts berufen.

#### b) eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit

Über die Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinaus ist jedoch erforderlich, dass die Beschwerdeführer **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** betroffen sind. Dies ist bei einer gegen ihn ergangenen gerichtlichen Entscheidung stets anzunehmen.

#### 4. Frist, § 47 VerfGG Bbg.

Die Verfassungsbeschwerde ist innerhalb von zwei Monaten (§ 93 BVerfGG: 1 Monat) nach der belastenden Maßnahme zu erheben. Von der Einhaltung dieser Frist kann ausgegangen werden.

## 5. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG

Der Bf. hat den Rechtsweg vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde ausgeschöpft.

## 6. Ordnungsgemäße Begründung

Fraglich ist, ob die Verfassungsbeschwerde hinsichtlich der Verletzung des rechtlichen Gehörs nach §§ 20 I 2, 46 VerfGG Bbg (vgl. §§ 23, 92 BVerfGG) entsprechend begründet ist.

*„Danach sind das (Landes-)Grundrecht, das verletzt sein soll, und die Handlung oder Unterlassung des Organs oder der Behörde, durch die der Beschwerdeführer sich verletzt fühlt, zu **bezeichnen**. Im Einzelnen ist darzulegen, welchen verfassungsrechtlichen Anforderungen die angegriffene Maßnahme nicht genügt und inwieweit dadurch das bezeichnete Grundrecht verletzt sein soll. **Rechtliches Gehör** bedeutet zunächst, dass der Einzelne vor der Entscheidung **Gelegenheit** hat, seine **Sicht der Dinge darzulegen**. Dabei muss er die einschlägigen rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und seinen Vortrag darauf einstellen. Um rechtliches Gehör zu gewähren, muss das Gericht nur auf solche rechtlichen Gesichtspunkte hinweisen, mit denen ein **gewissenhafter Prozessbeteiligter** nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen braucht (vgl. Beschlüsse vom 21. November 2002 - VfGBbg 99/02 -, NJ 2003, 85 und LVerfGE Suppl. Bbg. zu Bd. 11, 82, 86 f.). Dass ihn die Höhe des Vollstreckungsbetrages und die Verhältnismäßigkeit der Vollstreckung im Einzelfall berücksichtigende Billigkeitsentscheidung des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder) in diesem Sinne überraschte, hat der Beschwerdeführer nicht nachvollziehbar dargelegt. Dem Verfahrenbevollmächtigten war als Prozessbevollmächtigten des Beschwerdeführers im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder) zur Verhältnismäßigkeit der Vollstreckung von Kleinbetragsforderungen zu Gunsten der öffentlichen Hand spätestens seit dem 02.06.2010 (Bekanntgabe des Beschlusses vom 27. Mai 2010 - 5 M 24/09 -) bekannt. Als gewissenhafter Prozessbeteiligter musste er in Erwägung ziehen, dass das Gericht bei der Kostentscheidung maßgeblich auf diesen Gesichtspunkt abstellen könnte. Nach dem Hinweis des Vorsitzenden, wonach er beabsichtigte, eine Kostenentscheidung nach § 161 II. 2 VwGO zu treffen, war ausreichend Gelegenheit, zu dieser Frage Stellung zu nehmen.“ (VerfG Bbg. aaO)*

Die Verfassungsbeschwerde wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher mangels hinreichender Begründung unzulässig.

**Zwischenergebnis:** Die Verfassungsbeschwerde ist nur hinsichtlich der Rüge, es sei gegen das verfahrensrechtliche Willkürverbot verstoßen worden, zulässig.

## II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die gerichtlichen Entscheidungen dieses verfahrensrechtliche Willkürverbot verletzen. Dies kommt aber nur in Betracht, wenn die Entscheidung überhaupt das einfache Verfahrensrecht fehlerhaft anwendet.

*„Die erneute Entscheidung über die Kosten verstößt nicht gegen § 158 VwGO. Die allgemeinen Verfahrensvorschriften zum Urteils- und Beschlussverfahren finden zwar nach überwiegender Auffassung auch im Vollstreckungsverfahren nach §§ 167 ff. VwGO Anwendung (Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 15. Auflage, 2007, § 167 Rn. 3). **Nach § 158 I VwGO ist die Anfechtung einer Entscheidung über die Kosten unzulässig**, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Ist eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen, so ist die Entscheidung über die Kosten unanfechtbar (Absatz 2). Auf die Anfechtbarkeit der im Beschluss vom 17.06.2010 getroffenen Kostenentscheidung kommt es jedoch nicht an. Sie war **aus anderen Gründen unwirksam**. Liegen übereinstimmende Erledigungserklärungen vor, endet die Rechtshängigkeit eines Verfahrens (Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 15. November 1991 - 4 C 27/90 -, NVwZ-RR 1992, 276). Das Gericht stellt das Verfahren entsprechend § 92 III VwGO **nur deklaratorisch ein**. Nicht rechtskräftige Entscheidungen werden mit Ende der Rechtshängigkeit unwirksam (Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Kommentar, VwGO, Stand: Mai 2010, § 161 Rn. 17). Der Beschluss vom 17.06.2010 war zum Zeitpunkt des **Eingangs der Erledigungserklärung** der Schuldnerin beim Verwaltungsgericht am 19.06.2010 den Beteiligten noch **nicht zugestellt** und damit nicht rechtskräftig. Das Gericht hatte demnach das Vollstreckungsverfahren entsprechend § 92 III VwGO deklaratorisch einzustellen und über die Kosten zu entscheiden.“ (VerfG Bbg.)*

**Ergebnis:** Die Verfassungsbeschwerde ist, soweit sie überhaupt zulässig ist, nicht begründet.

## Kosten einer Abschleppmaßnahme Unverhältnismäßigkeit wegen Kürze der Behinderung

(OVG Hamburg in NJW 2011, 3051; Urteil vom 08.06.2011 – 5 Bf 124/08)

1. Ist auf Grund der konkreten Umstände des Einzelfalls sicher, dass der Fahrer eines verkehrswidrig abgestellten Fahrzeugs in **Kürze die Störung/Behinderung selbst beseitigen** wird, so ist eine Abschleppanordnung in der Regel **nicht verhältnismäßig**, da durch das Abschleppen des Fahrzeugs die Störung/Behinderung erkennbar allenfalls um einige Minuten verkürzt werden könnte.
2. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Störer vorsätzlich über eine ihm gegenüber **mündlich ergangene Anordnung hinwegsetzt**.
3. Gründe der **General- oder Spezialprävention** spielen keine Rolle.

**Fall** Die Klägerin hatte ihren Pkw mit dem amtlichen Kennzeichen ... am Morgen des 07.11.2003 im ...-weg nahe dessen Einmündung in die ...-Straße halb auf dem Gehweg, der dort nur eine Breite von 1,50 m hat, geparkt, um eines ihrer Kinder in den nahegelegenen Kindergarten St. zu bringen. Der Eingang des Kindergartens liegt etwa 20-30 m von der genannten Einmündung entfernt. Die Polizei war schon vor Ort und forderte die Klägerin auf, ihr Fahrzeug umgehend zu entfernen. Dies verweigerte die Klägerin mit Hinweis darauf, dass sie nur schnell ihr Kind in den Kindergarten bringen wolle und dann sofort wegfahren würde. Die Klägerin war auch an den Vortagen schon angetroffen worden, wo sie ebenfalls verkehrswidrig geparkt hatte und darauf hingewiesen worden, dass das Fahrzeug in Zukunft abgeschleppt werde. Die Polizei ordnete das Abschleppen des Fahrzeugs an. Bevor das Abschleppfahrzeug eingetroffen war, hatte die Klägerin ihr Fahrzeug entfernt.

Mit Kostenfestsetzungsbescheid vom 12.07.2004 forderte die Behörde für Inneres (Polizei) von der Klägerin den Ersatz von Kosten für einen abgebrochenen Abschleppvorgang in Höhe von 90,24 Euro. Ist der Kostenfestsetzungsbescheid rechtmäßig?

Die Kostenfestsetzung gegen die Klägerin nach § 7 III SOG HH ist nur dann rechtmäßig, wenn die Abschleppanordnung rechtmäßig erfolgt ist. **Ermächtigungsgrundlage** für die unmittelbare Ausführung ist § 7 I SOG HH. An der **formellen Rechtmäßigkeit** der Maßnahme bestehen keine Bedenken. Fraglich ist jedoch, ob die Abschleppanordnung auch materiell rechtmäßig war.

### I. Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

Die öffentliche Sicherheit umfasst den Schutz des Staates und seiner Einrichtungen/Veranstaltungen, die Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie der gesamten objektiven Rechtsordnung.

*„Die Klägerin parkte am Morgen des 7. November 2003 im ...-weg teilweise auf dem Gehweg, der dort nur eine Breite von 1,50 m hat. Dieses Verhalten war verkehrswidrig, da das Gehwegparken dort nicht erlaubt war (§§ 12 IV, IVa, 49 I Nr. 12 StVO in der damals geltenden Fassung).“* (OVG Hamburg aaO)

Eine Störung der öffentlichen Sicherheit lag damit vor.

### II. Erforderlichkeit der Abschleppanordnung

Es kommt jedoch im Weiteren darauf an, ob die Abschleppanordnung zur Beseitigung der Störung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles erforderlich war.

#### 1. konkrete Behinderung

Grundsätzlich ist eine Abschleppanordnung erforderlich, wenn von einem verkehrswidrig abgestellten Fahrzeug eine konkrete Behinderung ausgeht.

*„Die Klägerin hat in der Klageschrift selbst angegeben, ihr Fahrzeug „teilweise auf dem Gehweg abgestellt“ zu haben. Selbst wenn es möglich gewesen sein sollte, unter Benutzung des zwischen der gepflasterten Zufahrt zum Kita-Spielplatz und der Straßeneinmündung befindlichen Grünbereichs rechts des Gehwegs (in Blickrichtung ...-Straße) am Fahrzeug der Klägerin vorbei zu gelangen, müssen sich z. B. Rollstuhlfahrer und auch Fußgänger mit Kinderwagen ein Ausweichen über eine zum Betreten/Befahren nicht vorgesehene Grünfläche nicht zumuten lassen.“* (OVG Hamburg aaO)

Von einer konkreten Behinderung kann daher ausgegangen werden.

#### 2. keine andere Möglichkeit der Abwehr

Die Klägerin war vom Polizeibediensteten O. unmissverständlich aufgefordert worden, ihr teilweise auf dem Gehweg geparktes Fahrzeug umgehend wegzufahren.

„Mit ihrer Weigerung, dieser Aufforderung umgehend nachzukommen, hat sich die Klägerin auch in erstaunlich hartnäckiger Weise über Vorschriften und Gebote hinweggesetzt.“ (OVG Hamburg aaO)

Fraglich ist jedoch, ob die Polizeibediensteten auf dieses Verhalten unmittelbar mit einer Abschleppanordnung reagieren durften, obwohl nach den konkreten Umständen war mit einer Rückkehr der Klägerin aus dem Kindergarten St. innerhalb kurzer Zeit zu rechnen war und dem Polizeibediensteten O., der auch die Abschleppanordnung traf, daher bewusst sein musste, dass die Klägerin ihren Sohn im Kindergarten St. abgeben wollte.

#### aa) Wartezeit bei Benachrichtigung

„Der vorliegende Fall unterscheidet sich ... von der Konstellation, in der der gegen ein verkehrsordnungswidriges Verhalten einschreitende Bedienstete einen Versuch unternimmt, den für das **falsch parkende Fahrzeug Verantwortlichen zu erreichen**, um diesem die Gelegenheit zu geben, das Fahrzeug selbst wegzufahren, bevor eine Abschleppanordnung ergeht. Wird der Verantwortliche, der z.B. einen konkreten und situationsbezogenen Hinweis auf seine Erreichbarkeit gegeben hat, angerufen, **weiß der Einschreitende dennoch nicht, ob (bzw. wann) der Fahrer überhaupt erscheinen wird** und dementsprechend wie lange das Auto noch behindernd stehen wird. Da die Nachforschungspflicht für die einschreitenden Bediensteten einen zusätzlichen Aufwand bedeutet und auch die Kontrolle erfordert, ob der Verantwortliche auch tatsächlich erscheint, hat die Rechtsprechung (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 14.08.2001, NJW 2001, 3647 ff.; Urt. v. 22.02.2005, NJW 2005, 2247 ff.) Kriterien entwickelt, die diese **Pflichten auf ein zumutbares Maß reduzieren** - in der Regel nur ein Benachrichtigungsversuch; lediglich fünf Minuten Wartezeit ab dem Anruf bis zum Eintreffen des Verantwortlichen - und die Effektivität der polizeilichen Arbeit nicht über Gebühr erschweren.“ (OVG Hamburg aaO)

#### bb) Übertragung auf den Fall

Der Polizeibediensteten O. hatte nach dem Abstellen des Fahrzeugs um 8.30 Uhr um 8.37 Uhr den Abschleppwagen angefordert, also nach Ablauf der vorgenannten Wartezeit von 5 Minuten. Hier könnte aber etwas anderes gelten, weil trotz des Zeitablaufs sicher mit der Rückkehr der Klägerin zu rechnen war

„Davon dass die Klägerin nun, wo sie die erste Aufforderung bereits missachtet hatte, auch noch lange Gespräche in der Kita führen würde, durfte bei realistischer Betrachtungsweise nicht mehr ausgegangen werden. Hier war das baldige (Wieder-)Erscheinen der Klägerin bei realistischer Betrachtung sicher. Dabei ist es **nicht entscheidend**, ob mit der Rückkehr der Klägerin nach spätestens **exakt fünf Minuten** zu rechnen war, da ihre **baldige Rückkehr als solche eben nicht ungewiss** war.“ (OVG Hamburg aaO)

Im vorliegenden Fall war die Dauer der Störung daher nicht unabsehbar, sondern zeitlich erkennbar eng begrenzt.

„Wäre der Abschleppwagen bereits vor Rückkehr der Klägerin aus dem Kindergarten wäre, wäre die **Phase des Falschparkens** - absehbar - **allenfalls um einige Minuten verkürzt** worden. Weiß der einschreitende Bedienstete, dass eine Störung durch die verantwortliche Person, deren Aufenthaltsort er zudem kennt, in Kürze selbst beseitigt wird, so ist es aber **in der Regel nicht mehr verhältnismäßig**, wenn durch das Abschleppen des Fahrzeugs die Störung/Behinderung erkennbar allenfalls um einige Minuten verkürzt werden kann. Dies muss **selbst dann** gelten, wenn sich eine Störerin wie hier **vorsätzlich** über eine ihr gegenüber **mündlich ergangene Anordnung hinwegsetzt**. Etwas anderes wird lediglich bei besonderer Dringlichkeit der Beseitigung der Gefahr bzw. der Störung (etwa bei Behinderung von Notfall- oder Rettungseinsätzen) zu gelten haben.“ (OVG Hamburg aaO)

### 3. Erforderlichkeit der Maßnahme aus Gründen der Prävention

Die Abschleppanordnung könnte aber damit zu rechtfertigen sein, dass die Klägerin ihr Fahrzeug immer wieder verkehrsordnungswidrig abgestellt hat, um ihr Kind in den Kindergarten zu bringen. Fraglich ist, ob solche Präventionserwägungen relevant sein können.

„Gegen **hartnäckige Parksünder**, die sich sogar noch einer ausdrücklichen polizeilichen Aufforderung wegzufahren widersetzen, wird in Fällen wie dem vorliegenden nur mit konsequenter Ahndung der Verstöße mit den **Mitteln des Ordnungswidrigkeitsrechts**, durch die Erhebung von Verwarnungsgeldern (vgl. § 1 I 2 BKatV) und schließlich die Verhängung von **Geldbußen** reagiert werden können. Dabei können die Verwarnungsgelder bei vorsätzlicher Begehung der Ordnungswidrigkeit - wie im Fall der Klägerin - auch über die im Bußgeldkatalog genannten Beträge hinaus erhöht werden, da diese Beträge Regelsätze sind, die von fahrlässiger Begehung und gewöhnlichen Tatumständen ausgehen (§ 1 II BKatV). Schließlich kann bei wiederholten Verstößen gegen verkehrsrechtliche Vorschriften auch die **Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen** in Frage gestellt werden (vgl. § 2 IV 1, 3 I StVG).“ (OVG Hamburg aaO)

**Ergebnis:** Die Abschleppanordnung war nicht erforderlich und die Maßnahme daher rechtswidrig. Die Kosten für rechtswidrige Maßnahme können dem Bürger jedoch nicht auferlegt werden. Daher ist der Kostenbescheid materiell rechtswidrig.



## 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  
§ 387

### Überweisung auf falsches Bankkonto Aufrechnungsanspruch des Anweisenden

BGB

(OLG Hamburg in MDR 2011, 1281; Urteil vom 30.03.2011 – 4 U 208/08)

Gegen den Anspruch des Gläubigers auf erneute Zahlung kann der Schuldner, dessen Überweisung auf ein nicht vereinbartes Konto nicht zur Erfüllung des Zahlungsanspruchs des Gläubigers geführt hat, **grds. mit einem Bereicherungsanspruch aufrechnen**, ohne dass dem ein Aufrechnungsverbot entgegenstünde.

- I. Die **Überweisung auf ein anderes** als das von dem Gläubiger angegebene **Konto hat grds. keine Tilgungswirkung** (BGH NJW-RR 2008, 1512, 1513; Palandt-Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 362 Rn 9). Da der Zahlungsanspruch des Gläubigers durch die Überweisung auf das Girokonto nicht erfüllt worden ist, kann dieser (nochmals) Zahlung verlangen, und zwar durch Überweisung auf das vereinbarte Konto.
- II. Gegen diesen Zahlungsanspruch kann der Schuldner jedoch **mit seinem Rückzahlungsanspruch aufrechnen**.
  1. Aufgrund der fehlenden Erfüllungswirkung der Überweisung auf das Konto des Gläubigers steht dem Schuldner ein **Rückzahlungsanspruch aus § 812 BGB** zu.

**Die Frage**, ob der Schuldner mit diesem Rückzahlungsanspruch die Aufrechnung erklären kann gegen den Anspruch des Gläubigers auf Überweisung auf das vereinbarte Konto oder ob dem ein Aufrechnungsverbot entgegensteht mit der Folge, dass der Schuldner seinen Rückzahlungsanspruch nur im Wege der Widerklage geltend machen kann, **wird unterschiedlich beurteilt**:

- Nach **einer Auffassung** kann der Schuldner im Falle der Überweisung des geschuldeten Betrages auf ein hierfür nicht bestimmtes Konto mit seinem Bereicherungsanspruch nicht gegen den Erfüllungsanspruch des Gläubigers aufrechnen (LAG Stuttgart NJW 1985, 2727; MüKo-HGB/Häuser, HGB, 2. Aufl., Zahlungsverf Rn B 570; Canaris, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Rn 473).

Die Annahme eines Aufrechnungsverbotes wird mit der Interessenlage des Gläubigers begründet: Mit der Aufrechnung könnte der Schuldner wirtschaftlich gerade das Ergebnis erreichen, dass der Gläubiger mit der ausdrücklichen Leistungsbestimmung verhindern wollte.

- Nach **anderer Ansicht** erscheint es nicht sachgerecht, ein stillschweigendes Aufrechnungsverbot anzunehmen, da der Schuldner seinen Rückzahlungsanspruch auch im Wege der Widerklage geltend machen könnte und der Gläubiger einen etwaigen Schaden aus der Nichtbefolgung der Weisung, die Zahlung auf ein bestimmtes Konto zu leisten, vom Schuldner erstattet verlangen kann (OLG Köln OLGR 2005, 543).
- Der **BGH** hat diese Frage bislang offen gelassen (NJW 1986, 2428; NJW-RR 2008, 1512; so auch BAG NZA 1999, 977).

2. **OLG Hamburg aaO** hält die Auffassung des OLG Köln für zutreffend.

*„Gerade dieser Rechtsstreit zeigt nämlich, zu welchen **wirtschaftlich unververtretbaren Ergebnissen** es führen kann, wenn man ein stillschweigendes Aufrechnungsverbot annehmen und den Schuldner, der auf das falsche Konto gezahlt hat, auf eine Widerklage verweisen würde. Der Gläubiger stünde sich dadurch keineswegs besser. Im Gegenteil: Er hat die gesamten Kosten des Rechtsstreits zu tragen, ohne dass dem irgendein Vorteil für den Gläubiger (das naheliegende Interesse der Zessionare hat bei dieser Bewertung außer Betracht zu bleiben) entgegenstünde.“*

*Die Argumentation der Gegenansicht, dass dann der Schuldner sanktionslos auf ein anderes als das vereinbarte Konto zahlen könnte, trifft nur auf die Fälle zu, in denen dem Gläubiger durch die vereinbarungswidrige Zahlung kein Schaden entstanden ist. Anderenfalls stünde nämlich dem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner zu, wodurch er hinreichend geschützt ist. Im Fall, dass dem Gläubiger durch die weisungswidrige Überweisung kein Schaden entstanden ist, gibt es - wie dargelegt auch im Kosteninteresse des Gläubigers - keinen Anlass, dem Schuldner die Möglichkeit der Aufrechnung zu nehmen und ihn auf eine Widerklage zu verweisen.“* (OLG Hamburg aaO)

BGB  
§ 440

### Berechtigung zum Rücktritt vom Kaufvertrag nach mangelhafter Nachbesserung

BGB

(OLG Hamm in NJW-RR 2011, 1423; Urteil vom 10.03.2011 – 28 U 131/10)

Ein **Recht des Käufers zum Rücktritt ohne Gewährung eines zweiten Nachbesserungsversuchs** kann wegen **Unzumutbarkeit** dann zu bejahen sein, **wenn dem Verkäufer beim ersten Nachbesserungsversuch gravierende**

**Ausführungsfehler unterlaufen** oder der erste Nachbesserungsversuch von vornherein nicht auf eine nachhaltige, sondern nur eine provisorische Mängelbeseitigung angelegt war.

„Der **Verkäufer**, der eine mangelhafte Sache geliefert hat, **hat grds. zwei Chancen zur Nachbesserung**. Einer Fristsetzung zur Nachbesserung bedarf es aber unter anderem dann nicht, wenn diese dem Käufer unzumutbar ist (§ 440 S. 1 Alt. 3 BGB). Das gilt erst Recht, wenn der Käufer dem Verkäufer einen ersten Nachbesserungsversuch gewährt hat und es dem Käufer auf Grund bestimmter Umstände unzumutbar ist, einen zweiten Versuch zu gestatten. Solche besonderen Umstände liegen hier vor.

Dazu genügt es allerdings nicht allein, dass der **erste Nachbesserungsversuch nicht erfolgreich** war. Da der Verkäufer gem. § 439 I BGB eine **nachhaltige Nachbesserungsmaßnahme** schuldet (OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 11376; Reinking/Eggert, Rn 362), **muss** allerdings bereits der **erste Nachbesserungsversuch**, auch wenn er im Ergebnis fehlschlägt, **sachgemäß** sein. Ein Recht des Käufers zum Rücktritt ohne Gewährung eines zweiten Nachbesserungsversuchs kann demnach zu bejahen sein, wenn dem Verkäufer beim ersten Nachbesserungsversuch gravierende Ausführungsfehler unterlaufen oder dieser Nachbesserungsversuch von vornherein nicht auf eine nachhaltige, sondern nur eine provisorische Mängelbeseitigung angelegt war. Das kann bspw. anzunehmen sein, wenn der Verkäufer im Rahmen seiner Nachbesserungsbemühungen versucht, ein Fahrzeug mit unzureichenden Mitteln abzudichten (Reinking/Eggert, Rn 488).“ (OLG Hamm aaO)

BGB  
§ 556

**Betriebskostennachforderung**  
„einfache“ Insolvenzforderung

InsO

(BGH in NZI 2011, 404; Urteil vom 13.04.2011 – VIII ZR 295/10)

- I. In der Insolvenz des Mieters ist die einen Abrechnungszeitraum vor Insolvenzeröffnung betreffende **Betriebskostennachforderung des Vermieters** auch dann eine (**einfache**) **Insolvenzforderung**, wenn der Vermieter erst **nach der Insolvenzeröffnung** oder nach dem Wirksamwerden der Enthaltungserklärung des Insolvenzverwalters **gem. § 109 I 2 InsO abgerechnet** hat.

Die Nachforderung von Betriebskosten für die Zeit vor der Insolvenzeröffnung ist **Teil der von dem Insolvenzschuldner geschuldeten Miete**. Gem. **§§ 38, 108 III InsO** handelt es sich deshalb um eine Insolvenzforderung. Dem **steht es nicht entgegen**, wenn die **Betriebskostenabrechnung zu diesem Zeitpunkt noch nicht erstellt** war.

„Zwar kann eine Nachforderung erst mit der Abrechnung abschließend beziffert werden und muss der Vermieter die Abrechnung binnen Jahresfrist seit Ablauf des Abrechnungszeitraums erstellen, weil er sonst gem. § 556 III 2 BGB mit einer Nachforderung ausgeschlossen ist, sofern nicht die verspätete Abrechnung auf Umständen beruht, die er nicht zu vertreten hat. Diese Umstände stehen der Einordnung der Nachforderung als (einfache) Insolvenzforderung und ihrer Anmeldung zur Tabelle jedoch nicht entgegen. Denn **auch nicht fällige oder auflösend oder aufschiebend bedingte Ansprüche können zur Tabelle angemeldet werden** (zu aufschiebend bedingten Ansprüchen Uhlenbruck/Sinz, InsO, 13. Aufl., § 38 Rn 33; Schumacher, Frankfurter Komm. z. InsO, 6. Aufl., § 38 Rn 25).“ (BGH aaO)

- II. Für den **umgekehrten Fall** – dass sich in der Insolvenz des Vermieters bei der Abrechnung einer vor Insolvenzeröffnung abgeschlossenen Abrechnungsperiode ein Guthaben des Mieters ergibt – ist in der **Rspr. des BGH** bereits geklärt, dass es sich bei dem Anspruch auf Auskehrung eines Betriebskostenguthabens (im Hinblick auf eine Aufrechnung gem. § 95 InsO) auch dann um **eine vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandene Forderung** handelt, wenn die Abrechnung erst nach diesem Zeitpunkt erfolgt (BGH NZI 2007, 164). Für die **Entstehung bzw. „Begründung“ einer Forderung** i. S. des § 38 InsO **kann nichts anderes gelten**.

Auch im **Schrifttum** wird allgemein die Auffassung vertreten, dass Nebenkostennachforderungen des Vermieters, die auf vor der Insolvenzeröffnung abgeschlossenen Abrechnungszeiträumen beruhen, als einfache Insolvenzforderungen anzusehen sind (Börstinghaus DWW 1999, 205; Schläger ZMR 1999, 522; Flatow, Festschr. f. Blank, 2006, S. 513; MüKo-InsO/Eckert, § 108 Rn 90; Uhlenbruck/Wegner, § 108 Rn 31; Horst ZMR 2007, 167).

- III. Auch eine **„Freigabe des Mietverhältnisses“** führt nicht zu einer hiervon **abweichenden Beurteilung**.

„Zwar werden nach dem **Wortlaut des § 109 I 2 InsO** auch Nebenkostennachforderungen erfasst, die einen Zeitraum vor Insolvenzeröffnung betreffen, aber auf einer erst nach Wirksamkeit der Freigabeerklärung erteilten Abrechnung beruhen; denn die Nachforderung wird erst mit der Erteilung der Abrechnung fällig. Unter **Berücksichtigung des mit der Regelung des § 109 I InsO verfolgten Zwecks** und der Einordnung einer auf einem vor Insolvenzeröffnung abgeschlossenem Abrechnungszeitraum beruhenden Nebenkostennachforderung als Insolvenzforderung kann die Passivlegitimation des Schuldners während des Insolvenzverfahrens gleichwohl nicht bejaht werden.

Die hinsichtlich eines Wohnraummietverhältnisses abgegebene **„Freigabeerklärung“ des Insolvenzverwalters dient dazu, die Enthaltung der Masse für Ansprüche aus dem Mietverhältnis herbeizuführen**, der sie durch den in § 108 I InsO angeordneten Fortbestand des Mietverhältnisses ausgesetzt ist. Der **Mieter wird insoweit geschützt, als der Verwalter nicht zur Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt ist**, sondern lediglich – mit der für die Kündigung geltenden Frist – durch die „Freigabeerklärung“ erreichen kann, dass die Masse ab dem Wirksamwerden der Erklärung nicht mehr für die danach fällig werdenden Ansprüche des Mieters haftet. Die Erklärung des Verwalters nach § 109 I 2 InsO kann aber nicht dazu führen, einer Nachforderung für vor der Insolvenzeröffnung abgeschlossene Abrechnungszeiträume ihren Charakter als (einfache) Insolvenzforderung zu nehmen. Dies widerspräche dem System der InsO, die eine vorgegebene Einteilung der Gläubiger und ihrer Forderungen kennt und einer nachträglichen Verschiebung entgegensteht (Flatow, Festschr. f. Blank, S. 513).

Der Gesetzgeber hat die in § 109 InsO vorgesehene „Nichthaftungserklärung“ allein damit begründet, dass eine **Möglichkeit geschaffen werden solle, dass der Mieter die Wohnung behalten könne, aber die Masse gleichwohl nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist nicht mehr für „neu entstehende Mietzinsforderungen“ hafte** (BT-Dr 14/5680, S. 27). Die Besonderheiten der Betriebskostenabrechnung hat er dabei offenbar nicht in den Blick genommen (vgl. auch Flatow, Festschr. f. Blank, S. 513). Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine bisher nicht als Masseforderung, sondern als Insolvenzforderung zu qualifizierende Nebenkostennachforderung durch die Nichthaftungserklärung des Insolvenzverwalters aus dem Insolvenzverfahren quasi herausgelöst wird und ihren Charakter als Insolvenzforderung verliert. Denn die Einordnung ei-

ner Forderung als Insolvenzforderung ist für den Schuldner auch mit einer Schutzwirkung verbunden, weil er während des Insolvenzverfahrens insoweit nicht persönlich in Anspruch genommen werden kann und eine später zu seinen Gunsten erteilte Restschuldbefreiung auch diese Forderung umfasst.

I. Ü. würde es auch zu zufälligen Ergebnissen führen, wenn im Rahmen des § 109 I 2 InsO hinsichtlich der Frage, inwieweit eine Betriebskostennachforderung im Insolvenzverfahren als Insolvenz- oder Masseforderung oder gegen den Schuldner persönlich in dessen freies oder neu erworbenes Vermögen geltend zu machen ist, nicht auf den Abrechnungszeitraum, sondern auf die erst durch die Abrechnung herbeigeführte Fälligkeit abgestellt würde. Denn dann hinge die Einordnung der Forderung – jedenfalls in bestimmten Konstellationen – vom Zufall oder vom Belieben des Vermieters ab, der den Zeitpunkt der Abrechnung – im Rahmen der Abrechnungsfrist – steuern kann.“ (BGH aaO)

InsO  
§§ 14 I

### Insolvenzantrag Rechtsmissbräuchlichkeit

InsO

(BGH in DB 2011, 1328; Beschluss vom 19.05.2011 – IX ZB 214/10)

Ein **Insolvenzantrag** ist dann **rechtsmissbräuchlich**, wenn mit dem Insolvenzverfahren der **ausschließliche Zweck verfolgt wird**, einen **Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu entfernen**.

„Der Antrag eines Gläubigers ist gem. § 14 I InsO nur zulässig, wenn er ein **rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** hat. In aller Regel wird einem Gläubiger, dem eine Forderung zusteht und der einen Eröffnungsgrund glaubhaft macht, das rechtliche Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens schon wegen des staatlichen Vollstreckungsmonopols nicht abgesprochen werden können (BGH NZI 2006, 588 = WM 2006, 1632).

**Ausnahmsweise fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse, wenn der Antrag allein zu dem Zweck gestellt wird, einen Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu entfernen** (OLG Frankfurt a. M. ZIP 1984, 195; LG Koblenz Rpfleger 1975, 318; Kirchhof, Heidelberg Komm. z. InsO, 5. Aufl., § 14 Rn 31; Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 14 Rn 61; MüKo-InsO/Schmahl, 2. Aufl., § 14 Rn 59). Das Rechtsschutzinteresse entfällt jedoch nur dann, wenn der Gläubiger **ausschließlich insolvenzwidrige Zwecke** verfolgt. Erstrebt der Gläubiger neben einer quotalen Befriedigung zugleich die Ausschaltung eines zahlungsunfähigen Wettbewerbers, kann ihm ein Rechtsschutzinteresse nicht versagt werden (LG Koblenz Rpfleger 1975, 319; LG Kempten MDR 1987, 771; Jaeger/Gerhardt, InsO, § 14 Rn 5; Lang, Das Rechtsschutzinteresse beim Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, 2003, S. 141 ff., 144). Der **Nebenzweck, einen insolventen Schuldner an einer weiteren Tätigkeit zu hindern, schließt** mit Rücksicht auf den allgemeinen Verkehrsschutz zur Vermeidung einer fortwährenden Gläubigergefährdung das **Rechtsschutzinteresse nicht aus** (LG Koblenz Rpfleger 1975, 318; LG Kempten MDR 1987, 771; MüKo-InsO/Schmahl, 2. Aufl., § 14 Rn 60).“ (BGH aaO)

StGB  
§ 86 a II

### Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen Teillähnlichkeit

StGB

(OLG Dresden in NJW-RR 2011, 309; Urteil vom 23.04.2010 – 2 Ss 699/09)

Der **Vertrieb eines Kleidungsstücks mit dem Aufdruck eines Symbols, das mit dem oberen Drittel der Hakenkreuzfahne übereinstimmt, erfüllt den Tatbestand des § 86a II StGB**.

- I. Der **Schutzzweck des § 86 a StGB** besteht in der Abwehr der symbolhaft durch die Verwendung eines Kennzeichens ausgedrückten Wiederbelebung bestimmter Organisationen sowie der symbolhaft gekennzeichneten Wiederbelebung der von solchen Organisationen verfolgten Bestrebungen.

Dabei wehrt § 86 a StGB als **abstraktes Gefährdungsdelikt** Gefahren ab, die schon allein mit dem **äußeren Erscheinungsbild eines Kennzeichens** verbunden sind. Ein **Unterstützungswille für die durch das Kennzeichen symbolisierte Organisation muss dabei nicht bestehen**. Die Norm verbannt somit die entsprechenden Kennzeichen grds. aus dem Bild des politischen Lebens und errichtet so ein kommunikatives „Tabu“. Es soll bereits jeder Anschein vermieden werden, in der Bundesrepublik Deutschland gebe es eine rechtsstaatswidrige politische Entwicklung in dem Sinne, dass verfassungsfeindliche Bestrebungen in der durch das Kennzeichen symbolisierten Richtung geduldet würden. Auch die den Kennzeichen zum Verwechseln ähnlich sehenden Symbole werden daher nach § 86 a II 2 StGB von der Strafnorm erfasst, da sie auf die öffentliche Auseinandersetzung in derselben Weise einzuwirken drohen, wie die verbotenen Symbole (BVerfG NJW 2009, 2805).

Nach der **Rspr. des BGH** ist ein **Kennzeichen** dann „zum Verwechseln ähnlich“ i. S. des § 86 a II 2 StGB, wenn ein **gesteigerter Grad sinnlich wahrnehmbarer Ähnlichkeit gegeben** ist. Erforderlich ist eine **objektiv vorhandene Übereinstimmung in wesentlichen Vergleichspunkten**. Es muss nach dem **Gesamteindruck** eines durchschnittlichen, nicht genau prüfenden Betrachters eine **Verwechslung mit dem Original** möglich sein. Dafür genügt nicht, dass sich lediglich einzelne Merkmale des Vorbilds in der Abwandlung wiederfinden, ohne das dadurch einem unbefangenen Betrachter, der das Original kennt, der Eindruck des Originalkennzeichens vermittelt wird (BGH NJW 2005, 3223 f.).

- II. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt, denn bei dem in Frage stehenden Symbol handelt es sich um **das obere Drittel der von 1935 bis 1945 verwendeten Hakenkreuzfahne des Dt. Reiches**, die sich von dem vorliegenden Symbol lediglich dadurch unterscheidet, dass das im Original in schwarzer Farbe abgebildete Hakenkreuz in roter Farbe dargestellt ist. **Bis auf die farbliche Abweichung entspricht die Darstellung daher dem (Teil-)Originalkennzeichen**.

„Eine Strafbarkeit scheidet nicht deshalb aus, weil das zum Verwechseln ähnliche Kennzeichen nur teilweise - hier zu einem Drittel - dargestellt wird. Infolge des weiten Kennzeichenbegriffs erfasst der Tatbestand des § 86 a StGB - vor allem bei mehrdeutigen Kennzeichen - auch **sozialadäquate Verwendungsformen**. Daher ist die Rspr. bestrebt, die Weite des Tatbestands

einzugrenzen. Dies geschieht anhand des Schutzzwecks der Norm. Dieser **Schutzzweck** bestimmt auch den möglichen Wortsinne des Kennzeichenbegriffs und die Auslegung der Frage, wann das konkret gebrauchte Symbol dem Originalkennzeichen zum Verwechseln ähnlich sieht. Ausgeschlossen werden hiernach Handlungen, welche dem Schutzzweck ersichtlich nicht zuwiderlaufen (vgl. BGH NStZ 2009, 88). Intendiert ist die **Vermeidung der Wiederbelebung nationalsozialistischer Tendenzen infolge des Gebrauchs** entsprechend assoziierungsgeeigneter Symbole.

Auch im Falle bloßer Verwendung von markanten Textteilen kann daher das Verwenden von Kennzeichen i. S. von § 86 a I StGB liegen, da auf charakteristische, für die Verkehrsauffassung im Bedeutungsgehalt erkennbare Symbole abgestellt wird (BVerfG 2009, 2805).

Diese Gefahr besteht aber auch dann, wenn **markante Teile der Hakenkreuzfahne wiedergegeben** werden. Der auf dem T-Shirt wiedergegebene Teil hat **Wiedererkennungs- und Identifikationsfunktion**. Ein um die Existenz und die Hintergründe der Hakenkreuzfahne wissender Beobachter wird auch den abgebildeten Teil einordnen können, so dass - nach einer Gesamtbetrachtung - die Gefahr der Wiederbelebung nationalsozialistischer Bestrebungen besteht.“ (OLG Dresden aaO)

StGB  
§ 176a II Nr. 1

**sexueller Missbrauch  
Zungenkuss**

StGB

(BGH in NJW 2011, 3111; Beschluss vom 14.04.2011 – 2 StR 65/11)

Ein „Zungenkuss“ ist i. d. R. keine dem Beischlaf ähnliche Handlung i. S. von § 176a II Nr. 1 StGB.

- I. Zur **Verwirklichung des Tatbestandes** des § 176a II Nr. 1 StGB ist erforderlich, dass der Täter mit dem Kind den **Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen** an ihm vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die **mit einem Eindringen in den Körper verbunden** sind.

Zwar ist **nicht jedes Eindringen in den Körper ausreichend**, sondern nur eine dem Beischlaf „ähnliche Handlung“. Davon werden andererseits nicht ausschließlich Fälle des Oral- oder Analverkehrs erfasst, also nur ein Eindringen mit dem männlichen Glied. Auch das Eindringen mit anderen Körperteilen oder mit Gegenständen in den Körper kann im Einzelfall genügen (vgl. BGH NJW 2000, 672). Erforderlich ist aber, dass die sexuelle Handlung mit Blick auf das geschützte Rechtsgut, nämlich die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern (BGHSt 53, 118 = NJW 2009, 1893 = NStZ 2009, 262), ähnlich schwer wiegt wie eine Vollziehung des Beischlafs.

- II. Eine andere Betrachtung ist geboten, wenn sich die Tat in einem „Zungenkuss“ erschöpft hat: Dieser kann zwar **als sexuelle Handlung von einiger Erheblichkeit i. S. von §§ 176 I, 184g Nr. 1 StGB** (differenzierend OLG Brandenburg NStZ-RR 2010, 45), die auch mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist, jedoch **nicht als eine zugleich „dem Beischlaf ähnliche“ Handlung** angesehen werden.

„Dagegen spricht schon das **äußere Erscheinungsbild der Handlung**, an der – anders als bei dem beischlafähnlichen Anal- oder Oralverkehr (vgl. dazu BGH NStZ 2000, 27) – **kein primäres Geschlechtsorgan beteiligt** ist. Soweit § 176a II Nr. 1 StGB auch deskriptive Elemente enthält, liegt die Gleichsetzung des Zungenkusses mit dem Beischlaf schon begrifflich fern. Die Ähnlichkeit der sexuellen Handlung mit dem Beischlaf ist aber vor allem auch an der Gewichtung der Rechtsgutsverletzung zu messen. Geschütztes Rechtsgut ist in den Fällen des § 176a StGB die ungestörte sexuelle Entwicklung des Kindes (BGHSt 45, 131 = NJW 1999, 2977; BGHSt 53, 118 = NJW 2009, 1893 = NStZ 2009, 262). Der **Zungenkuss wirkt** hierauf regelmäßig **nicht so intensiv ein wie ein Vaginal-, Oral- oder Analverkehr**. Schließlich ergibt sich auch aus den **Gesetzesmaterialien** nicht, dass der Gesetzgeber den Fall des Zungenkusses der Norm unterwerfen wollte (vgl. BT-Dr 13/8587, S. 31f.; zuvor BT-Dr 13/2463, S. 7 und BT-Dr 13/7324, S. 6; jew. zu § 177 II 2 Nr. 1 StGB).

Der Senat nimmt daher im Einklang mit der in der Lit. vorherrschenden Ansicht (vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl., § 176a Rn 8; Hörnle, LK-StGB, § 176a Rn 27; Schönke/Schröder, StGB, 77. Aufl., § 176a Rn 8; Renzikowski NStZ 2000, 367; Wolters, SK-StGB, § 176a Rn 16; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 2011, § 176a Rn 12) an, dass der „Zungenkuss“ in der Regel keine dem Beischlaf ähnliche Handlung i. S. des § 176a II Nr. 1 StGB ist.“ (BGH aaO)

StGB  
§ 177 I Nr. 1, 3

**sexuelle Nötigung  
Gewalteinwirkung durch Einsperren in einen umschlossenen Raum**

StGB

(BGH in NStZ-RR 2011, 311; Beschluss vom 10.05.2011 – 3 StR 78/11)

Das **Einsperren in einen umschlossenen Raum reicht als Gewalt i.S. des § 177 I Nr. 1 StGB aus, wenn es dazu dient**, das Opfer am Verlassen des Raumes zu hindern und so die **sexuellen Handlungen zu ermöglichen**. An der notwendigen finalen Verknüpfung der Gewalt mit der sexuellen Handlung kann es dagegen fehlen, wenn das Abschließen der Tür anderen Zwecken dient.

„Die Erfüllung der Tatbestandsalternative Nr. 1 setzt Gewalt als vis absoluta oder vis compulsiva voraus. Erforderlich ist eine **gegen den Körper des Opfers gerichtete Kraftentfaltung, die von diesem als körperlicher Zwang empfunden wird**. Die Gewalt muss Mittel zur Überwindung von Widerstand sein (st. Rspr.; vgl. nur Fischer, StGB, 58. Aufl., § 177 Rn 5 f. m. w. Nachw.).

Zwar kann bereits ein **Einsperren in einen umschlossenen Raum als Gewalt i.S. des § 177 I Nr. 1 StGB ausreichen**, wenn es dazu dient, das Opfer am Verlassen des Raumes zu hindern und so die sexuellen Handlungen zu ermöglichen; an der notwendigen finalen Verknüpfung der Gewalt mit der sexuellen Handlung kann es hingegen fehlen, wenn das Abschließen der Tür anderen Zwecken dient (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 42). Wozu der Angekl. die Tür des Mobilheimes verschlossen und den Gesch. dadurch eingeschlossen hat, hat das LG nicht ausdrücklich festgestellt. Durchgreifende Zweifel an dem Vorliegen der finalen Verknüpfung der in dem Einsperren liegenden Gewalt mit den sexuellen Handlungen ergeben sich daraus, dass der Angekl. und sein Mittäter ersichtlich erst geraume Zeit danach sowie nach mehreren anderen Nötigungen und Bedrohungen, der abgeurteilten gefährlichen Körperverletzung sowie nach anderen, das Opfer quälenden Handlungen übereinkamen, durch den Gesch. sexuelle Handlungen an sich vornehmen zu lassen.“ (BGH aaO)



**Zulässigkeit des Bereithaltens von Meldungen über Straftäter**  
(BGH in NJW 2011, 1825; Beschluss vom 15.03.2011 – 1 StR 529/10)

Das **Bereithalten einer wahrheitsgemäßen und nicht herabsetzenden Meldung über einen Straftäter in einem für aktive Mediennutzer zugänglichen Online-Archiv verletzt das Persönlichkeitsrecht** auch eines bereits entlassenen Straftäters **nicht**.

- I. Das Bereithalten einer Meldung über einen verurteilten Straftäter zum Abruf im Internet stellt einen **Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** dar.

*„Denn die **Berichterstattung über eine Straftat** unter Nennung des Namens des Straftäters **beeinträchtigt zwangsläufig dessen Recht auf Schutz seiner Persönlichkeit und Achtung seines Privatlebens**, weil sie sein **Fehlverhalten öffentlich bekannt macht** und seine Person in den Augen der Adressaten von vornherein negativ qualifiziert (vgl. BGHZ 143, 199 = NJW 2000, 1036; BGHZ 178, 213 = NJW 2009, 757; BGH NJW 2010, 757; BGH NJW 2010, 2432; BGH NJW 2006, 599 = VersR 2006, 274; BGH NJW 2010, 2728; BVerfGE 35, 202 = NJW 1973, 1226; BVerfG NJW 2006, 2835; BVerfG NJW 2009, 3357). Dies **gilt nicht nur bei aktiver Informationsübermittlung** durch die Medien, wie es im Rahmen der herkömmlichen Berichterstattung in Tagespresse, Rundfunk oder Fernsehen geschieht, **sondern auch dann, wenn** den Täter identifizierende Inhalte **lediglich auf einer passiven Darstellungsplattform im Internet zum Abruf bereitgehalten werden** (vgl. BVerfG NJW 2009, 3357). Diese Inhalte sind nämlich **grds. jedem interessierten Internetnutzer zugänglich** (vgl. BGH NJW 2010, 757; BGH NJW 2010, 2432; BGH NJW 2010, 2728; Verweyen/Schulz AfP 2008, 133).“* (BGH aaO)

- II. Das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** des Straftäters **wird** durch das Bereithalten der beanstandeten Inhalte zum Abruf im Internet **aber nicht zwangsläufig in rechtswidriger Weise verletzt**. Vielmehr sind hierbei die **besonderen Umstände des Einzelfalles, das Informationsinteresse der Öffentlichkeit** und ihr **Recht auf freie Meinungsäußerung gegeneinander abzuwägen**.

1. In der **Rspr. des BVerfG** sind verschiedene Kriterien entwickelt worden, die Leitlinien für den konkreten Abwägungsvorgang vorgeben (vgl. BVerfG NJW 2009, 3357). Danach müssen wahre Tatsachenbehauptungen in der Regel hingenommen werden, auch wenn sie nachteilig für den Betroffenen sind, unwahre dagegen nicht. Allerdings kann auch eine wahre Darstellung das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen verletzen, wenn sie einen Persönlichkeitsschaden anzurichten droht, der außer Verhältnis zu dem Interesse an der Verbreitung der Wahrheit steht. Dies kann insbes. dann der Fall sein, wenn die Aussagen geeignet sind, eine erhebliche Breitenwirkung zu entfalten und eine besondere Stigmatisierung des Betroffenen nach sich zu ziehen, so dass sie zum Anknüpfungspunkt für eine soziale Ausgrenzung und Isolierung zu werden drohen (vgl. BVerfGE 97, 391 = NJW 1998, 2889; BVerfG NJW 2009, 3357).

Geht es um eine Berichterstattung über eine Straftat, so ist zu berücksichtigen, dass eine solche Tat zum **Zeitgeschehen** gehört, **dessen Vermittlung Aufgabe der Medien ist**.

*„Die Verletzung der Rechtsordnung und die Beeinträchtigung individueller Rechtsgüter, die Sympathie mit den Opfern, die Furcht vor Wiederholungen solcher Straftaten und das Bestreben, dem vorzubeugen, begründen grds. ein anerkennungsfähiges Interesse der Öffentlichkeit an näherer Information über Tat und Täter. Dieses wird umso stärker sein, je mehr sich die Tat in Begehungsweise und Schwere von der gewöhnlichen Kriminalität abhebt. Bei schweren Gewaltverbrechen ist in der Regel ein über bloße Neugier und Sensationslust hinausgehendes Interesse an näherer Information über die Tat und ihren Hergang, über die Person des Täters und seine Motive sowie über die Strafverfolgung anzuerkennen (vgl. BVerfG NJW 1973, 1226; BVerfG NJW 2009, 3357; vgl. auch BGHZ 143, 199 = NJW 2000, 1036).“* (BGH aaO)

2. Bei der Abwägung des Informationsinteresses der Öffentlichkeit an einer Berichterstattung mit der damit zwangsläufig verbundenen Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Täters verdient für die aktuelle Berichterstattung über Straftaten das **Informationsinteresse im Allgemeinen den Vorrang**.

*„Denn wer den Rechtsfrieden bricht und durch diese Tat und ihre Folgen Mitmenschen angreift oder verletzt, muss sich nicht nur den hierfür verhängten strafrechtlichen Sanktionen beugen, sondern er muss auch dulden, dass das von ihm selbst erregte Informationsinteresse der Öffentlichkeit auf den dafür üblichen Wegen befriedigt wird (vgl. BVerfG NJW 1973, 1226; BVerfG NJW 2009, 3357; vgl. auch BGHZ 143, 199 = NJW 2000, 1036; BGHZ 178, 213 = NJW 2009, 757; BGH NJW 2006, 599).“* (BGH aaO)

3. Mit **zeitlicher Distanz zur Straftat** gewinnt dagegen das **Interesse des Täters, von einer Reaktualisierung seiner Verfehlung verschont zu bleiben, zunehmende Bedeutung**.

*„Das Persönlichkeitsrecht bietet Schutz vor einer zeitlich uneingeschränkten Befassung der Medien mit der Person des Straftäters und seiner Privatsphäre (vgl. BVerfG NJW 1973, 1226; BVerfG NJW 2009, 3357). Hat die das öffentliche Interesse veranlassende Tat mit der Verfolgung und Verurteilung die **gebotene rechtliche Sanktion erfahren** und ist die **Öffentlichkeit** hierüber **hinreichend informiert worden**, lassen sich wiederholte Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Täters im Hinblick auf sein Interesse an der Wiedereingliederung in die Gemeinschaft nicht ohne Weiteres rechtfertigen. Hiermit ist allerdings keine vollständige Immunisierung vor der ungewollten Darstellung persönlichkeitsrelevanter Geschehnisse gemeint. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht vermittelt Straftätern keinen Anspruch darauf, in der Öffentlichkeit überhaupt nicht mehr mit ihrer Tat konfrontiert zu werden.*

*Selbst die **Verbüßung der Straftat führt nicht dazu, dass ein Täter den uneingeschränkten Anspruch erwirbt, mit der Tat „allein gelassen zu werden“**. Maßgeblich ist vielmehr stets, in welchem Ausmaß das Persönlichkeitsrecht einschließlich des Resozialisierungsinteresses des Straftäters von der Berichterstattung unter den konkreten Umständen des Einzelfalles beeinträchtigt wird (vgl. BGH NJW 2010, 757; BGH NJW 2010, 2432; BGH NJW 2010, 2728; BVerfG NJW 2000, 1859; BVerfG NJW 2009, 3357 jew. m. w. Nachw.). Für die Intensität der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts kommt es auch auf die Art und Weise der Darstellung, insbesondere auf den Grad der Verbreitung des Mediums*

an. So stellt eine Fernsehberichterstattung in der Regel einen weitaus stärkeren Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen dar als eine Wortberichterstattung (vgl. BVerfG NJW 2000, 1859 u. NJW 2009, 3357).“ (BGH aaO)

GO NRW  
§ 30 I 1

**Verschwiegenheitspflicht des Gemeinderats  
nichtöffentliche Sitzung**

öffR

(OVG Münster in DÖV 2011, 617 = NWVBI 2011, 346; Beschluss vom 07.04.2011 – 15 A 441/11)

- I. **Der Geheimhaltungspflicht** i. S. von § 30 I S. 1 GO NRW unterliegen auch **alle Angelegenheiten, die der Rat in nichtöffentlicher Sitzung berät, ohne zuvor die Öffentlichkeit (ausdrücklich) ausgeschlossen zu haben.**

„Denn der vorgenannte Tagesordnungspunkt wurde in nichtöffentlicher Sitzung behandelt, woraus die Geheimhaltungsbedürftigkeit der entsprechenden Beratung folgte.

In der Rspr. des Senats ist anerkannt, dass im Beschluss des Rates, in einer Angelegenheit die Öffentlichkeit auszuschließen, zugleich der Beschluss i. S. von § 30 I 1 GO NRW liegt, die Angelegenheit geheim zu halten (vgl. OVG NRW NWVBI. 2010, 237). Dementsprechend unterliegen der Geheimhaltung auch alle Angelegenheiten, die der Rat in nichtöffentlicher Sitzung berät, ohne zuvor die Öffentlichkeit (ausdrücklich) ausgeschlossen zu haben.“ (OVG Münster aaO)

- II. Die **Pflicht zur Verschwiegenheit** von Ratsmitgliedern **entfällt** ausnahmsweise dann, **wenn die Geheimhaltung der Angelegenheit nicht mehr möglich ist.** Dies ist erst dann der Fall, wenn die fragliche Tatsache offenkundig ist.

„Richtig ist, dass die Pflicht zur Verschwiegenheit Grenzen hat. Sie gilt nur, wenn die Geheimhaltung der Angelegenheit noch möglich ist. Das ist allerdings erst dann nicht mehr der Fall, wenn die **fragliche Tatsache offenkundig** ist (vgl. OVG NRW DÖV 1966, 504; vgl. ferner Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 2010, § 84 Anm. 3.1; Knack/Henneke, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl., 2010, § 84 Rn 7); offenkundig sind aber nur solche **Tatsachen, die allgemein bekannt oder jederzeit feststellbar sind**, von denen also ein verständiger Mensch **jederzeit durch Nutzung allgemein zugänglicher Informationsquellen ohne Aufwand Kenntnis erlangen kann** (vgl. BGHSt 48, 28 ff.; Bader/Ronellenfitsch, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2010, § 84 Rn. 3.1).“ (OVG Münster aaO)

BW SchulG  
§ 90 VI

**Ausschluss vom Unterricht  
wegen in der Freizeit vorgenommener Internet-Eintragungen**

öffR

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2011, 647; Beschluss vom 12.05.2011 – 9 S 1056/11)

Auch in der **Freizeit vorgenommene Internet-Eintragungen können grds. schulischen Bezug aufweisen** und damit **geeignet sein, schulische Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen**, wie z.B. den Ausschluss vom Unterricht, **auszulösen**, wenn sie störend in den Schulbetrieb hineinwirken.

„Nach st. Rspr. des Senats beschränkt sich die Reaktionsmöglichkeit der Schule nicht auf das Verhalten der Schüler im Bereich des Schulgebäudes und des Schulhofs; maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist vielmehr, ob das Verhalten störend in den Schulbetrieb hineinwirkt.

Wie der tatsächliche Ablauf gezeigt hat, hat sich das **Fehlverhalten** der Ast. aber **innerhalb der Schule und insbes. in ihrer Klasse ausgewirkt**. Dies war auch kein Zufall, vielmehr hatten die Ast. und die Adressatin ihrer Beleidigungen alleine durch ihren gemeinsamen Schulalltag miteinander zu tun. Der Eintrag der Ast. ist auch nur für diejenigen verständlich, die sowohl die Ast. – auf deren Seite der Eintrag offenbar erschien – als auch die Adressatin kennen, was primär für die Klassen- bzw. Schulkameradinnen und -kameraden gelten dürfte.

Zwar **dürfen Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen nur zu schulischen Zwecken eingesetzt werden**. Hierzu gehört vor allem der Schutz von Personen und Sachen, insbes. die körperliche Unversehrtheit, sexuelle Selbstbestimmung sowie Ehre und Eigentum der am Schulleben Beteiligten. Dient aber die verhängte Maßnahme dem Schutz dieser Güter und bezweckt sie auf den diese Schutzgüter verletzenden Schüler einzuwirken, so ist **grds. ohne Belang, wo das Fehlverhalten stattfindet**. Auch ein Internet-Eintrag kann daher schulische Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen nach sich ziehen.“ (VGH Mannheim aaO)

**Entscheidungen Verfahrensrecht**

**ZPO** **Anforderungen an eine Austauschpfändung** **ZPO**  
**§§ 811, 811a** **bei Pkw gleiche Haltbarkeit und Lebensdauer erforderlich**  
**(BGH in NJW-RR 2011, 1366; Beschluss vom 16.06.2011 – VII ZB 114/09)**

1. Die Austauschpfändung eines nach § 811 I Nr. 5 ZPO unpfändbaren Kraftfahrzeugs ist nur zulässig, wenn das **Ersatzstück eine annähernd gleiche Haltbarkeit und Lebensdauer** wie das gepfändete Fahrzeug aufweist.
2. Das ist dann nicht der Fall, wenn das gepfändete Kraftfahrzeug neun Jahre alt mit einer Laufleistung von 50 000 km, das Ersatzstück dagegen 19 Jahre alt mit einer Laufleistung von 200 000 km ist.

**Fall:** Die Gläubigerin betreibt die Zwangsvollstreckung wegen einer Forderung von insgesamt 46.014,09 Euro gegen die Schuldnerin. Die Schuldnerin ist im Besitz eines Audi TT 1,8 T Roadster/Cabrio, Baujahr 2000, mit einem Händlerverkaufswert von 12.300 Euro. Mit diesem Fahrzeug legt sie die Wegstrecke zwischen ihrem Wohnort und ihren Arbeitsstellen in den MK-Kliniken mit Dienstorten in S. und G. zurück, wo sie als Krankenschwester im Schichtdienst arbeitet. Die Gläubigerin hat das Fahrzeug am 08.05.2008 durch den Gerichtsvollzieher pfänden lassen. Mit Schreiben vom 13.03.2009 hat sie beantragt, eine Austauschpfändung mit der Maßgabe zuzulassen, dass der gepfändete Pkw auszutauschen ist gegen den Pkw Volkswagen Golf II 1,3 G-Kat, Baujahr 1990. Dieses Fahrzeug weist laut TÜV-Bericht vom April 2008 einen Kilometerstand von ca. 200 000 und oberflächliche Verrostungen an der Hinterachse auf und hat „überalterte“ Reifen. Die Rechtspflegerin beim AG hat die Austauschpfändung für zulässig erklärt. Zu Recht?

### I. Pfändungsschutz für Pkw, § 811 ZPO

Der Beschluss über die Zulassung einer Austauschpfändung setzt voraus, dass es sich bei dem Pkw der Schuldnerin um eine nach § 811 ZPO unpfändbare Sache handelt.

Nach § 811 ZPO unterliegen solche Gegenstände nicht der Pfändung, die der Schuldner für seine Lebensführung, seine Berufstätigkeit oder für den Unterhalt seiner Familie benötigt. Hierzu gehören nach § 811 I Nr. 5 ZPO bei Personen, die aus ihrer körperlichen oder geistigen Arbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen, die zur Fortsetzung dieser Erwerbstätigkeit erforderlichen Gegenstände. Da die Schuldnerin im Schichtdienst an verschiedenen Orten tätig ist, könnte es sich bei dem Pkw um einen solchen zur Fortsetzung ihrer Erwerbstätigkeit erforderlichen Gegenstand handeln.

*„Zutreffend ist die Ansicht ....., die Schuldnerin könne sich auf die Unpfändbarkeit des Kraftfahrzeugs Audi TT berufen, § 811 I Nr. 5 ZPO, weil sie das Fahrzeug für ihre Fahrten zur Arbeitsstelle benutze und hierauf zur Erzielung von Einkünften angewiesen sei.“ (BGH aaO)*

### II. Vorliegen der Voraussetzungen für eine Austauschpfändung

Nach § 811a ZPO ist dem Schuldner statt der geschützten Sache **eine dem gleichen Zweck dienende Sache zur Verfügung** zu stellen. Der Austausch-Pkw muss daher dem durch § 811a I i.V.m. § 811 I Nr. 5 ZPO geschützten Verwendungszweck der Fortführung der Erwerbstätigkeit in gleicher Weise genügen wie das gepfändete Fahrzeug. Die Bewältigung der Fahrstrecke ist mit dem Austauschfahrzeug ohne weiteres auch möglich, allerdings ist dieser **älter und reparaturanfälliger**. Das gepfändete Fahrzeug würde hingegen schon allein aufgrund seines geringeren Alters länger halten. Fraglich ist, ob auch solche Aspekte für die Frage der Sicherung des geschützten Verwendungszwecks relevant sind.

#### 1. Schutzzweck der Pfändungsverbote

Für die Beantwortung dieser Frage ist zunächst relevant, welchen Schutzzweck die Pfändungsverbote des § 811 ZPO verfolgen.

*„Die Pfändungsverbote des § 811 I ZPO dienen dem **Schutz des Schuldners aus sozialen Gründen im öffentlichen Interesse** und beschränken die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen mit Hilfe staatlicher Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Sie sind Ausfluss der in Art. 1 und Art. 2 GG garantierten **Menschenwürde** bzw. allgemeinen **Handlungsfreiheit** und enthalten eine Konkretisierung des verfassungsrechtlichen **Sozialstaatsprinzips** (Art. 20 I, 28 I GG). Dem Schuldner und seinen Familienangehörigen soll durch sie*

die **wirtschaftliche Existenz erhalten** werden, um – unabhängig von Sozialhilfe – ein bescheidenes, der Würde des Menschen entsprechendes Leben führen zu können (BGH, NJW-RR 2004, 789).

Innerhalb dieses allgemeinen Rahmens soll durch § 811 I Nr. 5 ZPO erreicht werden, dass der Schuldner seine Arbeitskraft für sich und seine Familienangehörigen einsetzen kann; er soll auch **künftig den Unterhalt** für sich und seine Familienangehörigen aus eigenen Kräften **erwirtschaften** können (BGH, NJW-RR 2010, 642).“ (BGH aaO)

Bei Kraftfahrzeugen, die der Bewältigung der Fahrtstrecke zu dem Arbeitsplatz eines Arbeitnehmers dienen, ist zunächst zu prüfen, ob diese hierzu überhaupt erforderlich sind oder ob nicht ein Ausweichen auf andere Verkehrsmittel (Fußweg, Fahrrad, öffentlicher Personennahverkehr) möglich und zumutbar ist. Hier wurde aber bereits festgestellt, dass das Kraftfahrzeug zur Bewältigung der Fahrtwege erforderlich ist.

„Bei Fahrzeugen, die dem Schuldner das **Erreichen seines Arbeitsplatzes** am Dienort ermöglichen, ist ein **Austausch** nach § 811 a I ZPO **grundsätzlich möglich**. Ein höherwertiges Fahrzeug kann in der Regel gegen einen einfachen Pkw ausgetauscht werden. Er muss lediglich dem geschützten Verwendungszweck nach seiner Ausgestaltung genügen, er muss jedoch **nicht von gleicher Art und Güte** sein (Gruber, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl., § 811a Rn 3; Musielak/Becker, ZPO, 7. Aufl., § 811a Rn 2; Flury, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 811 a Rn 3; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 811 a Rn 3; a. M. Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 811 a Rn 3).“ (BGH aaO)

Vor diesem Hintergrund kann ein Audi TT Cabrio auch grundsätzlich durch einen VW Golf ausgetauscht werden. Hier ist aber die Besonderheit zu beachten, dass es sich um einen Golf II, also um ein erheblich älteres Fahrzeug mit einer deutlich höheren Laufleistung handelt. Fraglich ist, ob die erwerbssichernde Funktion des Austausches sich nur auf die aktuelle Lage bezieht.

„Dem Schutzzweck des § 811 I Nr. 5 ZPO ist nur dann Genüge getan, wenn die **Fortsetzung der Erwerbstätigkeit auch zukünftig** und für einen nicht nur kurzfristigen Zeitraum gewährleistet ist. Der Schutz des Schuldners nach § 811 ZPO wäre unvollkommen, wenn das Ersatzstück **nicht die annähernd gleiche Haltbarkeit und Lebensdauer** wie der gepfändete Gegenstand aufweisen würde (Stein/Jonas/Münzberg, § 811 a Rn 3; Flury, in: Prütting/Gehrlein, § 811 a Rn 3; Zöller/Stöber, § 811 a Rn 3; Musielak/Becker, § 811 a Rn 2; Gruber, in: MünchKomm-ZPO, § 811 a Rn 3).

Nach den Feststellungen des BeschwGer. kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Haltbarkeit und die Lebensdauer des Ersatzstücks der des gepfändeten Gegenstandes annähernd gleich kommt. Der **Audi** der Schuldnerin war im Zeitpunkt der Austauschpfändung **neun Jahre** alt, das Ersatzstück **VW Golf** war **19 Jahre** alt. Der Audi besaß eine Laufleistung von ca. 50 000 km, der Golf eine solche von 200 000 km. Zudem waren die Reifen des Golfs überaltert und die Hinterachse angerostet. Es liegt daher **mangels vergleichbarer Haltbarkeit kein Ersatzstück** vor, das geeignet wäre, den durch das Pfändungsverbot des § 811 I Nr. 5 ZPO geschützten Verwendungszweck zu erfüllen.“ (BGH aaO)

**Ergebnis:** Die Voraussetzungen für eine Austauschpfändung lagen demnach nicht vor. Der Beschluss ist rechtswidrig.



StPO  
§ 408b

**Pflichtverteidigerbestellung**  
**Umfang der Bestellung im Strafbefehlsverfahren**  
(OLG Celle in StV 2011, 661; Beschluss vom 22.02.2011 – 2 Ws 415/10)

StPO

Die **Beordnung eines Verteidigers für das Strafbefehlsverfahren nach § 408b StPO gilt auch für die auf den Einspruch folgende Hauptverhandlung.**

**Fall:** Das AG erließ gegen die damalige Angekl. und inzwischen rechtskräftig verurteilte F einen Strafbefehl wegen Urkundenfälschung und verhängte gegen sie eine Freiheitsstrafe. Zuvor hatte das AG der Angekl. Rechtsanwalt K gem. § 408 b StPO als Verteidiger bestellt, eine die Reichweite der Bestellung einschränkende Formulierung enthält der Bestellungsbeschluss nicht. Auf den Einspruch gegen diesen Strafbefehl beraumte das AG die Hauptverhandlung an, in der der Einspruch zurückgenommen wurde.

Danach beantragte der Pflichtverteidiger die Festsetzung seiner Gebühren, die das AG antragsgemäß festsetzte. Hiergegen legte der Bezirksrevisor Erinnerung ein, mit der er sich gegen die Festsetzung einer Termingebühr wandte. Eine solche sei nicht entstanden, weil die Beordnung des Verteidigers nach § 408 b StPO nicht die Tätigkeit in der Hauptverhandlung nach einem Einspruch gegen den Strafbefehl umfasse.

**Die Frage, wie weit die Pflichtverteidigerbestellung nach § 408 b StPO reicht, ist in Lit. und Rspr. umstritten.**

- I. Nach den **Vertretern einer Ansicht** (AG Höxter StV 1995, 519) soll die **Verteidigerbestellung** nach § 408 b StPO bis zur Entscheidung über den Erlass oder Nichterlass des beantragten Strafbefehls zu **befristen** sein, weil der Angekl. im Strafbefehlsverfahren nicht besser gestellt werden solle, als derjenige Angekl., der ebenfalls eine Freiheitsstrafe zu erwarten hat, aber angeklagt wird und bei dem sich die Verteidigerbestellung nach den strengeren Maßstäben des § 140 StPO richtet.
- II. Nach einer **weiteren Auffassung** soll die Beordnung auch ohne Befristung jedenfalls nicht für das weitere Verfahren nach Einspruchseinlegung, also nicht für die auf den Einspruch folgende Hauptverhandlung gelten, jedoch noch für die Einlegung des Einspruchs gegen den Strafbefehl.

Dies folge aus der **gebotenen einschränkenden Auslegung des § 408 b StPO**, der nicht auf die Vorschriften über die Pflichtverteidigerbeordnung insgesamt, sondern nur auf § 141 III StPO verweise, welcher die Bestellung des Verteidigers während des Vorverfahrens betrifft.

Diese einschränkende Auslegung trage dem **Willen des Gesetzgebers** Rechnung, der § 408 b StPO für die besondere prozessuale Situation der Verhängung einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr mit Bewährung im Strafbefehlsverfahren geschaffen habe. der Katalog der notwendigen Verteidigung nach § 140 StPO habe aber unberührt bleiben sollen.

Zudem werde bei einer weiteren Auslegung des § 408 b StPO derjenige besser gestellt, der nach § 407 StPO nur eine Freiheitsstrafe mit Bewährung zu erwarten hat, während der Angekl., der sofort angeklagt wird und ggf. eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung zu erwarten hat, einen Verteidiger nur unter den strengeren Voraussetzungen des § 140 StPO bestellen erhalten könne (vgl. OLG Düsseldorf NStZ 2002, 390, Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 408 b Rn 6. Metzger, KMR, StPO, § 408 b Rn 10; Lutz NStZ 1998, 395). Durch § 408 b StPO habe nur das Manko der fehlenden persönlichen Anhörung vor Erlass des Strafbefehls kompensiert werden sollen, was mit der Beratung durch den beigeordneten Verteidiger über die beantragte Rechtsfolge erledigt sei (vgl. AG Höxter aaO).

- III. Demgegenüber soll nach einer zunächst nur in der **Lit.**, nunmehr jedoch auch in der **neueren Rspr.** vertretenen Auffassung die **Beordnung nach § 408 b StPO auch für die auf den Einspruch folgende Hauptverhandlung** gelten.

vgl. Gössel, LR StPO, 26. Aufl., § 408 b Rn 12; KK/Fischer, StPO, 6. Aufl., § 408 b Rn 8; Loos, AK StPO, 1. Aufl., § 408 b Rn 4; Kurth/Julius, StPO, 4. Aufl., § 408 b Rn 6; Siegismund/Wickern wistra 1993, 81; Böttcher/Mayer NStZ 1993, 153; Schellenberg NStZ 1994, 570; Brackert/Staechelin StV 1995, 547; Radtke/ Hohmann/Alexander, StPO, 1. Aufl., § 408 b Rn 7; OLG Köln StV 2010, 68; in diese Richtung, letztlich jedoch offen gelassen OLG Oldenburg Strafo 2010, 430

## IV. OLG Celle aaO schließt sich der letztgenannten Auffassung an.

1. **Aus dem Gesetz selbst ergibt sich eine zeitliche Begrenzung** der Reichweite der Beiordnung **nicht**, da § 408 b StPO anders als etwa §§ 118 a II 3, 350 III 1 und § 418 IV StPO eine solche Begrenzung gerade nicht enthält.

*„Der Verweis auf § 141 III StPO in § 408 b S. 2 StPO lässt sich als Argument für eine Beschränkung der Reichweite der Beiordnung nicht nutzbar machen: § 141 III StPO betrifft die Bestellung eines Verteidigers bereits im Vorverfahren, wobei diese Bestellung gerade nicht befristet ist, sondern regelmäßig für das gesamte Verfahren gilt.“ (OLG Celle aaO)*

2. Auch die **Kompensationsfunktion des § 408 b StPO** als Ausgleich für die fehlende persönliche Anhörung des Angeschuldigten vor Erlass des Strafbefehls **rechtfertigt** die Annahme der **zeitlichen Beschränkung der Beiordnung** bis zur Entscheidung über den Erlass oder Nichterlass des Strafbefehls **nicht**.

*„Die **besondere prozessuale Situation**, die durch die Beiordnung nach § 408 b StPO kompensiert werden soll, besteht in veränderter Form auch nach Erlass des Strafbefehls fort. § 411 StPO, welcher das Verfahren nach Einlegung des Einspruches regelt, verweist in Abs. 2 S. 2 nämlich auf § 420 StPO, nach dessen Abs. 4 im Verfahren vor dem Strafrichter Beweisanträge ohne Bindung an § 244 III StPO abgelehnt werden können.*

*Zudem kann nach § 420 I, III StPO bei Zustimmung des Angekl., des Verteidigers und der Staatsanwaltschaft, soweit sie in der Hauptverhandlung anwesend sind, die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten durch Verlesung von Niederschriften über eine frühere Vernehmung oder Urkunden, die von der betreffenden Person erstellte schriftliche Äußerungen enthalten, ersetzt werden.“ (OLG Celle aaO)*

3. Diese für das beschleunigte Verfahren bestimmte Erleichterung wird im beschleunigten Verfahren dadurch ausgeglichen, dass nach § 418 IV StPO dem Angekl., der eine Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten zu erwarten hat, ein Verteidiger beizuordnen ist.

*„Die Verhängung einer solchen Strafe wird in den Fällen der Pflichtverteidigerbestellung nach § 408 b StPO häufig anzutreffen sein. § 408 b StPO verweist indes nicht auf § 418 IV StPO, obwohl § 408 b S. 2 StPO die Vorschrift über die Hauptverhandlung im beschleunigten Verfahren (§ 420 StPO) für anwendbar erklärt.*

*Dieser **fehlende Verweis** spricht für die Fortgeltung der Beiordnung aus § 408 b StPO auch für die auf den Einspruch gegen den Strafbefehl folgende Hauptverhandlung, denn es ließe sich nicht erklären, dass derjenige, der über das Strafbefehlsverfahren und die Hauptverhandlung zu der nach § 420 StPO verkürzten Beweisaufnahme gelangt, keinen Pflichtverteidiger (mehr) hat, während dem Angekl., gegen den das beschleunigte Verfahren betrieben wird, unter den Voraussetzungen des § 418 IV StPO zwingend ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist (so auch OLG Oldenburg aaO). Dies gilt umso mehr, da für denjenigen, der im Strafbefehlsverfahren verfolgt wird, weder das Verbot der reformatio in peius (vgl. Meyer/Goßner, § 411 Rn 11), noch die im beschleunigten Verfahren geltende Beschränkung des § 419 I 2 StPO, nach der weder eine über ein Jahr hinausgehende Freiheitsstrafe noch eine Maßregel der Sicherung und Besserung angeordnet werden darf, gilt (vgl. auch OLG Köln aaO; Brackert/Staechelin aaO).“ (OLG Celle aaO)*

4. Da die Kompensationsfunktion der Verteidigerbeiordnung aus § 408 b StPO somit nicht mit Erlass des Strafbefehls bzw. mit Einlegung des Einspruchs gegen diesen endet, steht auch die in den **Gesetzesmaterialien** enthaltene Begründung, die Pflichtverteidigerbestellung nach § 408 b StPO sei wegen der besonderen prozessualen Situation geboten (vgl. BT-Drucksache 12/3832 S. 42), einer Erstreckung der Pflichtverteidigerbestellung über die Einlegung des Einspruchs hinaus gerade nicht entgegen (OLG Celle aaO).

VwGO  
§§ 80 V, 60**Einstweiliger Rechtsschutz  
bei Wiedereinsetzungsantrag nach Fristversäumnis**

VwGO

(OVG Münster in NVwZ-RR 2011, 753; Beschluss vom 24.05.2011 – 14 B 391/11)

1. Nach **Eintritt der Bestandskraft** ist das Verfahren nach **§ 80 V VwGO grundsätzlich unzulässig**.
2. Etwas anderes kann dann gelten, wenn die Bestandskraft durch die Gewährung einer beantragten **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** beseitigt werden kann.
3. In einem solchen Fall ist auch schon vor der Wiedereinsetzung der einstweilige Rechtsschutz über § 80 V VwGO zu suchen, wenn eine **überwiegende Wahrscheinlichkeit** dafür besteht, dass die **Wiedereinsetzung gewährt** werden wird.
4. Nimmt in Gericht dies an und ordnet deshalb nach § 80 V VwGO die aufschiebende Wirkung an, so kann das Beschwerdegericht die Einschätzung, dass mit überwiegenden Wahrscheinlichkeit Wiedereinsetzung gewährt werden wird, wegen § 60 V VwGO nicht überprüfen, da anderenfalls die gesetzliche Regelung unterlaufen würde.

**Fall:** Die Ast. und ihre Stiefmutter begaben sich nach dem Tode des Vaters bzw. Ehemannes zu einem Bestattungsunternehmen. Dort wurde die Bestattung in Auftrag gegeben. Das Unternehmen reichte einen schriftlichen Bestattungsauftrag auf einem Formblatt bei der Ag., der Stadt als Friedhofsträgerin, ein, nach dem die Ast. die Bestattung in Auftrag gegeben habe und auch Bescheidempfängerin sein solle. Die Einzelheiten des Zustandekommens des Formblatts sowie die Frage, ob die Ast. oder ihre Stiefmutter den Auftrag unterzeichnet hat, sind streitig.

Die Ag. erließ gegenüber der Ast. einen Bescheid über die Friedhofsgebühren, den diese nach Ablauf der Klagefrist unter Beantragung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anfocht. Die Ast. beantragte zudem beim VG die Anordnung der aufschiebenden Wirkung dieser Klage. Wird dies Erfolg haben?

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

**I. Zulässigkeit des Antrags****1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO**

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Hier wird um die Erhebung kommunaler Gebühren gestritten. Das Gebührenrecht ist ohne weiteres dem öffentlichen Recht zugehörig und auch kein Verfassungsrecht. Der Verwaltungsrechtsweg ist mangels Eingreifen von Sonderzuweisungen daher gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

**2. Statthafte Antragsart**

Fraglich ist, ob das Verfahren auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO hier die richtige Verfahrensart des einstweiligen Rechtsschutzes darstellt.

In Abgrenzung zum Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO ist nach § 123 V VwGO vorab stets zu prüfen, ob nicht der Eilrechtsschutz über § 80 V oder § 80 a VwGO zu suchen ist.

Das Verfahren nach § 80 V VwGO ist immer dann statthaft, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist und der Suspensiveffekt des Hauptsacherechtsbehelfs entfallen ist.

Gegen den Gebührenbescheid als die Ast. belastenden Verwaltungsakt ist die Anfechtungsklage gegen die richtige Klageart. Auch würde nach § 80 I 1 Nr. 1 VwGO der Suspensiveffekt der Klage entfallen, da hier um die Geltendmachung öffentlicher Gebühren gestritten wird.

**a) Relevanz der Versäumnung der Klagefrist**

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Klagefrist bereits abgelaufen war, so dass schon Bestandskraft eingetreten ist und eigentlich gar nicht mehr über eine

sofortige Vollziehbarkeit nach § 80 I 1 Nr. 1 VwGO, die vor Eintritt von Bestandskraft relevant ist, gestritten werden kann.

„Das führt **grundsätzlich** zur **Unzulässigkeit** eines Antrags nach § 80 V VwGO (vgl. Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 80 Rn 129; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Loseblsgl. Stand: Mai 2010, § 80 Rn 311).

Allerdings könnte etwas anderes gelten, wenn die verfristete Klage mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorliegenden Stand verbunden war.

Das hindert aber die Zulässigkeit des Antrags nicht in jedem Falle, da die **Bestandskraft durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** hinsichtlich der versäumten Klagefrist **beseitigt** werden kann (§ 60 VwGO). Allerdings tritt diese Wirkung erst mit Gewährung der Wiedereinsetzung ein, so dass die **Bestandskraft** des angefochtenen Verwaltungsakts **zur Zeit unbestreitbar** ist und somit in Betracht kommt, **einstweiligen Rechtsschutz** nur im Wege einer einstweiligen Anordnung **nach § 123 VwGO** zu gewähren (so für den automatischen Suspensiveffekt nach § 80 I VwGO: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl., Rn 651; a. A. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., § 80 Rn 50), die es auch in dieser Konstellation jedenfalls für erwägbar halten, Rechtsschutz nach § 80 V VwGO zu gewähren.“ (OVG Münster aaO)

## b) Besonderheiten bei gleichzeitigem Wiedereinsetzungsantrag

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass § 123 V VwGO den Vorrang des Verfahrens nach § 80 V VwGO im Zusammenhang mit einer Anfechtungssituation und der gerichtlichen Auseinandersetzung um den Eintritt des Suspensiveffekts für vorrangig erachtet.

### aa) § 80 V VwGO auch vor Gewährung der Wiedereinsetzung möglich

„In der Hauptsache ist zur Beseitigung des durch den Gebührenbescheid erfolgten Eingriffs eine Anfechtungsklage zu erheben, was schon allein für Rechtsschutz nach § 80 V VwGO spricht (vgl. zur Abgrenzung der beiden Institute: Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 123 Rn 28; Eyermann/Happ, VwGO, 13. Aufl., § 123 Rn 9).

Speziell bei dem hier in Rede stehenden Fall eines gem. § 80 II Nr. 1 VwGO ohnehin auch vor Bestandskraft vollziehbaren Verwaltungsakts wäre es **gekünstelt**, in der **Zeit bis zur Wiedereinsetzung** für den vorläufigen Rechtsschutz die Maßstäbe der **einstweiligen Anordnung** anzulegen, aber nach **Gewährung der Wiedereinsetzung** Rechtsschutz nach Maßgabe des **§ 80 V VwGO** zu gewähren. Vielmehr ist der Wiedereinsetzungsmöglichkeit und damit dem möglichen Wegfall der Bestandskraft im Rahmen der zu treffenden gerichtlichen Entscheidung, ob die Vollziehung ausgesetzt werden soll, Rechnung zu tragen.“ (OVG Münster aaO)

### bb) Überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Wiedereinsetzung

Fraglich ist, von welchen Voraussetzungen es abhängig ist, ob der einstweilige Rechtsschutz im Falle eines Wiedereinsetzungsantrags tatsächlich in der Verfahrensart des § 80 V VwGO gewährt wird.

„Das VG hat dabei zu Recht für diese Frage der Zulässigkeit des Antrags trotz eingetretener Bestandskraft des Verwaltungsakts denselben Maßstab **überwiegender Wahrscheinlichkeit** angelegt, wie er für die Begründetheit des Antrags anzulegen ist, ob nämlich **ernstliche Zweifel** an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts entsprechend § 80 IV 3 VwGO im Sinne einer **überwiegenden Wahrscheinlichkeit** bestehen.

Mit **überwiegender Wahrscheinlichkeit** wird das **VG Wiedereinsetzung gewähren**. Es hat diese Absicht im angegriffenen Beschluss angekündigt, und es ist nicht zu erwarten, dass es auf Grund des Vorbringens der Ag. im Beschwerdeverfahren seine Auffassung ändern wird. Die Ag. wendet sich im Hinblick auf die Wiedereinsetzung im Wesentlichen gegen die rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch das VG, ohne dass neue, vom VG bislang nicht berücksichtigte Umstände vorgetragen werden, die es als nicht mehr überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen, dass das VG Wiedereinsetzung gewährt. Das ist auch nicht allein wegen der abweichenden Würdigung des Sachverhalts durch die Ag. der Fall.“ (OVG Münster aaO)

Das Verfahren nach § 80 V VwGO ist daher ausnahmsweise trotz des Eintritts der Bestandskraft die richtige Verfahrensart.

## 3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Die Ast. als Adressatin des angegriffenen, belastenden Verwaltungsaktes ist nach der Adressatentheorie auch ohne weiteres antragsbefugt, da Sie jedenfalls in ihrem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt sein kann.

#### 4. Rechtsschutzbedürfnis

Dem Rechtsschutzbedürfnis steht auch nicht nach § 80 VI VwGO entgegen, dass die Ast. bei dem Streit um öffentliche Gebühren eigentlich zuvor **bei der Behörde die Aussetzung der Vollziehung hätte beantragen** müssen. Aufgrund des bereits erfolgten Ablaufs der Klagefrist hätte die Behörde sich hierauf berufen. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Klagefrist und die damit einhergehende Beseitigung der Bestandskraft kann in Fällen wie dem vorliegenden nur das VG gewähren, so dass auch ein vorhergehender Antrag an die Behörde auf Aussetzung der Vollziehung **entbehrlich** ist. Zudem ist der den Suspensiveffekt auslösende Rechtsbehelf in der Hauptsache, nämlich die Klage, schon eingelegt, so dass keine durchgreifenden Bedenken gegen das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses bestehen.

#### 5. Zwischenergebnis

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist zulässig.

## II. Begründetheit

Der Antrag nach § 80 V VwGO ist in den Fällen des § 80 I 1 Nr. 1 VwGO, also bei öffentlichen Abgaben und Kosten, begründet, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Bescheides im Sinne des entsprechend anzuwendenden § 80 IV 3 VwGO bestehen.

*„Gebührenschildner für die Benutzung des Friedhofs ist der, der diese öffentliche Einrichtung in Anspruch genommen hat (§ 4 II des Kommunalabgabengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen – NWKAG). Nach § 2 I der Friedhofsgebührenordnung der Stadt B. ist Gebührenschildner, wer die **Benutzung beantragt** hat (vgl. zu den Merkmalen der Inanspruchnahme: OVG Münster, OVG 52, 225 [226 ff.] = NVwZ-RR 2010, 323; OVG 52, 183 [185 ff.] = BeckRS 2009, 35705)*

*Die Ast. macht geltend, die Erklärung vom 08.10.2010, nach der sie die Bestattung in Auftrag gegeben habe, **weder ausgefüllt noch unterzeichnet** zu haben. Sollte dies zutreffen, wofür viel spricht, begründet diese Erklärung alleine nicht die Stellung der Ast. als Gebührenschildnerin. Ob die Ag. die **fehlende Gebührenschildnerschaft** der Ast. **hat erkennen können, ist unerheblich**. Es kommt darauf an, ob die Ast. tatsächlich den Friedhof in Anspruch genommen hat, nicht darauf, ob die Ag. unverschuldet glauben durfte, sie habe das getan. Ob die Ast. aus anderen Gründen zurechenbar den Eindruck erweckt hat oder sogar – wie von der Ag. mit dem Hinweis auf **kollusives Zusammenwirken** insinuiert – hat erwecken wollen, sie wolle den Friedhof benutzen, kann nach Aktenlage **nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt** werden. Diese Prüfung muss dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.“ (OVG Münster aaO)*

Nach alledem bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Bescheides, so dass die aufschiebende Wirkung anzuordnen und der **Antrag begründet** ist.



(VG Koblenz in NVwZ-RR 2011, 752; Beschluss vom 09.05.2011 – 7 L 365/11)

1. Dem Mieter eines Gebäudes **fehlt** die Klagebefugnis sich unter **Berufung auf nachbarschützende Vorschriften** des Bauplanungsrechts gegen die einem Dritten erteilte Baugenehmigung zu wenden.
2. Die Klagebefugnis kann **nicht** aus einer **vom Normenkontrollgericht bejahten Antragsbefugnis** des Mieters in Bezug auf den einschlägigen Bebauungsplan abgeleitet werden, da sich die Anforderungen an beide Prozessvoraussetzungen unterscheiden.
3. Ein **Verein**, der in **gemieteten Räumen** ein Wohnheim für geistig Behinderte betreibt, hat keine Klagebefugnis gegen die Genehmigung zur Errichtung eines 400 m entfernten Wohnheims für psychisch Behinderte.

**A. Der Nachbarschutz im Baurecht****I. Drittschutz durch die Festlegungen des Bebauungsplans**

§ 30 BauGB selbst kommt kein nachbarschützender Charakter zu. Allerdings können sich subjektiv-öffentliche Rechte aus den einzelnen Festsetzungen ergeben.

**1. Festlegungen zur Art der baulichen Nutzung**

Diese Festlegungen (z.B. reines Wohngebiet; Gewerbegebiet) sind **prinzipiell nachbarschützend**. Die im Geltungsbereich eines Bebauungsplans zusammengefassten Grundstücke bilden eine "bau- und bodenrechtliche Schicksalsgemeinschaft" (BVerwG, DVBL 74, 358 [361]; BVerwG, DVBl. 1994, 284 [285]).

Die planerischen Festsetzungen enthalten Beschränkungen für die Grundstückseigentümer, die wiederum dem Schutz anderer Grundstückseigentümer dienen. Hierdurch entsteht ein Austauschverhältnis in Form einer Vorteils- und Opfergemeinschaft. (vgl. Hoppe/Grotefels, Öffentl. BauR, § 17 Rn 30).

**2. Festlegungen zum Maß der baulichen Nutzung**

Die Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung sind **grundsätzlich nicht als nachbarschützend** anzusehen (BVerwG, NVwZ 1996, 170). Mit ihnen werden im Allgemeinen nur im öffentlichen Interesse liegende städtebauliche Anliegen verfolgt.

**3. Festlegungen zur überbaubaren Grundstücksflächen /Bauweise**

Das gleiche gilt für die Festsetzung der überbaubaren Grundstücksflächen, allerdings nur, soweit es um die straßenseitigen Baugrenzen geht. **Seitliche und hintere Baugrenzen und Baulinie** können durchaus auch den Schutz des seitlichen Grundstücksnachbarn bezwecken (VGH BadW NJW 92, 1060; VGH BadW, VBIBW 93, 351). Diese Festlegungen sind vom Regelungsgehalt mit den bauordnungsrechtlichen Abstandsregelungen zu vergleichen und daher als **drittschützend** anzusehen (Brohm, Öffentl. BauR, § 19 Rn 20). Auch die Festlegung einer **offenen Bauweise** ist **grundsätzlich nachbarschützend**, während die Festlegung der geschlossenen Bauweise durchweg nur städtebauliche Relevanz hat.

**II Drittschutz durch § 34 BauGB**

§ 34 BauGB selbst hat keine **drittschützende Wirkung**. Allerdings ist bei der planungsrechtlichen Beurteilung eines Vorhabens nach § 34 BauGB das Gebot der Rücksichtnahme und damit auch die Möglichkeit der Berücksichtigung nachbarlicher Belange in dem Begriff des "**Einfügens**" verankert.

Im Rahmen des § 34 II BauGB ist aber im fiktiven Baugebiet i.V.m. BauNVO der Nachbarschutz gegenüber artfremden Nutzungen in gleicher Weise zu gewähren wie im be-

planten Baugebiet. Auch hier besteht ein Austauschverhältnis und damit eine besondere Schutzwürdigkeit der Nachbarn. (BVerwG, DVBl. 1994, 284 [286]).

### III. Drittschutz durch § 35 BauGB

§ 35 BauGB dient dem Schutz der städtebaulichen Planung und hat **keinen drittschützenden** Charakter. Allein über das Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Belange kann auch hier Nachbarschutz ausnahmsweise eine Rolle spielen (BVerwGE 52, 122 [125]).

### IV. Drittschutz durch § 15 BauNVO

§ 15 I BauNVO sieht eine Unzulässigkeit von Vorhaben im Einzelfall trotz Plankonformität vor. Stimmt das Vorhaben also mit den planungsrechtlichen Vorgaben überein oder wird zu Recht eine Befreiung gewährt, so kann sich ein subjektiv-öffentliches Recht aus § 15 BauNVO ergeben, wenn in qualifizierter und zugleich individualisierter Weise schutzwürdige Interessen eines Personenkreises verletzt werden, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet oder wenn sich aus den tatsächlichen Umständen handgreiflich ergibt, dass gerade auf den betreffenden Nachbarn Rücksicht zu nehmen ist und dieser besonders rechtliche schützenswert erscheint.

### V. Drittschutz durch Vorschriften über Abstandsflächen

Die Abstandsflächen dienen der Sicherung von Belichtung, Belüftung, Besonnung, Wohnfrieden und Brandschutz. Sie sind daher für die Nachbarn von erheblichem Interesse. Die Abstandsflächen, die gegenüber einem angrenzenden Nachbargrundstück oder gegenüber der vorderen Grundstücksseite einzuhalten sind, vermitteln daher aufgrund dieses Normzweckes **Nachbarschutz**, und zwar in ihrer jeweils konkreten Tiefe.

### VI. Drittschutz durch Art. 14 GG

Unmittelbar auf Art. 14 GG gestützte Abwehranspruch des Nachbarn werden abgelehnt

Dies wird damit begründet, dass sowohl bauplanungsrechtlich als auch bauordnungsrechtlich umfassende Vorgaben für die Errichtung und Nutzung baulicher Anlagen vorliege, so bei Einhaltung aller Vorgaben ein jenseits dieser Grenzen liegender Abwehranspruch nach Art. 14 GG ausscheiden muss, zumal das Gebot der Rücksichtnahme auch stets eine Berücksichtigung nachbarlicher Belange erfordert (BVerwGE 89, 69 [78]).

## B. keine Klagebefugnis des Mieters gegen Baugenehmigung eines Dritten auf Nachbargrundstück (VG Koblenz in NVwZ-RR 2011, 752)

**Fall:** Der Antragsteller, ein privatrechtlicher Verein, hat Räume gemietet, in denen er ein Wohnheim für geistig Behinderte betreibt. Nunmehr wurde eine Baugenehmigung zu Errichtung eines 400 m entfernten Wohnheims für psychisch Behinderte errichtet.

Der Antragsteller hatte schon gegen den der Baugenehmigung zu Grunde liegenden Bebauungsplan vor dem Oberverwaltungsgericht geklagt. Nachdem seine Antragsbefugnis hier bezweifelt wurde, hat das OVG durch Zwischenurteil festgestellt, dass der Antragsteller zu einem Normenkontrollantrag gegen den Bebauungsplan befugt ist, obwohl der nur Mieter ist.

Auch gegen die Baugenehmigung hat der Antragsteller Klage erhoben und zugleich Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage beantragt. Ist der Antrag zulässig?

Der **Verwaltungsrechtsweg** ist für eine Klage gegen eine Baugenehmigung ohne weiteres nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Da der Antragsteller sich auf eine Belastung durch einen Verwaltungsakt beruft, der einen Dritten begünstigt, ist in der Hauptsache die (Dritt-) Anfechtungsklage einschlägig, deren Suspensiveffekt nach § 212a BauGB entfällt, so dass das **Verfahren nach § 80 V VwGO** auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung **statthaft** ist.

Fraglich ist jedoch, ob die Antragsbefugnis des Antragstellers nach § 42 II VwGO analog gegeben ist.

*„Mit Blick auf die Akzessorietät des vorläufigen Rechtsschutzes ist es aber nur dann gerechtfertigt, dem Widerspruch des Antragstellers Suspensiveffekt beizumessen, wenn er **im Hauptsacheverfahren klagebefugt** wäre.“* (VG Koblenz aaO)

Die Adressatentheorie greift hier nicht ein, da der Antragsteller nicht Adressat des Verwaltungsaktes ist, von dem die von ihm geltend gemachte Belastung ausgeht, sondern ein Drit-

ter. Daher ist eine Klagebefugnis nach der Möglichkeitstheorie nur anzunehmen, wenn die Verletzung des Antragstellers in einem subjektiv-öffentlichen Recht nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint.

Fraglich ist aber schon, ob der Antragsteller sich auf ein solches subjektiv-öffentliches Recht berufen kann. Dazu müsste eine öffentlich-rechtliche Norm nicht nur im öffentlichen Interesse erlassen worden sein, sondern auch dazu bestimmt sein, die Individualinteressen des Antragstellers zu schützen und ihm eine Rechtsposition einzuräumen. Im Baurecht ist es dazu erforderlich, dass sich der Antragsteller auf eine nachbarschützende Norm beruft.

#### I. Möglichkeit der Verletzung nachbarschützender bauplanungsrechtlicher Vorschriften

Unabhängig von der Frage, welche konkreten nachbarschützenden bauplanungsrechtlichen Vorschriften hier als verletzt in Betracht kommen, stellt sich schon die Frage, ob ein Mieter überhaupt vom Schutz solcher Regelungen umfasst sein kann.

*„Auf bauplanungsrechtliche Vorschriften kann sich der Antragsteller nicht berufen, da er lediglich Mieter der Gebäude B.-Straße ... und ... in C.-B. ist, in denen er seinerseits ein Wohnheim für geistig Behinderte unterhält. Der nachbarschützende Gehalt bauplanungsrechtlicher Normen beschränkt sich auf die Eigentümer der Nachbargrundstücke und ihnen gleichgestellte dinglich Berechtigte; er erfasst nicht lediglich obligatorisch zur Nutzung Berechtigte wie etwa Mieter (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 27. Juni 2006 - 8 S 997/06 -; BVerwG, Beschluss vom 11. Juli 1989 - 4 B 33/89 -; beide nach juris). Denn das Bauplanungsrecht ist grundstücks- und nicht personenbezogen und soll die Grundstücke einer im Verhältnis zueinander verträglichen Nutzung zuführen. An diesem Ausgleichsverhältnis nimmt in erster Linie der Grundstückseigentümer teil; nur ihm stehen aus dem Ausgleichsverhältnis resultierende Abwehrrechte zu (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Juli 1989, aaO).“ (VG Koblenz aaO)*

#### II. Möglichkeit der Verletzung nachbarschützender bauordnungsrechtlicher Vorschriften

*„Für eine Verletzung nachbarschützender Vorschriften des Bauordnungsrechts zulasten des Antragstellers ist weder etwas vorgetragen worden noch ersichtlich.“ (VG Koblenz aaO)*

#### III. Klagebefugnis des Antragstellers wegen Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren

Es könnte aber zu berücksichtigen sein, dass der Antragsteller im Normenkontrollverfahren gegen den der Baugenehmigung zu Grunde liegenden Bebauungsplan vom Oberverwaltungsgericht als antragsbefugt anerkannt wurde, obwohl auch hinsichtlich der Beeinträchtigungen, die von einem Bebauungsplan ausgehen können, nach § 47 II VwGO eine aktuelle oder zukünftige Verletzung von Rechten erforderlich ist. Das VG könnte insofern an die entsprechende Einschätzung des Oberverwaltungsgerichts gebunden sein.

*„Dieses Zwischenurteil hindert die Kammer nicht an der Verneinung der Antragsbefugnis des Antragstellers im vorliegenden Verfahren. Das Zwischenurteil entfaltet hier weder formelle noch materielle Bindungswirkung. Denn für die Frage, wann ein Nachteil im Sinne von § 47 II 1 VwGO vorliegt, der Voraussetzung für einen Normenkontrollantrag ist, gelten andere Maßstäbe als für die Rechtsbeeinträchtigung im Sinne von § 42 II VwGO, die Voraussetzung für eine Anfechtungsklage ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11.07.1989, aaO). Folglich ist bei Bejahung eines Nachteils im Sinne von § 47 II 1 VwGO nicht automatisch zugleich eine Rechtsbeeinträchtigung nach § 42 II VwGO anzunehmen. Diese Differenzierung beruht auf dem unterschiedlichen Prüfprogramm der beiden Rechtsbehelfe. Bei einem bauplanungsrechtlichen Normenkontrollverfahren wird der jeweilige Bebauungsplan insgesamt, etwa daraufhin geprüft, ob das Abwägungsgebot eingehalten ist. Bei einer Drittanfechtungsklage gegen eine Baugenehmigung stehen hingegen ausschließlich die Auswirkungen des Vorhabens auf den klagenden Nachbarn im Umfang der baurechtlichen Genehmigung zur Prüfung.“ (VG Koblenz aaO)*

#### IV. Ergebnis:

*„Es ist eindeutig und offensichtlich zu verneinen, dass durch die angegriffene Baugenehmigung Rechtssätze verletzt werden, die zumindest auch dem Schutz des Antragstellers dienen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO-Komm., 16. Aufl. 2009, § 42 Rn 66 ff.).“ (VK Koblenz aaO)*

Da im Hauptsacheverfahren keine Klagebefugnis in Betracht kommt, fehlt auch die Antragsbefugnis für ein Verfahren auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung. Der Antrag ist unzulässig.

## 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.

**ZPO** **ZPO**  
**§ 490 II 2** **Anordnung eines selbstständigen Beweisverfahrens**  
**Unanfechtbarkeit**  
 (BGH in NJW 2011, 3371; Beschluss vom 13.09.2011 – VI ZB 67/10)

**Gibt das Beschwerdegericht dem – in erster Instanz zurückgewiesenen – Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens statt**, so ist eine dagegen gerichtete **Rechtsbeschwerde unstatthaft**.

„Gem. § 490 II 2 ZPO ist ein Beschluss, durch den dem Antrag im selbstständigen Beweisverfahren stattgegeben wird, nicht anfechtbar. Dies begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unter dem Gesichtspunkt der ungleichmäßigen Gestaltung der Rechtsschutzmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten (Art. 3 I i. V. mit Art. 20 III GG). Das **Grundgesetz [garantiert]** im Bereich des Art. 19 IV GG und in dem des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs **lediglich die eine einmalige Möglichkeit zur Einholung einer gerichtlichen Entscheidung**, während ein **Instanzenzug von Verfassungen wegen nicht garantiert** ist (BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924).

Unbedenklich ist auch, dass das Gesetz nur dem Antragsgegner die Anfechtung versagt, während der Antragsteller gegen eine ablehnende Entscheidung Beschwerde einlegen kann. Antragsteller und Antragsgegner sind im selbstständigen Beweisverfahren von der die Verfahrenseinleitung betreffenden Gerichtsentscheidung in unterschiedlicher Weise betroffen. Wird der Antrag auf Anordnung des selbstständigen Beweisverfahrens abgelehnt, wird dem Antragsteller in diesem Verfahren der Zugang zu Gericht verwehrt. Wird das Verfahren angeordnet, muss der Antragsgegner lediglich hinnehmen, dass der Beweis erhoben wird. Ein stattgebender Beschluss begründet keine titulierten Verpflichtungen des Beweisgegners und versagt diesem auch keine ihm von der Zivilprozessordnung eingeräumten eigenen prozessualen Ansprüche (vgl. OLG Brandenburg NJW-RR 2001, 1727).

Der Gesetzgeber war deshalb nicht gehindert, einen Rechtsbehelf gegen eine das selbstständige Beweisverfahren anordnende Entscheidung zu versagen. Die Versagung der Anfechtung liegt bei Anwendung zivilprozessualer Maßstäbe auch deshalb nahe, weil die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten im selbstständigen Beweisverfahren nicht weiter gehen als im Hauptsacheverfahren (vgl. BGH DS 2010, 397 = VersR 2010, 1241). Dort findet indes die Anfechtung des Beschlusses, durch den die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme angeordnet wird, nicht statt (§ 355 II ZPO).“ (BGH aaO)

**ZPO** **ZPO**  
**§§ 514 II, 580 Nr. 7b** **Berufung gegen zweites Versäumnisurteil**  
**nachträgliches Auffinden einer Urkunde**  
 (BGH in BeckRS 2011, 24663; Beschluss vom 06.10.2011 – IX ZB 148/11)

Die **Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil kann nicht auf den Restitutionsgrund des nachträglichen Auffindens einer Urkunde (§ 580 Nr. 7b ZPO) gestützt werden**, denn die Zulassung des vorweggenommenen Restitutionsgrundes des § 580 Nr. 7b ZPO **stünde im Widerspruch zu Sinn und Zweck der Vorschriften über die Folgen der Säumnis**, insbes. der §§ 345, 514 II ZPO.

I. Das **Säumnisverfahren ist Folge des Mündlichkeitsprinzips und der Verhandlungsmaxime** (Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 22. Aufl., vor § 330 Rn 1).

Eine Partei könnte den **Fortgang des Verfahrens blockieren**, wenn sie nicht zum Termin erscheint oder nicht zur Sache verhandelt. Die ZPO knüpft daher nachteilige Rechtsfolgen an die Säumnis. Ist der Kl. säumig, ist die Klage ohne Sachprüfung abzuweisen (§ 330 ZPO). Ist der Bekl. säumig, hat das Gericht neben der Säumnis die Zulässigkeit und die Schlüssigkeit der Klage zu prüfen (§ 331 I u. II ZPO). Ein erstes Versäumnisurteil kann noch im Wege des Einspruchs aus der Welt geschafft werden. Ist der Einspruch zulässig, wird der Prozess in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand (§ 342 ZPO).

Um zu **verhindern, dass der Einspruch "ein bequemes Mittel zur Verschleppung der Prozesse" wird**, hat der historische Gesetzgeber seine wiederholte Zulassung jedoch beschränkt (Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 2, Neudruck 1983, S. 298 zu § 300): Erscheint die Partei nach rechtzeitigem Einspruch gegen das (erste) Versäumnisurteil erneut nicht zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch oder erscheint sie zwar, ist sie aber nicht ordnungsgemäß vertreten oder verhandelt sie nicht, hat das Gericht nur noch die Voraussetzungen der wiederholten Säumnis, insbes. die ordnungsgemäße Ladung zum Termin, zu prüfen, bevor es den Einspruch durch (zweites) Versäumnisurteil verwirft (§ 345 ZPO). Ein weiterer Einspruch findet nicht statt.

II. Die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil kann nur die Zulässigkeit des Versäumnisurteils betreffen (Hahn aaO, S. 359 zu § 479). Eine **Erweiterung der Prüfungskompetenz des Berufungsgerichts hat der BGH**, anders als bei § 559 ZPO (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., § 559 Rn 7; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, 3. Aufl., § 559 Rn 5 ff), **wiederholt abgelehnt**.

Die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil kann nicht darauf gestützt werden, dass bei Erlass des ersten Versäumnisurteils ein Fall der Säumnis nicht vorgelegen habe (BGHZ 97, 341). Sie kann auch nicht auf die fehlende Schlüssigkeit der Klage gestützt werden (BGHZ 141, 351).

„Die an die wiederholte Säumnis einer Partei geknüpfte Sanktion des § 514 II ZPO steht in einer Reihe mit weiteren gesetzlichen Regelungen im Versäumnisverfahren (§ 708 Nr. 2 ZPO, § 340 III ZPO; § 341 I ZPO), die sämtlich darauf hinauslaufen, eine Partei, gegen die ein Versäumnisurteil erlassen ist, im **Interesse der Prozessbeschleunigung** zu besonders **sorgfältiger**



**Prozessführung** zu veranlassen. Bleibt die Partei erneut schuldhaft säumig, ist es nur konsequent, an dieses Fehlverhalten die schärfere Sanktion des endgültigen Prozessverlustes zu knüpfen.“ (BGH aaO)

- III. Eine **Ausnahme** hiervon hat der BGH nur für den Fall angenommen, dass sich der **Einspruch nicht gegen ein Versäumnisurteil, sondern gegen einen Vollstreckungsbescheid richtete**, der gem. § 700 I ZPO einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleichsteht (BGHZ 112, 367).

„**Grund** hierfür ist jedoch, dass ein **Vollstreckungsbescheid anders als ein (erstes) Versäumnisurteil nicht auf einer richterlichen Prüfung der Zulässigkeit und der Schlüssigkeit der Klage beruht**. Das Gericht, das über den Einspruch befindet, hat bei Säumnis des Einspruchsführers gem. § 700 VI ZPO die Voraussetzungen des § 331 I, II HS 1 ZPO zu prüfen, bevor es den Einspruch gem. § 345 ZPO verwerfen kann. Auch hier gilt also, dass der Prüfungsumfang des Berufungsgerichts demjenigen des Einspruchsgerichts entspricht. Der Gegenstand des Rechtsstreits ändert sich nicht.“ (BGH aaO)

- IV. Zudem würde der **Grundsatz des Gleichlaufs der Prüfungskompetenz von Einspruchs- und Berufungsgericht durchbrochen**, wollte man dem Berufungskläger gestatten, sich auf "vorweggenommene" Restitutionsgründe zu berufen.

„Es handelt sich ausnahmslos um Einwendungen, die das Gericht, das über den Einspruch zu befinden hatte, wegen der Säumnis der Partei nicht prüfen konnte und auch nicht zu prüfen hatte.

**Gründe der Prozesswirtschaftlichkeit allein vermögen ein anderes Ergebnis nicht zu rechtfertigen**. Soweit der Bundesgerichtshof im Revisionsverfahren neues Vorbringen zu den Restitutionsgründen des § 580 Nr. 1-6 ZPO zugelassen hat, liegt der Grund für die Abweichung von dem Grundsatz des § 559 I ZPO (§ 561 ZPO a.F.) gerade nicht im Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit, sondern darin, dass das in der Revisionsinstanz ohne Berücksichtigung des neuen Vorbringens ergehende Urteil sich unter Umständen mit dem Inhalt des rechtskräftigen Urteils eines anderen Gerichts in Widerspruch setzen oder doch dieses Urteil unbeachtet lassen würde. Daraus ergäben sich **für die Einheitlichkeit und das Ansehen der Rspr.** in hohem Maße **abträgliche Folgen** (BGH ZIP 2007, 697). Darum geht es hier nicht: Die in § 580 Nr. 7b ZPO zusammengefassten Restitutionsgründe betreffen eine Urkunde, die noch nicht Gegenstand einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung war.“ (BGH aaO)

ZPO  
§ 522 II

**Berufungszurückweisung  
auch nach Terminierung noch zulässig**

ZPO

(BVerfG in NJW 2011, 3356; Beschluss vom 18.07.2011 – 1 BvR 1618/10)

- I. Das **BVerfG ist bislang nicht mit der Frage befasst gewesen**, ob nach Terminierung noch eine Berufungszurückweisung nach § 522 II ZPO zulässig ist (vgl. BVerfG NJW-RR 2006, 1654).

In der **Lit. und fachgerichtlichen Rspr.** wird der **Verfahrenswechsel überwiegend für zulässig erachtet**.

vgl. OLG Düsseldorf NJW 2005, 833; OLG Celle BeckRS 2009, 28340; Musielak/Ball, ZPO, 8. Aufl. 2011, § 522 Rn 20; Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 522 Rn 31; Baumbach/Lauterbach, ZPO, 69. Aufl. 2011, § 522 Rn 20; a. A. Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 2004, § 522 Rn 79; vgl. zu einer anderen Fallgestaltung auch BGH NJW 2007, 2644

- II. **BVerfG aaO** hat nunmehr dahin entschieden, dass eine **Berufungszurückweisung gem. § 522 II ZPO nach Terminierung verfassungsrechtlich unbedenklich** ist, wenn die allein von dem Vorsitzenden vor Eingang der Berufungserwidernng vorgenommene Terminierungsverfügung keine Aussage dahingehend enthält, dass ein Verfahren nach § 522 II ZPO nicht in Betracht kommt.

„Zu den verfahrensrechtlichen Sicherungen, von denen die Verfassungsmäßigkeit des § 522 II und III ZPO im Hinblick auf die **Grundrechte auf effektiven Rechtsschutz und gleichen Zugang zu den Gerichten** abhängt, gehört neben der Übereinstimmung von Ausgangs- und Berufungsgericht, der obligatorischen Einstimmigkeit des Spruchkörpers des Berufungsgerichts über die fehlende Erfolgsaussicht sowie das Fehlen eines Bedürfnisses revisionsgerichtlicher Klärung auch, dass die **Berufung von vornherein ohne Aussicht auf Erfolg** ist (BVerfGK 14, 8 = NJW 2008, 3419; BVerfGK 14, 118 = NJW 2009, 137; BVerfGK 14, 316). Daran fehlt es, wenn das BerGer. einmal zu erkennen gegeben hat, dass es nicht nach § 522 II ZPO vorgehen will und daher offenbar die Berufung nicht für von vornherein – nämlich nach Aktenlage spätestens bis zum Eingang der Replik ohne mündliche Erörterung (vgl. BT-Dr 14/4722, S. 97) – für aussichtslos hält.

Eine **bindende Entscheidung des BerGer.** darüber, die Berufung nicht gem. § 522 II ZPO zurückzuweisen, **lag hier nicht vor**: Die **Entschließung des Vorsitzenden des Spruchkörpers, Termin anzuberaumen, stellt keine Entscheidung des Spruchkörpers als Ganzes dar** (vgl. Zöller/Heßler, § 522 Rn 31). Die vorgelegte Terminsverfügung stammt allein von dem Vorsitzenden und trifft keine Aussage dahin, dass ein Verfahren nach § 522 II ZPO nicht in Betracht komme. Zu Recht weist das OLG in dem angegriffenen Beschluss darauf hin, dass zwar die Terminierung der Sache gem. § 216 II ZPO allein dem Vorsitzenden zusteht, nicht aber die Entscheidung über ein Vorgehen nach § 522 II ZPO. Zwar kann nur einstimmig nach § 522 II ZPO entschieden werden; es ist aber nicht zwingend, in der Terminierungsverfügung vor Eingang der Berufungserwidernng bereits eine Entschließung des Vorsitzenden zu sehen, nicht nach § 522 II ZPO vorgehen zu wollen (vgl. auch OLG Düsseldorf NJW 2005, 833). Zu einer den Spruchkörper bindenden Entscheidung ist er jedenfalls nicht befugt. Auch eine ihn persönlich unabänderlich festlegende Bewertung mit der Folge, dass Einstimmigkeit auch nach Beratung nicht mehr erreichbar sei, kann in der Terminsverfügung nicht gesehen werden.“ (BVerfG aaO)

ZPO  
§§ 888, 894

**Bestimmtheitserfordernis und Vollstreckungsfähigkeit  
Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung**

ZPO

(BGH in NJW 2011, 3161; Beschluss vom 19.05.2011 – I ZB 57/10)

**Genügt eine Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung nicht dem Bestimmtheitserfordernis** des § 253 II Nr. 2 ZPO, kann die **Abgabe der fraglichen Erklärung** durch den Schuldner **nicht nach § 888 ZPO erzwungen werden**.



- I. Für dieses Ergebnis spricht in **rechtssystematischer Hinsicht**, dass die Bestimmung des § 894 ZPO eine spezielle Vollstreckungsregelung enthält, die in ihrem Anwendungsbereich keinen Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 887, 888 ZPO zulässt, und zwar unabhängig davon, ob die Fiktionswirkung eintritt oder nicht eintritt.

„Aus dem Urteil BGHZ 98, 127 = NJW 1986, 2704 ergibt sich nichts Gegenteiliges: Der IX. Zivilsenat hat dort ausgesprochen, dass der Gläubiger, der auf Grund eines Prozessvergleichs die Abgabe einer Willenserklärung verlangen kann, zur Erreichung seines Ziels nicht notwendig den Weg über § 888 ZPO beschreiten muss, sondern stattdessen ohne Weiteres den einfachen und geraden Weg einer Leistungsklage wählen kann, die zu einem Urteil führt, das nach § 894 ZPO die erstrebte Erklärung ersetzt. Nach dieser Entscheidung ist der Weg über § 894 ZPO statt dem über § 888 ZPO daher selbst in Fällen eröffnet, in denen für ihn anders als für eine Vollstreckung gem. § 888 ZPO ein Titel erst noch geschaffen werden muss. Aus der Entscheidung lässt sich daher gerade nicht ableiten, dass der Weg über § 888 ZPO gleichwertig neben dem über § 894 ZPO steht. Zudem stand dem Gläubiger in der mit dem Urteil entschiedenen Sache der Weg über § 894 ZPO jedenfalls zunächst nicht zur Verfügung.“ (BGH aaO)

- II. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die Regelung des § 894 ZPO nicht allein dem Interesse des Gläubigers an einer zügigen Vollstreckung des Urteils dient, sondern daneben auch dem **Interesse des Schuldners, nicht unnötig belastet zu werden**, sowie dem **öffentlichen Interesse an der Vermeidung überflüssiger und umständlicher Verfahren**.

„Es besteht daher kein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers daran, die für die Abgabe einer Willenserklärung vorgesehene einfache Zwangsvollstreckung nach § 894 ZPO durch eine nicht hinreichend bestimmte Fassung seines Klageantrags auszu-schließen und die Zwangsvollstreckung dann in dem umständlicheren Verfahren nach § 888 ZPO zu betreiben (BGH NJW 1959, 1371).“ (BGH aaO)

- III. Darüber hinaus fehlt einem Urteil, in dem sich die von der beklagten Partei abzugebende Willenserklärung auch unter Zuhilfenahme des Tatbestands und der Entscheidungsgründe als nicht hinreichend bestimmt erweist, im Blick auf eine Vollstreckung nach § 888 ZPO ebenfalls die erforderliche Bestimmtheit.

„Das **Verfahren nach § 888 ZPO dient** ebenso wie die in anderen Vorschriften geregelten Vollstreckungsverfahren **nicht der Feststellung des zu vollstreckenden Anspruchs**, sondern allein der Vollstreckung des im Erkenntnisverfahren festgestellten Anspruchs; lediglich in Zweifelsfällen kann der Inhalt dieses Anspruchs noch im Vollstreckungsverfahren – soweit möglich – im Wege der Auslegung näher bestimmt werden. Eine **Verlagerung der Klärung von Fragen, die im Erkenntnisverfahren zu beantworten sind, in das Vollstreckungsverfahren verbietet sich** zumal deshalb, weil in den beiden Verfahren unterschiedliche Verfahrensgrundsätze gelten. So trifft das Gericht seine Entscheidungen im Erkenntnisverfahren gem. § 128 I ZPO grds. nach mündlicher Verhandlung; dagegen ergehen die im Vollstreckungsverfahren zu erlassenden Entscheidungen in aller Regel ohne mündliche Verhandlung. Außerdem kann die unterlegene Partei eine obergerichtliche Entscheidung im Vollstreckungsverfahren anders als im Erkenntnisverfahren, wo bei einem 20.000 € übersteigenden Wert der Beschwer nach § 26 Nr. 8 EGZPO Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt werden kann, nur dann einer rechtlichen Überprüfung zuführen, wenn das BeschwerGer. die Rechtsbeschwerde gem. § 574 I 1 Nr. 2 ZPO zugelassen hat.“ (BGH aaO)

- IV. Der Umstand, dass die Gläubigerin ihr im vorliegenden Verfahren erstrebtes Ziel nur im Wege einer erneuten Klage wird erreichen können, verletzt auch nicht ihren gem. Art. 2 I i. V. mit Art. 20 III GG verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf einen **wirkungsvollen Rechtsschutz**.

„Er stellt vielmehr letztlich die **Folge** dessen dar, **dass die Gläubigerin im Erkenntnisverfahren keinen hinreichend bestimmten Klageantrag gestellt hat**. Es kommt hinzu, dass die Zulassung einer **Vollstreckung gem. § 888 ZPO hier den Schuldner unbillig in seinen Rechtsschutzmöglichkeiten beschränkte**.“ (BGH aaO)

StPO  
§ 55

### Zeugnisverweigerungsrecht Selbstbelastungsgefahr

StPO

(BGH in NSTZ-RR 2011, 316; Beschluss vom 30.06.2011 – StB 8-9/11)

Den **ehemaligen Angehörigen der „RAF“**, die in die „Offensive 77“ eingebunden waren, steht hinsichtlich der Terroranschläge im Jahr 1977 (hier: Mordanschlag auf Generalbundesanwalt Buback und seine Begleiter) **wegen der konkreten Gefahr einer weiteren Strafverfolgung ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht** zu. Dies gilt auch für diejenigen Mitglieder, die sich bereits vor Beginn der Anschlagserie in Untersuchungshaft befanden, wenn zumindest ihre **Beteiligung an einer Beschaffungstat** (hier: Raubüberfall auf ein Waffengeschäft) **nicht zweifelsfrei ausgeschlossen** werden kann.

- I. Die **Gefahr einer Strafverfolgung** i.S. des § 55 StPO setzt voraus, dass der Zeuge Tatsachen bekunden müsste, die geeignet sind, unmittelbar oder mittelbar den Anfangsverdacht einer von ihm selbst oder von einem Angehörigen (§ 52 I StPO) begangenen Straftat zu begründen oder einen bereits bestehenden Verdacht zu bestärken. **Bloße Vermutungen ohne Tatsachengrundlage oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen** für die Annahme einer Verfolgungsgefahr **nicht aus** (vgl. BGH NJW 1994, 2839; BGH NSTZ 2010, 287; Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 55 Rn 7).

1. Eine das Recht zur Auskunftsverweigerung begründende Verfolgungsgefahr i.S. des § 55 I StPO besteht grds. etwa dann nicht mehr, wenn gegen den Zeugen hinsichtlich der Tat, deren Begehung er sich durch wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage verdächtig machen könnte, bereits ein **rechtskräftiges Urteil** vorliegt, die **Strafklage daher verbraucht ist und deswegen zweifelsfrei ausgeschlossen ist, dass er für diese noch verfolgt**, d. h. ein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden könnte (BGH NSTZ-RR 2006, 239; BGH NSTZ 2010, 287, 288; Meyer-Goßner, § 55 Rn 8 m. w. Nachw.). Zweifelsfrei ausgeschlossen ist die konkrete Gefahr der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens in diesen Fällen allerdings nur dann, wenn zum Zeitpunkt der Vernehmung endgültig feststeht, dass wegen der Verfolgung der möglichen Straftat Strafklageverbrauch eingetreten ist. Wenn und solange die Frage des Strafklageverbrauchs mit vertretbarer

Argumentation auch verneint werden kann, steht dem Zeugen ein Auskunftsverweigerungsrecht zu (BGHR StPO § 55 I Verfolgung 4).

2. Hinsichtlich des Strafklageverbrauchs gelten **im Bereich der Organisationsdelikte grundlegende Besonderheiten**: Danach werden im Vergleich zu §§ 129, 129a, 129b StGB schwerere Straftaten, die mit der mitgliedschaftlichen Beteiligung an der Vereinigung in Tateinheit stehen, dann nicht von der Rechtskraft eines allein wegen dieser Beteiligung ergangenen Urteils erfasst, wenn sie in dem früheren Verfahren tatsächlich nicht – auch nicht als mitgliedschaftlicher Beteiligungsakt – Gegenstand der Anklage und der Urteilsfindung waren (st. Rspr.; BGHSt 29, 288 = NJW 1980, 2718 = NStZ 1981, 72).

Unter dieser Voraussetzung ist daher ein wegen eines Organisationsdelikts Verurteilter durch die Rechtskraft des früheren Urteils nur vor weiterer Strafverfolgung wegen dieses Delikts und Tateinheitlich mit diesem zusammentreffender weiterer, nicht schwerer wiegender Straftaten geschützt (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ 2002, 607).

- II. Nach diesen Maßstäben ist eine – erneute – Strafverfolgung der Bf. bei Beantwortung der an sie gerichteten Fragen nicht zweifelsfrei ausgeschlossen, denn es besteht die konkrete Gefahr, dass die Bf. sich im Hinblick auf ihre Beteiligung an noch verfolgbaren Taten selbst belasten, die Teil der „Offensive 77“ waren (wird ausgeführt).
- III. Die Strafklage gegen die Bf. ist auch nicht durch das vorangegangene Urteil des OLG Stuttgart verbraucht, denn diese Tat war nicht – auch nicht als mitgliedschaftlicher Beteiligungsakt – Gegenstand der Anklage und der Urteilsfindung in dem genannten Verfahren (wird ausgeführt).

StPO  
§ 138 II 1

### Rechtsassessor

StPO

#### Gleichstellung mit anwaltlichem Verteidiger erst nach gerichtl. Genehmigung

(OLG Celle in NStZ 2011, 598; Beschluss vom 10.05.2011 – 1 Ws 170/11)

Ein **Rechtsassessor**, der in **Untervollmacht für einen Rechtsanwalt** strafrechtliche Mandate wahrnimmt, **kann eine Verletzung eigenen Rechts i.S.d. § 109 II StVollzG nicht geltend machen**, wenn die JVA ihm die für einen Verteidiger bestehenden Besuchsprivilegien verwehrt, **solange er nicht** in einer konkreten Strafsache **mit gerichtlicher Genehmigung** nach § 138 II 1 StPO **zum Verteidiger gewählt worden ist**.

*„Zwar können die Rechte aus § 27 NJVollzG nicht lediglich die Gefangenen selbst, sondern insbesondere auch Verteidiger in eigenem Namen geltend machen (OLG Celle ZfStrVo SH 1978, 26; Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal StVollzG, 5. Aufl., § 109 Rn 28, jew. m. w. Nachw.). Der Ast. zählt als Rechtsassessor jedoch nicht zu dem durch § 27 NJVollzG geschützten Personenkreis. Nach seinem Wortlaut unterscheidet § 27 S. 1 NJVollzG hinsichtlich des Besuchsrechts zwei Gruppen: In einer den Gefangenen betreffenden Rechtssache können – unabhängig von dem konkreten Rechtsverhältnis – nach ihrem Amt als Organ der Rechtspflege Rechtsanwälte und Notare ein unbeschränktes Besuchsrecht in Anspruch nehmen; daneben haben nach ihrer Funktion im Strafprozess Verteidiger ein solches Recht.*

*Der Ast. hat nicht geltend gemacht, zu diesen Gruppen zu gehören. Er ist insbes. nicht als Verteidiger zu behandeln, denn der Begriff des Verteidigers ist zwangsläufig konkret an eine Strafsache und an die Person eines Strafgefangenen gekoppelt. Nach seinem insoweit pauschal gehaltenen Antragsvorbringen ohne Bezugnahme auf ein strafrechtliches Mandat ist eine Verletzung von § 27 NJVollzG als Verteidigerrecht nicht gegeben. Die Erteilung einer Untervollmacht durch [einen] Rechtsanwalt bei einzelnen Mandaten begründet allein keine Verteidigerstellung. Zwar kann die Erteilung einer strafrechtlichen Vollmacht auch die Befugnis einschließen, durch Untervollmacht einen weiteren Verteidiger zu beauftragen (BGH StraFo 2006, 454). Ist der **Unterbevollmächtigte jedoch kein Rechtsanwalt, erlangt er eine dem Verteidiger gleichkommende Stellung erst unter den Voraussetzungen des § 138 II StPO.**“ (OLG Celle aaO)*

StPO  
§§ 255a II 1, 238 I

### Vorführung eines Vernehmungsvideos auf Anordnung des Vorsitzenden Richters

StPO

(BGH in NJW 2011, 3382; Beschluss vom 26.08.2011 – 1 StR 327/11)

Für die **Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255a II StPO** ist ein **förmlicher Gerichtsbeschluss nicht erforderlich**; es genügt vielmehr die **Anordnung durch den Vorsitzenden Richter**.

- I. Eine **ausdrückliche Regelung**, in den Fällen des § 255a II StPO die Vorführung von Bild-Ton-Aufnahmen von der Anordnung durch Gerichtsbeschluss abhängig zu machen, **enthält die StPO nicht**. Vielmehr fehlt es in § 255a II StPO im Unterschied zu § 255a I StPO gerade an einer Verweisung auf die Vorschrift des § 251 IV StPO, die für die Verlesung von Vernehmungsniederschriften eine Anordnung durch Gerichtsbeschluss verlangt.

*„Für ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers bestehen keine Anhaltspunkte. Es **verbleibt deshalb bei dem allgemeinen Grundsatz, dass Anordnungen zur Beweiserhebung grds. der Vorsitzende** im Rahmen seiner Verhandlungsleitung nach § 238 I StPO **trifft**, sofern das Gesetz nicht ausnahmsweise dem Gericht die Entscheidung auferlegt, was bei § 255a II StPO nicht der Fall ist (zutr. Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 255a Rn 17; gl. A. Graf/Berg, StPO, § 255a Rn 14; Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 255a Rn 11; Schlothauer StV 1999, 47; a. A. Diemer, KK-StPO, 6. Aufl., § 255a Rn 14; offengelassen in BGHSt 49, 72 = NJW 2004, 1605 = NStZ 2004, 390).*

*Die von der Revision aufgeworfene Frage, ob sich die Annahme, der Gesetzgeber habe in den Fällen des § 255a II StPO bewusst auf einen Gerichtsbeschluss verzichten wollen, anhand der Gesetzesmaterialien belegen lässt, ist angesichts des **Gesetzeswortlauts**, der weder selbst einen Gerichtsbeschluss verlangt noch eine Verweisung auf § 251 IV StPO enthält, ohne Bedeutung, da sich den Gesetzesmaterialien umgekehrt auch nicht entnehmen lässt, dass der Gesetzgeber bei Einführung der Vorschrift des § 255a II StPO das Erfordernis eines Gerichtsbeschlusses normieren wollte.“ (BGH aaO)*

- II. Eine **analoge Anwendung des § 251 IV StPO** auf Fälle des § 255a II 1 StPO aus rechtssystematischen Gründen **ist nicht geboten**.

„Sie folgt auch nicht aus den Prozessmaximen des deutschen Strafprozesses. Zwar ersetzt die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255a II StPO ebenso wie die Verlesung einer Vernehmungsniederschrift nach § 251 StPO die persönliche Vernehmung. Durch die Regelung des § 255a II StPO sollte aber gerade den Zeugen bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, insbesondere wenn es sich um kindliche Zeugen handelt, im Regelfall die nochmalige persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung erspart werden (vgl. BT-Dr 13/4983, S. 4, 8; BGHSt 49, 68 = NJW 2004, 1468 = NSTZ 2004, 348 m. w. Nachw.). Diese Zwecksetzung stellt einen ausreichenden Rechtfertigungsgrund für die unterschiedlichen Formerfordernisse an die Anordnung der Vorführung einer aufgezeichneten Zeugenvernehmung in den Fällen des § 255a I und II StPO dar (a. A. Diemer, KK-StPO, § 255a Rn 14). Der Umstand, dass § 255a II StPO auch für Zeugen gilt, die keine Opferzeugen sind, ändert daran nichts.“ (BGH aaO)

- III. Durch die vom Vorsitzenden Richter angeordnete Vorführung der aufgezeichneten Zeugenvernehmungen ist auch das **„Konfrontationsrecht“ nach Art. 6 III lit. d EMRK**, wonach eine angeklagte Person das Recht hat, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen, **nicht verletzt** worden.

„Denn § 255a II 1 StPO erlaubt die Ersetzung der Vernehmung eines Zeugen durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung ausdrücklich nur dann, wenn der Angekl. und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an dieser mitzuwirken. Dies war hier der Fall (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

VwGO  
§ 67 VI 2

**wirksame Prozessvertretung  
Nachreichen einer Vollmacht**

VwGO

(VGH München in BayVBl 2011, 569; Beschluss vom 23.04.2010 – 22 ZB 10.43)

Eine **zum Zeitpunkt der Klageerhebung mangelhafte bzw. fehlende Vollmacht** wird **mit rückwirkender Kraft geheilt** und die **bisherige Prozessführung weiter rückwirkend genehmigt**, wenn die **Vollmacht nachgereicht wird, solange** noch kein die Klage als unzulässig abweisendes **Prozessurteil ergangen** ist.

„Nach § 67 VI 2 VwGO kann die Vollmacht aber nachgereicht werden. In diesem Fall wird der Mangel der Vollmacht bei Klageerhebung mit rückwirkender Kraft geheilt, soweit noch nicht ein die Klage als unzulässig verwerfendes Prozessurteil vorliegt; in der Erteilung der Vollmacht durch den Vertretenen kann grds. die nachträgliche Genehmigung der bisherigen Prozessführung gesehen werden (vgl. BVerwGE 69, 380).

Nach der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht hat der Kl. zu 2) dort eine Erklärung vom selben Tag vorgelegt, nach der er die Prozessklärungen, welche seine Ehefrau, die Kl. zu 1), u. a. im vorliegenden Verfahren abgegeben hat und abgeben wird, rein vorsorglich genehmigt. Damit lag jedenfalls im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht, auf den hinsichtlich des Vorliegens der Prozessvoraussetzungen abzustellen ist, eine wirksame Bevollmächtigung der Kl. zu 1) zur Klageerhebung für den Kl. zu 2) vor.“ (VGH München aaO)

VwGO  
§ 80b II

**Anordnung der Fortdauer aufschiebender Wirkung  
Zuständigkeit des BVerwG**

VwGO

(BVerwG in BeckRS 2011, 54246; Beschluss vom 13.09.2011 – 1 VR 1/11)

Für die **Anordnung, dass die aufschiebende Wirkung der Klage nach § 80b II VwGO fort dauert**, ist **abweichend vom Wortlaut der Vorschrift das BVerwG auch dann zuständig**, wenn das **OVG über die Berufung entschieden hat und das Verfahren in der Hauptsache** nach Einlegung eines Rechtsmittels **beim BVerwG anhängig** ist.

- I. Zwar sieht § 80b II VwGO vor, dass „das OVG“ auf Antrag anordnen kann, dass die aufschiebende Wirkung fort dauert. Mit dieser speziellen Zuständigkeitsregelung sollte erreicht werden, dass nicht das Gericht des ersten Rechtszuges - unter dem Eindruck seiner klageabweisenden Entscheidung - über die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung entscheidet. Dabei hat der Gesetzgeber offenbar nur an den Regelfall der erstinstanzlichen Entscheidung des Verwaltungsgerichts gem. § 45 VwGO und des anschließenden Berufungsverfahrens vor dem OVG gedacht.

Für andere Fallkonstellationen ist die **Regelung dagegen unstreitig defizitär und die Vorschrift berichtigend auszulegen**. So ist bereits geklärt, dass nicht das OVG, sondern das BVerwG als Rechtsmittelgericht für die Entscheidung nach dieser Vorschrift zuständig ist, wenn den Bet. gegen das Urteil des VerwG gem. § 134 VwGO unter Übergehung der Berufungsinstanz die Sprungrevision zusteht, durch Bundesgesetz die Berufung ausgeschlossen ist oder nur die Revision zulässig ist oder gem. § 48 VwGO das OVG bereits im ersten Rechtszug entschieden hat (BVerwGE 129, 58).

„Diese **Konstellationen sind im Gesetzgebungsverfahren ersichtlich übersehen worden**. Wenn das OVG überhaupt nicht mit der Sache befasst ist oder wenn es erstinstanzlich entschieden hat, sollte es nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sicherlich nicht die Entscheidung über den vorläufigen Rechtsschutz nach § 80b II VwGO treffen. Vielmehr obliegt in diesen Fällen die Entscheidung nach § 80b II VwGO dem BVerwG als Rechtsmittelgericht der Hauptsache. Nur eine solche berichtigende Auslegung wird dem Ziel der Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der im Gesetzgebungsverfahren getroffenen Grundentscheidung gerecht, dass nicht das Gericht der ersten Instanz über die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung der gerade vom ihm abgewiesenen Klage entscheiden soll. Dies entspricht auch der einhelligen Auffassung im Schrifttum (Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl. 2011, § 80b Rn 14; Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80b Rn 27; Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 80b Rn 7; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Februar 1998, § 80b Rn 43).“ (BVerwG aaO)

- II. Eine solche **berichtigende Auslegung der Vorschrift** ist darüber hinaus aber auch bei der hier vorliegenden Fallkonstellation geboten, in der das OVG als Rechtsmittelgericht zwar im Berufungsverfahren zuständig war, das Verfahren in der Hauptsache aber nach Ergehen der Berufungsentscheidung als Revision beim BVerwG anhängig ist.

„Dabei ist zunächst klarzustellen, dass auch nach einer zugunsten des Kl. ergangenen, noch nicht rechtskräftig gewordenen Berufungsentscheidung Raum für eine Entscheidung nach § 80b II VwGO ist, denn die einmal kraft Gesetzes entfallene aufschiebende Wirkung der Klage kann - sofern nicht die Behörde die Vollziehung bis zur Unanfechtbarkeit aussetzt (§ 80b I 2 letzter Halbsatz VwGO) - nur durch eine gerichtliche Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung nach § 80b II VwGO wieder hergestellt werden. Ist aber eine solche Entscheidung während des Berufungsverfahrens nicht beantragt worden und nicht ergangen und ist die Hauptsache inzwischen aufgrund einer Revision beim BVerwG anhängig, stellt auch dies eine besondere Fallgestaltung dar, die der Gesetzgeber bei der Zuständigkeitsregelung in § 80b II VwGO nicht im Blick hatte. Würde man auch in diesen Fällen eine fortbestehende Zuständigkeit der OVG annehmen, könnte dies zu einer **zwischen OVG und BVerwG gespaltenen Zuständigkeit im vorläufigen Rechtsschutzverfahren** nach § 80 V und § 80b II VwGO führen. Wenn die Behörde etwa die sofortige Vollziehung einzelner Regelungen des Verwaltungsakts nach § 80 II Nr. 4 VwGO angeordnet, es i. Ü. aber bei der aufschiebenden Wirkung belassen hat, wäre für den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung während des Revisionsverfahrens das BVerwG nach § 80 V VwGO zuständig, während über die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich der nicht für sofort vollziehbar erklärten Regelungen desselben Verwaltungsakts das OVG nach § 80b II VwGO zu entscheiden hätte).

**Dass der Gesetzgeber eine solche Aufspaltung der Zuständigkeiten und die damit verbundenen Verzögerungen beim vorläufigen Rechtsschutz in Kauf nehmen wollte, ist nicht anzunehmen.** Auch im Falle des einheitlichen Wegfalls der aufschiebenden Wirkung einer Klage nach § 80b I VwGO könnte es zu zwei Entscheidungen verschiedener Gerichte über die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung der Klage in ein und demselben Revisionsverfahren kommen. Denn bei Festhalten an dem Wortlaut des § 80b II VwGO müsste zunächst das OVG über einen Antrag auf Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung nach dieser Bestimmung entscheiden, während das BVerwG nach § 80 VII VwGO diese Entscheidung, ggf. sogar von Amts wegen, wieder ändern könnte. Eine solche **Verdoppelung der Zuständigkeit innerhalb eines Rechtszuges stünde weder mit der Eilbedürftigkeit der Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes noch mit der vom Gesetzgeber angestrebten Entlastung der Gerichte in Einklang.**“ (BVerwG aaO)

VwGO  
§§ 65 I, 146

**Beiladungsantrag  
Beschwerdeberechtigung**

VwGO

(VGH Mannheim in DöV 2011, 824; Beschluss vom 04.07.2011 – 10 S 1311/11)

**Beantragt ein Verfahrensbeteiligter die Beiladung eines Dritten, so fehlt dem Dritten grds. die Beschwerdeberechtigung gegen einen die Beiladung ablehnenden Beschluss des Verwaltungsgerichts.**

„Nach § 146 I VwGO steht die Beschwerde „den Beteiligten und den sonst von der Entscheidung Betroffenen“ zu. Diese gesetzliche Regelung stellt eine abschließende Normierung der Beschwerdeberechtigung dar.

Der Kreis der am Verfahren „Beteiligten“ ist in § 63 VwGO abschließend aufgelistet: Dazu zählt neben dem Kl. und dem Bekl. sowie den Vertretern öffentlicher Interessen auch „der Beigeladene (§ 65)“. Damit ist gesetzlich vorausgesetzt, dass eine Beiladung stattgefunden hat. Ist die **Beiladung** des Bf. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hingegen **unterblieben, gehört dieser Bf. nicht zum Kreis der Verfahrensbeteiligten** und erfüllt insoweit nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 146 I VwGO (OVG MV NVwZ-RR 2006, 850).

Die Bf. ist i. S. d. § 146 I VwGO auch **keine „sonst von der Entscheidung Betroffene“**. Darunter sind Personen zu verstehen, die von dem anzugreifenden Beschluss des Verwaltungsgerichts beeinträchtigt werden (z. B. Zeugen oder Sachverständige, gegen die eine Ordnungsmaßnahme ergriffen worden ist); **das können auch Dritte sein, deren Antrag auf Beiladung abgelehnt wurde** (vgl. VGH Bad.-Württ. NVwZ 1986, 141 und NVwZ-RR 1998, 611; Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 146 Rn 40; Fehling/Kastner, Hk-VerwR, 2. Aufl. 2010, § 146 VwGO Rn 16). **Wer keinen Beiladungsantrag gestellt hat, ist nicht nach § 146 I Alt. 2 VwGO beschwerdeberechtigt; gegenüber einem solchen Bf. entfaltet der Beschluss des Verwaltungsgerichts keine rechtliche Wirkung, er kann folglich von der Entscheidung nicht i. S. des Gesetzes „betroffen“ werden.** Eine verfahrensrechtliche Beschwer, um die es bei der Ablehnung der Beiladung geht, ist mangels Antrags auf Beiladung ausgeschlossen.

Die Bf. hat im erstinstanzlichen Verfahren beim Verwaltungsgericht keinen Antrag auf Beiladung gestellt. Sie hat, trotz Behauptung eines „rechtlichen Interesses“, von ihrem Antragsrecht nach § 65 I VwGO keinen Gebrauch gemacht. Folglich ist sie keine von dem Beschluss des Verwaltungsgerichts im Rechtssinne gem. § 146 I VwGO „Betroffene“. Den Antrag auf Beiladung hat vielmehr die Bekl. gestellt. Eine verfahrensrechtliche Betroffenheit der Bf. durch den Beschluss des Verwaltungsgerichts lässt sich daraus nicht ableiten.“ (VGH Mannheim aaO)



## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

VV RVG  
Nr. 1000

**Einigungsgebühr**  
teilweises Anerkenntnis / teilweise Klagerücknahme  
(OLG Stuttgart in NJOZ 2011, 1175; Beschluss vom 10.02.2011 – 8 W 40/11)

VV RVG

Wird eine **Klageforderung teilweise anerkannt und teilweise zurückgenommen, entsteht eine Einigungsgebühr** nach Nr. 1000 I 1 RVG VV, **wenn diese Verfahrenserledigung zwischen den Parteien vereinbart wurde** und es sich deshalb **nicht** um die **Vornahme von Prozesshandlungen unabhängig von der Erklärung der anderen Partei** handelt.

„Abgesehen davon, dass bereits **kein Anerkenntnis und keine Rücknahme bzgl. des gesamten Anspruchs** erfolgt ist, sondern gerade nach Erörterung und rechtlicher Hinweise durch das Gericht im Anschluss an eine Sitzungsunterbrechung die wechselseitigen Erklärungen auf Grund einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien – wie vom Kl. unstreitig vorgetragen – abgegeben wurden, beruhen diese gerade auf dem Abschluss eines Vertrags, durch den der Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis beseitigt wurde, so dass die Einigungsgebühr nach Nr. 1000, 1003 VV RVG angefallen und als notwendige Kosten der Rechtsverfolgung gem. § 91 I 1, II 1 ZPO erstattungsfähig ist. Die Parteien haben ihre **jeweiligen Prozesshandlungen** dagegen **nicht unabhängig von der Erklärung des anderen vorgenommen** (Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl. 2010, Nr. 1000 VV RVG Rn 44 ff., 190; Schneider/Wolf, Anwaltkomm. RVG, 5. Aufl. 2010, Nr. 1000 VV RVG Rn 80, 85 ff.; BGH NJW-RR 2007, 359 = NZV 2007, 132; NJW 2007, 2187, unter Aufgabe von NJW 2006, 1523; OLG München AGS 2010, 423; OLG Rostock AGS 2008, 326, jeweils m. w. Nachw.).“ (OLG Stuttgart aaO)

RVG  
§ 15a

**Kostenfestsetzungsbeschluss**  
Zulässigkeit einer Nachfestsetzung  
(BGH in FamRZ 2011, 1222; Beschluss vom 01.06.2011 – XII ZB 363/10)

RVG

Die **Rechtskraft eines Kostenfestsetzungsbeschlusses bezieht sich nur auf die beantragten Gebühren** und steht daher einer Nachfestsetzung weiterer Gebühren nicht entgegen.

„Zutreffend ist das OLG allerdings davon ausgegangen, dass auch bei einem rechtskräftigen Kostenfestsetzungsbeschluss eine Nachfestsetzung möglich ist, wenn ein bisher nicht begehrter Posten - wie hier die 0,65-Verfahrensgebühr gem. Nr. 3100 VV RVG - erstmals geltend gemacht wird. Die Rechtskraft eines Kostenfestsetzungsbeschlusses bezieht sich nur auf die im Antrag geforderten und im Beschluss beschiedenen Beträge und steht daher einer Nachfestsetzung nicht entgegen (BGH AGS 2010, 580).“ (BGH aaO)

GKG  
§ 68 I 1

**Streitwertfestsetzung**  
Beschwer des obsiegenden Verfahrensbeteiligten  
(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2011, 664; Beschluss vom 24.05.2011 – 10 OA 32/11)

GKG

**Durch eine zu niedrige Streitwertfestsetzung kann auch ein nicht kostenpflichtiger - obsiegender – Verfahrensbeteiligter beschwert sein, wenn er mit seinem Prozessbevollmächtigten eine höhere Honorarvereinbarung - hier Streitwertvereinbarung - getroffen hat** und die unzutreffende Streitwertfestsetzung dadurch zu einer geringeren Kostenerstattung durch den Kostenpflichtigen führt.

„Die erforderliche Beschwerde des Kl. folgt aus der zwischen ihm und seiner Prozessbevollmächtigten geschlossenen Honorarvereinbarung (hier: Vereinbarung eines höheren Streitwerts). Zwar kann ein Verfahrensbeteiligter grds. nur dann durch eine Streitwertfestsetzung beschwert sein, wenn er selbst kostenpflichtig ist und der Streitwert zu hoch festgesetzt ist. Durch eine zu niedrige Festsetzung des Streitwerts ist im Regelfall allein der Prozessbevollmächtigte des Verfahrensbeteiligten beschwert; er kann in einem solchen Fall nach § 32 II RVG Beschwerde aus eigenem Recht einlegen (vgl. BGH NJW-RR 1986, 737; OLG Brandenburg NJW-RR 2005, 80).

Im **Ausnahmefall** hat auch ein nicht kostenpflichtiger - obsiegender - Verfahrensbeteiligter ein **schutzwürdiges Interesse** daran, dass der Streitwert nicht unzutreffend zu niedrig festgesetzt wird, wenn er - wie im vorliegenden Fall - mit seinem Prozessbevollmächtigten eine **diesen übersteigende Honorarvereinbarung getroffen hat** und deshalb **durch eine zu niedrige Streitwertfestsetzung belastet wird, die zu einer niedrigeren Kostenerstattung durch den Kostenpflichtigen und damit de facto zu einer Erhöhung seiner eigenen Zahlungsverpflichtung führt** (vgl. OVG Saarland NJW 2008, 312; OVG Sachsen SächsVBl. 2004, 89 und NVwZ-RR 2006, 654; VGH Baden-Württemberg NVwZ-RR 2002, 900; Bay. VGH NVwZ-RR 1997, 195; OLG Düsseldorf MDR 2006, 297; ebenso für den Fall einer Streitwertvereinbarung OVG M-V JurBüro 2009, 90).“ (OVG Lüneburg aaO)



ZPO  
§ 114

**Prozesskostenhilfe  
nicht bei Erledigung der Hauptsache**

ZPO

(OVG Schleswig in NVwZ-RR 2011, 583; Beschluss vom 24.03.2011 – 3O 2/11)

Wird die **Hauptsache im Zuge des Beschwerdeverfahrens für erledigt erklärt**, ist für die **rückwirkende Bewilligung von Prozesskostenhilfe kein Raum**.

„Nach der st. Rspr. des Senats kommt die Bewilligung von Prozesskostenhilfe dann nicht in Betracht, wenn der Rechtsstreit durch übereinstimmende Erledigungserklärungen vor der Entscheidung über das Prozesskostenhilfegesuch sein Ende gefunden hat (OVG Schleswig NVwZ-RR 2004, 460).

Zwar hat das VG auf entsprechenden Hinweis des Ast. im Rahmen der von diesem abgegebenen Erledigungserklärung und vor Eingang einer damit übereinstimmenden Erklärung der Gegenseite über sein Prozesskostenhilfegesuch (abschlägig) entschieden. Gleichwohl kommt eine rechtliche Überprüfung dieser Entscheidung mit der Folge einer ggf. vorzunehmenden Bewilligung von Prozesskostenhilfe deshalb nicht mehr in Betracht, weil der Rechtsstreit in der 1. Instanz mittlerweile durch Abgabe einer Erledigungserklärung des Ag. abgeschlossen ist. Damit ist die Förderung einer konkreten, vom Prozesskostenhilfegesuch umfassten Instanz nicht mehr möglich (vgl. OVG Münster BeckRS 2004, 26469). Es **gibt nämlich keinen Zeitpunkt der Entscheidungsreife mehr**, auf den bezogen rückwirkend Prozesskostenhilfe bewilligt werden könnte (Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 166 Rn 48 – für den Fall der Klagerücknahme vor Entscheidung über das Pkh-Gesuch).

Der Ast. hätte es in der Hand gehabt, vor Abgabe einer Erledigungserklärung darauf hinzuwirken, zunächst die für ihn abschlägige Prozesskostenhilfeentscheidung des VG in der nächsten Instanz überprüfen zu lassen. Tut er das nicht, so begibt er sich in ihm zurechenbarer Art und Weise seiner Überprüfungsmöglichkeit im Hauptsacheverfahren. Ein solches Prozessverhalten entspricht unter wertenden Gesichtspunkten der sog. gewillkürten Verfahrensbeendigung, also der auf Freiwilligkeit basierenden Abgabe einer verfahrensbeendenden Erklärung (vgl. OVG Münster BeckRS 2008, 36459). Ebenso wie ein Kl. (oder Ast.) vor Abgabe der Erledigungserklärung eine Entscheidung über den von ihm gestellten Prozesskostenhilfeantrag einfordern kann, kann er auch die Möglichkeit, zunächst um weiteren gerichtlichen Rechtsschutz nachzusuchen, für sich in Anspruch nehmen. Dies ist unmittelbarer Ausfluss aus Art. 19 IV GG (vgl. OVG Schleswig NVwZ-RR 2004, 460).“ (OVG Schleswig aaO)

ZPO  
§ 121 III

**Beschränkung der Beordnung eines VKH-/PKH-Anwalts  
sofortige Beschwerde**

ZPO

(OLG Celle in MDR 2011, 984 = NJOZ 2011, 1203; Beschluss vom 28.04.2011 –10 WF 123/11)

- I. Die **Beordnung eines auswärtigen Rechtsanwaltes** im Rahmen der PKH-/VKH-Bewilligung kann nicht (mehr) auf die „Bedingungen eines ortsansässigen Rechtsanwalts“, sondern **ausschließlich auf die „Bedingungen eines im Bezirk des Prozessgerichts niedergelassenen Rechtsanwalts“** beschränkt werden.

„§ 127 III ZPO enthielt in der bis zum 31.05.2007 geltenden Fassung die Regelung, dass „ein nicht bei dem ProzessGer. zugelassener Rechtsanwalt ... nur beigeordnet werden [kann], wenn dadurch weitere Kosten nicht entstehen“; da der Rechtsanwalt gem. § 126 I 2 Halbs. 1 BRAGO in der bis zum 30.06.2004 geltenden Fassung Mehrkosten, die auf dem Auseinanderfallen seines Wohn- bzw. Kanzleisitzes und dem Ort des ProzessGer. seiner Zulassung beruhten, gegenüber der Staatskasse nicht abrechnen konnte, war der auswärtige Rechtsanwalt grundsätzlich „zu den Bedingungen eines am ProzessGer. ansässigen Anwalts“ beizuordnen.

In der seit dem 01.06.2007 geltenden Fassung schränkt § 127 III ZPO dagegen die Beordnung grundsätzlich nur noch auf einen „in dem Bezirk des ProzessGer. niedergelassenen Rechtsanwalt“ ein, so dass sich für die zuvor verwendete unzweifelhaft weitergehende Einschränkung seither im Gesetz keine Grundlage mehr findet.“ (OLG Celle aaO)

- II. Gegen eine insofern unzutreffende Einschränkung seiner Beordnung ist die **sofortige Beschwerde des beigeordneten Rechtsanwalts zulässig**.

„Ein – wie im Streitfall vorliegendes – einschränkungsloses Beordnungsgesuch eines auswärtigen Anwalts enthält zwar das konkludente Einverständnis mit einer dem Mehrkostenverbot des § 121 III ZPO entsprechenden Einschränkung der Beordnung (vgl. BGH NJW 2006, 3783), die amtsgerichtliche Einschränkung geht jedoch über die Regelung in § 121 III ZPO und damit den Umfang des Einverständnisses hinaus.

Zudem wird in der **obergerichtlichen Rspr.** einerseits davon ausgegangen, dass die Hinnahme der Beschränkung „zu den Bedingungen eines ortsansässigen Rechtsanwalts“ den Verzicht auf jegliche Reisekostenerstattung beinhaltet (so OLG Brandenburg AGS 2010, 327 = JurBüro 2010, 434), andererseits sollen dem „zu den kostenrechtlichen Bedingungen eines Rechtsanwalts mit Sitz im Bezirk des ProzessGer.“ beigeordneten Anwalt Fahrtkosten und Abwesenheitsgelder in der Höhe erstattet werden, die bei Entfernung zwischen dem ProzessGer. und dem von dort am weitesten entfernt liegenden Ort innerhalb des Gerichtsbezirkes entstehen (so OLG Oldenburg JurBüro 2010, 433). Der Senat hegt zwar an der letztgenannten Auffassung – zumindest hinsichtlich des dort angenommenen Umfangs der Erstattungsansprüche – erhebliche Zweifel; allerdings bedarf es insofern hier keiner weiteren Stellungnahme, weil bereits die aufgezeigten unterschiedlichen Positionen zur Begründung einer hinreichend konkreten Beschwer der Verfahrensbevollmächtigten sowie eines Rechtsschutzbedürfnisses an einer der gesetzlichen Regelung entsprechenden Fassung der Beordnungs-Einschränkung ausreichen.“ (OLG Celle aaO)

ZPO  
§ 269 III 3

**Klagerücknahme  
Kostenentscheidung**

ZPO

(OLG Celle in MDR 2011, 879; Beschluss vom 05.05.2011 – 13 W 42/11)

Eine **Kostenentscheidung nach § 269 III 3 ZPO** kommt nicht in Betracht, wenn zum Zeitpunkt der "Klagerücknahme" eine **Klage noch gar nicht anhängig ist**.

„Nach § 269 III 3 ZPO ist über die Kosten unter **Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes** nach billigem Ermessen zu entscheiden, wenn der Anlass zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen ist und die Klage daraufhin unverzüglich zurückgenommen wird. dies gilt auch, wenn die Klage nicht zugestellt wurde.

Die Vorschrift des **§ 269 III 3 ZPO setzt ein Prozessrechtsverhältnis voraus. Erforderlich ist also, dass eine Klageschrift bei Gericht eingereicht worden ist. Das ist vorliegend indes nicht der Fall:**

Der Schriftsatz vom 10.06.2010 enthielt **lediglich den Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für eine nur beabsichtigte Klage**. Durch dessen Zuleitung an die Ag. im Prozesskostenhilfeverfahren ist **noch kein Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien zustande gekommen** (vgl. OLG Dresden NJW-RR 1997, 1424). Nachdem das LG dem Ast. Prozesskostenhilfe für die beabsichtigte Klage bewilligt hat, hätte es diesem obliegen, eine den Erfordernissen des § 253 II ZPO entsprechende Klageschrift einzureichen. Erst dies hätte eine ausreichende Grundlage für ein weiteres Tätigwerden des Landgerichts darstellen können (vgl. BGH NJW 1972, 1373). Eine derartige Klageschrift hat der Ast. nicht bei Gericht eingereicht. Dass das LG statt dessen ausweislich des Empfangsbekenntnisses des Prozessbevollmächtigten der Ag. dieser offenbar eine Abschrift des Prozesskostenhilfeantrages des Ast. zugestellt hat, bewirkte als solches keine Anhängigmachung der Klage. Die Klage hätte vielmehr frühestens in einer etwaigen mündlichen Verhandlung als eingereicht angesehen werden können, wenn der Ast. in einer solchen Verhandlung zu erkennen gegeben hätte, dass er den Prozesskostenhilfeantrag nunmehr als Klageschrift ansehen wollte (vgl. BGH NJW 1972, 1373; OLG Dresden NJW-RR 1997, 1424). Zu einer derartigen mündlichen Verhandlung ist es vorliegend aber nicht mehr gekommen, nachdem der Ast. seine „Klage“ bereits vor der vom LG anterminierten mündlichen Verhandlung zurückgenommen hat.

Mangels Vorliegens eines Prozessrechtsverhältnisses zwischen den Parteien ist für eine Anwendung von § 269 ZPO daher kein Raum.“ (OLG Celle aaO)

FamFG  
§§ 58 ff.

### Kostenentscheidungen in Unterhaltssachen anfechtbar mit der Beschwerde

FamFG

(OLG Bremen in FamRZ 2011, 1615; Beschluss vom 18.04.2011 – 4 WF 23/11)

**Kostenentscheidungen in Unterhaltssachen** nach dem FamFG sind als Endentscheidungen **mit der Beschwerde** gemäß §§ 58 ff. FamFG **anfechtbar**.

I. **Ob und nach welchen Vorschriften die Kostenentscheidung** in einer Unterhaltssache nach dem FamFG **angefochten werden kann**, wenn in der Hauptsache aufgrund eines Anerkenntnisses entschieden worden ist, **ist in Rspr. und Lit. umstritten**.

1. **Zum Teil** wird hierzu vertreten, Kostenentscheidungen seien in Unterhaltssachen auch dann nicht isoliert anfechtbar, wenn der Hauptsacheentscheidung ein Anerkenntnis zugrunde liegt. § 99 II ZPO könne keine Anwendung finden, da die Vorschrift im Zusammenhang mit § 93 ZPO zu verstehen sei. Nur dessen richtige Anwendung solle überprüfbar sein. Die Billigkeitsentscheidung nach § 243 FamFG sei nicht mit der formalen Prüfung vergleichbar, ob ein sofortiges Anerkenntnis vorliegt und der unterlegene Beteiligte Anlass zur Einleitung des Verfahrens gegeben hat (Bork/Jacobi/Schwab, Kommentar zum FamFG, 1. Auflage 2009, § 243 FamFG Rn 7).
2. Ein **Teil der Rspr.** wendet auf die isolierte Anfechtung von Kostenentscheidungen in allen Familiensachen die §§ 58 ff. FamFG an. Das wird damit begründet, dass § 113 I FamFG die Rechtsmittelvorschriften des FamFG nicht ausschließe. Auch die Kostenentscheidung sei Teil der Endentscheidung und daher nach den §§ 58 ff. FamFG anfechtbar. Aus dem Vorbehalt des anzuwendenden Verfahrensrechts gemäß § 58 I Hs. 2 FamFG ergebe sich jedenfalls in Unterhaltssachen nichts anderes, da § 243 FamFG als *lex specialis* das Kostenrecht der ZPO verdränge (OLG Oldenburg FamRZ 2010, 1831; OLG Hamm FamRZ 2011, 582).
3. **OLG München** hat in einer Entscheidung die Anwendbarkeit von § 99 II ZPO bejaht, wendet im Ergebnis allerdings die §§ 58 ff. an (OLG München - Beschluss vom 06.04.2010, 2 WF 307/10, zitiert nach juris; ebenso Keidel, Kommentar zum FamFG, 16. Auflage 2009, § 243 FamFG Rn 11).
4. Nach einer **weiteren Auffassung** richtet sich die isolierte Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung nach §§ 113 I FamFG, 99 II, 567 I Nr. 1 ZPO. Dieses Ergebnis wird damit begründet, dass § 113 I FamFG auch auf § 99 ZPO verweise und § 99 II ZPO eine andere Regelung der Anfechtbarkeit i. S. des § 58 I FamFG sei. § 243 FamFG sei im Verhältnis zu § 99 II ZPO keine speziellere Regelung, da die Vorschrift nur die inhaltlichen Kriterien für die Kostenentscheidung in Unterhaltssachen regelt und damit auch nur die §§ 91 – 93, 97, 269 III ZPO verdrängen könne. Die Anwendung der Vorschriften der ZPO auf die Anfechtung von Kostenentscheidungen in Familienstreitsachen entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers.

OLG Köln FamRZ 2011, 579; OLG Oldenburg FamRZ 2011, 578; KG NJW 2010, 3588; OLG Nürnberg FamRZ 2010, 1837; Prütting/Helms, Kommentar zum FamFG, 1. Auflage 2009, § 243 FamFG Rn 11; Eckebrecht u.a., Verfahrenshandbuch Familiensachen, 2. Aufl. 2010, § 1 Rn 525; Zöller/Herget, § 243 FamFG Rn 10; Schael FPR 2009, 11

II. **OLG Bremen aaO** folgt der Auffassung, dass die isolierte Anfechtung von Kostenentscheidungen auch in Unterhaltssachen nach §§ 58 ff. FamFG stattfindet.

„Zwar ist der **Gesetzgeber jedenfalls in Bezug auf Kostenentscheidungen nach übereinstimmender Erledigungserklärung davon ausgegangen, dass diese mit der sofortigen Beschwerde anzufechten seien** (Bt-Drucks. 16/12717, S. 60).

Die in der Gesetzesbegründung geäußerte Rechtsauffassung, in Ehe- und Familienstreitsachen seien infolge der Verweisung nach § 113 I 2 FamFG auf Kostenbeschwerden die §§ 91ff ZPO anzuwenden, findet aber weder in § 58 FamFG noch in § 113 I FamFG eine Grundlage (vgl. OLG Oldenburg FamRZ 2010, 1831).

Gem. § 58 I FamFG ist die Beschwerde das statthafte Rechtsmittel gegen Endentscheidungen, und zwar auch in Bezug auf Unterhaltssachen. Die Kostenentscheidung ist eine Endentscheidung i. S. des § 38 I FamFG, da durch sie der Verfahrensge-

genstand teilweise, nämlich in Bezug auf die Kostentragung, erledigt wird (Zöller/Feskorn, § 38 FamFG Rn 3; Schulte-Bunert/Weinreich, Komm. z. FamFG, 2. Auflage 2010, § 38 FamFG Rn 6). Das Gesetz sieht für die isolierte Anfechtung von Kostenentscheidungen auch kein anderes Rechtsmittel i. S. von § 58 I Hs. 2. FamFG vor. § 113 I FamFG verweist nicht auf § 99 II ZPO. Nach § 113 I FamFG sind zwar die Kostenvorschriften des FamFG in Familienstreitsachen nicht anzuwenden. **§ 99 ZPO trifft aber keine Regelung über den materiellen Gehalt von Kostenentscheidungen**, sondern nur über deren Anfechtbarkeit. Es handelt sich daher nicht um eine von § 113 I FamFG erfasste Kostenvorschrift i. S. der §§ 81 ff. FamFG, sondern um eine Rechtsmittelvorschrift (zu § 91a ZPO ebenso OLG Oldenburg FamRZ 2010, 1693; Rüntz/Viefhues FamRZ 2010, 1285).

Bei Anwendung der §§ 58 ff. FamFG auf Rechtsmittel gegen Endentscheidungen in Familienstreitsachen entsteht auch **keine Regelungslücke** in Bezug auf Beschwerden gegen Beschlüsse über die Bewilligung oder Versagung von Verfahrenskostenhilfe (so aber OLG Oldenburg FamRZ 2011, 578). Denn diese Entscheidungen sind keine Endentscheidungen i. S. des § 38 FamFG, so dass § 58 I FamFG auf sie keine Anwendung findet. Ihre Anfechtung richtet sich daher in Familienstreitsachen nach § 113 I FamFG, 127 II u. III ZPO.“ (OLG Bremen aaO)

VwGO

§§ 167 I 2, 168 I Nr. 4

## verwaltungsgerichtl. Vollstreckung

### Vergütungsfestsetzungsbeschluss

VwGO

(VGH Kassel in NJW 2011, 1468; Beschluss vom 09.12.2010 – 3 B 2365/10)

Für die **gerichtliche Entscheidung zur Vollstreckung eines verwaltungsgerichtlichen Vergütungsfestsetzungsbeschlusses** nach § 11 III RVG ist das **Verwaltungsgericht** als titulierendes Gericht **zuständig**. Aus der Titulierungsbefugnis folgt die **Vollstreckungsbefugnis des Verwaltungsgerichts**, das insoweit zuständiges Vollstreckungsgericht i.S. des § 167 I 2 VwGO ist.

„**Vergütungsfestsetzungsbeschlüsse** des Urkundsbeamten sind **vollstreckungsrechtlich wie Kostenfestsetzungsbeschlüsse nach § 168 I Nr. 4 VwGO zu behandeln** und werden **von dem VG erster Instanz vollstreckt**, nicht aber vom AG als Vollstreckungsgericht (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 168 Rn 30; vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 168 Rn 52, 53; Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 168 Rn 6; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 15. Aufl. 2010, § 168 Rn 12; OVG Münster NVwZ-RR 2004, 311; NJW 1984, 2484).

Dies folgt zum einen aus **§ 11 III 2 RVG**, wonach auch im Erinnerungsverfahren die für das Verfahren zuständige Gerichtsbarkeit nach den für sie geltenden Vorschriften entscheidet. Zum anderen erklärt § 11 II 3 RVG die Vorschriften der jeweiligen Verfahrensordnung über das Kostenfestsetzungsverfahren für entsprechend anwendbar und bestimmt, dass die Vorschriften der ZPO über die Zwangsvollstreckung aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen für die Entscheidung des Gerichts des ersten Rechtszugs i.S. von § 11 I RVG – über § 11 III RVG also auch für das VG – entsprechend gelten. Daraus wird hinreichend deutlich, dass die **Rechtswegzuständigkeit richtigerweise für das Vollstreckungsverfahren an die Herkunft des Titels, nicht jedoch an seine Rechtsnatur anknüpft**, was sich auch aus der abstrakten Natur des Vollstreckungstitels ergibt (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 168 Rn 2). I. Ü. würde der § 11 III 1 RVG zu Grunde liegende **Vereinfachungsgedanke** konterkariert, würde die Vollstreckung des vom VG festgesetzten Vergütungsanspruchs abgetrennt und der Zivilgerichtsbarkeit zugewiesen. Dies wird insbes. daran deutlich, dass, soweit nachträglich Einwendungen oder Einreden erhoben werden, die im Gebührenrecht ihren Grund haben, das VG als das Gericht, das den Vollstreckungstitel geschaffen hat, Prozessgericht i. S. der §§ 767, 769 ZPO, § 167 I 2 VwGO ist (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 168 Rn 29; Sodan/Ziekow, § 168 Rn 53).“ (VGH Kassel aaO)

## Aus der Praxis

**BRAO**  
§§ 59 a

### Zusammenarbeit eines Anwalts mit Unternehmensberater berufsrechtlich unzulässig

**RA/Nt**

(LG Arnsberg in BRAK-Mitt. 2011, 256; Urteil vom 03.03.2011 – 8 O 32/11)

Einem **Rechtsanwalt** ist eine **gemeinschaftliche Berufsausübung** mit einem **Unternehmensberater** nicht gestattet.

*„Eine Kooperation zwischen Rechtsanwälten und nicht sozietätsfähigen Personen erscheint zwar grundsätzlich zulässig (vgl. BGH NJW 2005, 2692), rechtfertigt aber nicht die Aufnahme des Namens des Kooperationspartners in die Kurzbezeichnung einer Gesellschaft, weil der Kooperationspartner gerade nicht zur Gesellschaft gehört, und vorliegend auch in der Vergangenheit nicht zur Gesellschaft gehört hat. Zudem ist einem Rechtsanwalt eine gemeinschaftliche Berufsausübung mit einem Unternehmensberater nach § 59 a BRAO nicht gestattet.“ (LG Arnsberg aaO)*

**BGB**  
§ 839

### Amtshaftungsanspruch der Rechtsanwaltskammer zögerliche Bearbeitung eines Fachanwaltsantrags

**BGB**

(LG Köln in AnwBI 2011, 863 = NJW 2011, 3380; Urteil vom 09.08.2011 – 5 O 69/11)

Die **Haftung einer Rechtsanwaltskammer** auf Ersatz der materiellen Schäden für die zögerliche Bearbeitung eines Fachanwaltsantrags ist **dem Grunde nach zu bejahen**, wenn die Rechtsanwaltskammer den **Fachanwaltsantrag ohne zureichenden Grund nicht binnen drei Monaten bescheidet**.

*„Ob ein zureichender Grund für die Überschreitung der Drei-Monats-Frist besteht, ist dabei im konkreten Einzelfall anhand der ihn kennzeichnenden tatsächlichen Umstände zu entscheiden, wobei sowohl das **Interesse des Betroffenen an einer möglichst raschen Entscheidung**, als auch der **Umfang und die Schwierigkeit der Angelegenheit** und das **Interesse an einer ausreichend vorbereiteten sachgerechten Entscheidung** zu berücksichtigen sind (AnwGH Stuttgart BeckRS 2008, 19415).*

*Im vorliegenden Fall hat der AnwGH Nordrhein-Westfalen (NJW 2011, 2981) für die Kammer bindend, im Einzelnen überzeugend ausgeführt, dass zureichende Gründe für die Überschreitung der Drei-Monats-Frist von der Bekl. weder dargetan noch anderweitig ersichtlich waren. So hat etwa der Berichterstatter des Vorprüfungsausschusses von der Einzahlung der Anwaltsgebühr bis zu seiner ersten Reaktion bereits fast drei Monate verstreichen lassen, bis er überhaupt in die Bearbeitung des Antrags eingetreten ist. Gründe hierfür hat die Bekl. nicht genannt. Danach hätte der Antrag des Kl. bis zum 05.08. positiv beschieden werden müssen. Dass dies nicht erfolgt ist, ist auch schuldhaft – fahrlässig – gewesen.“ (LG Köln aaO)*

**VwGO**  
§ 60 II

### Wiedereinsetzungsantrag

**VwGO**

#### Nachweis einer Erkrankung des Prozessbevollmächtigten

(VGH München in NJW 2011, 3177; Beschluss vom 18.07.2011 – 22 ZB 11.1250)

Eine (**unvorhersehbare**) **Erkrankung des Prozessbevollmächtigten** und eine daraus resultierende Arbeitsunfähigkeit als Wiedereinsetzungsgrund können **i. d. R. nur durch Vorlage eines ärztlichen Attests glaubhaft gemacht** werden; die **Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung** des Prozessbevollmächtigten **reicht** zur Glaubhaftmachung hingegen **nicht aus**.

- I. Zwar kann nach **st. Rspr.** eine (unvorhersehbare) Erkrankung einer Partei oder ihres Vertreters einen Grund für die Wiedereinsetzung darstellen. Sie muss jedoch die Fristwahrung entweder unmöglich oder doch bei vernünftiger Betrachtung unzumutbar machen.

*„Vorliegend spricht bereits viel dafür, dass der Prozessbevollmächtigte der Kl. nicht hinreichend dargelegt hat, dass es sich um eine plötzliche, für ihn unvorhersehbare Erkrankung und nicht um eine immer wiederkehrende und damit letztlich doch vorhersehbare Erkrankung gehandelt hat, für die er in besonderer Weise hätte Vorsorge treffen müssen (vgl. etwa BGH NJW-RR 2004, 1500 = MDR 2004, 1195. m. w. Nachw.). Dies kann aber letztlich dahinstehen, da jedenfalls die Ausführungen des Prozessbevollmächtigten der Kl. zu der Erkrankung sowie die diesbezüglich vorgelegten Mittel der Glaubhaftmachung – eine von ihm unterschriebene eidesstattliche Versicherung sowie ein „Attest“ seiner Ehefrau, einer Apothekerin, – nicht geeignet sind, seine Arbeitsunfähigkeit infolge einer Erkrankung und damit sein fehlendes Verschulden an der Fristversäumnis hinreichend glaubhaft zu machen.“ (VGH München aaO)*

- II. Eine Erkrankung und eine daraus resultierende Arbeitsunfähigkeit als **Wiedereinsetzungsgrund** kann nämlich **i. d. R. nur durch Vorlage eines ärztlichen Attests glaubhaft gemacht** werden.

*„Denn **nur ein Arzt ist dafür ausgebildet**, Krankheiten zu diagnostizieren und zu beurteilen, inwieweit diese zu einer Arbeitsunfähigkeit führen oder etwa durch Medikamente schnell behoben bzw. jedenfalls gelindert werden können; dies gilt insbes. bei einer Erkrankung wie Kopfschmerzen, gegen die es i. d. R. (schnell) wirksame Medikamente gibt und die daher nicht zwangsläufig zu einer Arbeitsunfähigkeit führen. Zwar mag es Kopfschmerzen und insbes. Migräneanfälle geben, für die das nicht gilt. Insoweit kann aber gerade auch im vorliegenden Fall zur Glaubhaftmachung einer Arbeitsunfähigkeit auf ein ärztliches Attest nicht verzichtet werden. Auch wenn die Migräneanfälle – nach den Ausführungen im „Attest“ der Ehefrau – letztlich durch „bewährte“ Medikamente in den Griff zu bekommen waren, ändert dies nichts an der Obliegenheit des Bevollmächtigten der Kl., zu einem Arzt zu gehen, um den vorgetragenen Wiedereinsetzungsgrund durch das Attest eines solchen glaubhaft zu machen (vgl. BFH BeckRS 2011, 54702).“ (OVG München aaO)*



- III. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass **Wiedereinsetzungsgründe nur glaubhaft gemacht und nicht bewiesen werden müssen** (§ 60 II 2 VwGO) und auch eine eidesstattliche Versicherung, insbes. auch die eines Prozessbevollmächtigten, ein Mittel der Glaubhaftmachung darstellt (vgl. § 294 I ZPO; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 68. Aufl. 2010, § 294 Rn 8).

*„Denn es ist hierbei zu berücksichtigen, inwieweit der versichernde Rechtsanwalt von seiner Ausbildung her die Kompetenz für die Beurteilung der von ihm versicherten Tatsachen (bzw. daraus abgeleitete Folgerungen) besitzt, welche grds. bei einem Rechtsanwalt in Bezug auf die Beurteilung einer Arbeitsunfähigkeit fehlt.*

*I. Ü. kommt der eidesstattlichen Versicherung eines Rechtsanwalts auch keine Sonderstellung etwa dahingehend zu, dass an der Richtigkeit der Versicherung eines Rechtsanwalts als eines unabhängigen Organs der Rechtspflege (§ 1 BRAO) nicht gezweifelt werden dürfte (vgl. BSG NZA-RR 2001, 493 m. w. Nachw.; BGH NJW-RR 2004, 1500 = MDR 2004, 1195 zur „anwaltlichen Versicherung“). Der Beweiswert einer solchen Erklärung kann bei starken Eigeninteressen gemindert sein, etwa wenn ohne Abgabe einer solchen Erklärung möglicherweise Regressforderungen eines Mandanten drohen (BSG NZA-RR 2001, 493). Dies kann hier nicht von vornherein ausgeschlossen werden (wird ausgeführt).*

*Die eigene eidesstattliche Versicherung des unterzeichnenden Prozessbevollmächtigten, „er sei krankheitsbedingt nicht im Stande gewesen, längere Schriftsätze zur Zulassung der Berufung zu verfassen“, reicht demnach nicht aus, seine Arbeitsunfähigkeit als überwiegend wahrscheinlich (vgl. BGH NJW-RR 2004, 1500 = MDR 2004, 1195; Eyermann/Schmidt, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 60 Rn 24) und damit als glaubhaft anzusehen. Sie könnte allenfalls dann als ausreichende Glaubhaftmachung einer unverschuldeten Fristversäumnis betrachtet werden, wenn der Prozessbevollmächtigte auf Grund besonderer Umstände außer Stande gewesen wäre, sich andere Mittel der Glaubhaftmachung zu verschaffen (vgl. etwa BFH BeckRS 2008, 25013154 und BeckRS 2000, 25005339), wofür nichts vorgetragen oder sonst ersichtlich ist.“ (VGH München aaO)*

ZPO  
§§ 114 ff.

**Prozesskostenhilfanspruch**  
**nicht fristgerechte Stellungnahme des Ag. im Bewilligungsverfahren**  
(OLG Celle in MDR 2011, 1235; Beschluss vom 12.08.2011 – 10 WF 299/10)

ZPO

**Unterlässt es der Ag.** anlässlich der Prüfung der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe zugunsten des Ast. ohne triftigen Grund, in einer rechtzeitigen Stellungnahme **Einwendungen geltend zu machen**, mit denen er ohne weiteren Aufwand ein Hauptsacheverfahren verhindern könnte, **so ist seine spätere entsprechende Rechtsverteidigung als verfahrenskostenhilferechtlich mutwillig i. S. von §§ 114 ZPO, 113 I FamFG** zu beurteilen.

- I. In der **obergerichtl. Rspr. und der Lit. besteht keine Übereinstimmung**, ob und unter welchen Voraussetzungen es als prozess- bzw. verfahrenskostenhilferechtlich mutwillig i. S. von §§ 114 ZPO, 113 I FamFG zu beurteilen ist, wenn der Ag. im PKH-/VKH-Prüfungsverfahren von seiner Stellungnahmemöglichkeit nach § 118 I 1 ZPO keinen Gebrauch macht und sich erstmals nach Rechtshängigkeit verteidigt und dafür seinerseits um VKH nachsucht.
- So haben etwa **OLG Karlsruhe** FamRZ 2001, 1132 und **OLG Schleswig** FuR 2006, 142 die Auffassung vertreten, einem Bekl., der zunächst zum PKH-Gesuch der Klägerseite nicht Stellung nehme, könne, wenn er nach Klagerhebung selbst PKH begehre, diese nicht wegen Mutwilligkeit versagt werden.
  - Nach einer Entscheidung des **OLG Oldenburg** soll jedenfalls ein anwaltlich nicht vertretener Ag. nicht mutwillig i. S. von § 114 ZPO handeln, wenn er relevante Einwendungen erst mit der Klagerwiderung und nicht schon im Rahmen der Anhörung zu dem gegnerischen Gesuch um PKH-Bewilligung vorbringt (OLG Oldenburg FamRZ 2009, 895).
  - Demgegenüber ist nach einer **anderen Auffassung** die spätere Rechtsverteidigung regelmäßig mutwillig i. S. d. § 114 ZPO, wenn die Partei zum PKH-Gesuch der Gegenseite erklärt hat, keine Erklärung abzugeben (OLG Bbg. FamRZ 2006, 349).
  - Für möglich halten die Mutwilligkeit bei Unterlassen der Geltendmachung bereits im gegnerischen PKH-Verfahren etwa OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 1017; OLG Oldenburg FamRZ 2002, 1712; OLG Köln JurBüro 2009, 145 und OLG Bbg. FamRZ 2008, 39.
  - Eine grds. Möglichkeit der Beurteilung als mutwillig, die praktisch allerdings unter recht strengen Voraussetzungen steht - ohne weiteres gegenüber dem Anspruch durchgreifender Einwand, auf nächste Zeit fehlende Durchsetzungsmöglichkeit eines Kostenerstattungsanspruches und Fehlen von berechtigten Sonderinteressen an einer streitigen Entscheidung - vertritt etwa Fischer MDR 2006, 661.
- II. **OLG Celle** geht in st. - allerdings bislang nicht ersichtlich veröffentlichter - Rspr. davon aus, dass es als verfahrenskostenhilferechtlich mutwillig zu beurteilen ist, wenn es ein in Anspruch genommener Beteiligter ohne triftigen Grund unterlässt, anlässlich der Prüfung der Bewilligung von VKH - zugunsten des Ast. in einer rechtzeitigen Stellungnahme Einwendungen geltend zu machen, mit denen er ohne besonderen Aufwand - etwa weil sie bereits in vorgerichtlichen Anwaltsschriftsätzen oder in eigenen früheren Verteidigungsschreiben zusammengefasst sind oder die Überreichung von Ablichtungen vorhandener Unterlagen ausreichend ist - seine gerichtliche Inanspruchnahme verhindern könnte. An dieser Beurteilung hält OLG Celle aaO ausdrücklich fest. Das beruht auf folgenden Erwägungen:

*„Einer Bewilligung von VKH steht der Gesichtspunkt der Mutwilligkeit entgegen, wenn dem Rechtssuchenden eine einfachere und billigere Möglichkeit der Geltendmachung offensteht, die auch ein selbst für die Rechtsverfolgungs- bzw. Verteidigungskosten aufkommender Beteiligter vernünftigerweise wählen würde.*

*Es ist schlichtweg selbstverständlich, dass sich eine in beliebig rechtserheblicher Weise in Anspruch genommene Person dem - soweit dies aus ihrer Sicht zu Unrecht erfolgt - entgegenstellt und - je nach den persönlichen Fähigkeiten mehr oder wenig sub-*



stantiiert und qualifiziert - den für unberechtigt gehaltenen Anspruch zurückweist. Dies gilt auch und erst recht für eine Inanspruchnahme, für die ein Ast. erst um Prozess bzw. Verfahrenskostenhilfe nachsucht, so dass der in Anspruch Genommene vorab durch das ersichtlich als neutrale Instanz tätig werdende Gericht ausdrücklich zu einer entsprechenden Stellungnahme zur Verteidigung aufgefordert wird.

In einer solchen Situation bedarf es daher einer **besonderen Rechtfertigung, wenn der in Anspruch Genommene von der ihm ausdrücklich nahegelegten Möglichkeit der Stellungnahme nicht** zumindest in einer solchen Weise **Gebrauch macht**, wie dies ihm nach seinen persönlichen Fähigkeiten ohne weiteres und ohne Auslösung wesentlicher Kosten - namentlich etwa für die erstmalige Einschaltung eines Rechtsanwaltes - möglich und zumutbar ist. Auch ein selbstzahlender Betroffener würde vernünftigerweise bereits **in diesem Frühstadium entsprechend tätig werden**, schon um das mit einer eigentlichen gerichtlichen Inanspruchnahme unabhängig vom Ausgang des Verfahrens stets verbundene **Kostenrisiko zu vermeiden**. Unterlässt der in Anspruch Genommene dagegen ohne triftigen Grund die ihm in diesem Sinne obliegende Stellungnahme, so stellt sich eine erst nach dadurch verursachter Rechtshängigkeit des Verfahrens erfolgende Geltendmachung der entsprechenden Einwendungen als verfahrenskostenrechtlich mutwillig dar. Demgegenüber erweist sich auch der Hinweis auf ein anfänglich noch fehlendes Prozessrechtsverhältnis als unerheblich - einer Beurteilung als mutwillig steht gerade nicht entgegen, dass ein entsprechendes Verhalten prozess- bzw. verfahrensrechtlich zulässig wäre.“ (OLG Celle aaO)

---

ZPO  
§ 115 III

**Prozesskostenhilfeanspruch**  
**Schmerzensgeld ist kein einzusetzendes Vermögen**  
(BVerwG in BayVBl 2011, 664; Beschluss vom 26.05.2011 – 5 B 26/11)

ZPO

Ein dem Ast. gezahltes **Schmerzensgeld ist im Rahmen der Prozesskostenhilfe grds. nicht als Vermögen einzusetzen**.

- I. Der **Einsatz dieses Vermögens ist dem Ast. nicht zumutbar** (§ 115 III 1 ZPO), weil dies für ihn eine Härte bedeuten würde (§ 115 III 2 ZPO i.V.m. § 90 III 1 SGB XII entsprechend).

„Die einen **Härtefall** begründende Atypik der Fallgestaltung ergibt sich daraus, dass der Einsatz des Schmerzensgeldes im Rahmen der Prozesskostenhilfe seiner **besonderen Zwecksetzung** zuwider liefe; das Schmerzensgeld stünde dem Betroffenen nicht mehr zu den Zwecken zur Verfügung, für die es bestimmt ist (BVerwGE 98, 256 zur sozialhilferechtlichen Freistellung des Schmerzensgeldes durch die Härtefallregelung des § 88 III BSHG, heute: § 90 III SGB XII).

Nach dem BGB (§ 253 II BGB) handelt es sich bei dem Schmerzensgeld um eine **Geldleistung zur Abdeckung eines immateriellen Schadens**. Es dient vor allem dem Ausgleich erlittener oder andauernder Beeinträchtigungen der körperlichen und seelischen Integrität, insbesondere auch dem Ausgleich von Erschwernissen, Nachteilen und Leiden, die über den Schadensfall hinaus anhalten und die durch die materielle Schadensersatzleistung nicht abgedeckt sind, und trägt zugleich dem Gedanken Rechnung, dass der Schädiger dem Geschädigten für das, was er ihm angetan hat, Genugtuung schuldet (BVerfGE 116, 229 m. w. Nachw.). Der **Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes** entspricht es, dass das Leben des Geschädigten dadurch in gewissem Umfang erleichtert werden soll. Dies alles ist aber nur gewährleistet, wenn der Geschädigte das Schmerzensgeld zur freien Verfügung behält und nicht für Prozesskosten oder seinen notwendigen Lebensunterhalt aufwenden muss (BGH VersR 2006, 673). Schmerzensgeld ist deshalb im Rahmen der Prozesskostenhilfe regelmäßig nicht als Vermögen einzusetzen (so auch OLG Köln FamRZ 1994, 1127; OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1228; OLG Stuttgart FamRZ 2007, 1661; Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl., 2010, § 115 Rn 61 jeweils m. w. Nachw.).“ (BVerwG aaO)

- II. **BVerwG aaO** folgt damit nicht der Auffassung, bei hohen Schmerzensgeldzahlungen und geringem Streitwert könne der teilweise Einsatz zumutbar sein, wenn der Partei der wesentliche Teil des Schmerzensgeldes verbliebe bzw. die Funktion des Schmerzensgeldes nicht wesentlich beeinträchtigt werde (so OLG Hamm, Beschluss FamRZ 1987, 1283; OLG Jena OLGR 2000, 185; vgl. auch OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 758; OLG Karlsruhe VersR 2011, 88).

„Das **Schmerzensgeld ist** nämlich - um zur Erreichung der mit ihm verfolgten Zwecke weiterhin zur Verfügung zu stehen - nicht nur mit einem bestimmten Anteil, sondern **in seiner ganzen noch vorhandenen Höhe geschützt**. Weil seine Höhe von der Schwere der Schädigung und dem Gewicht des erlittenen Unrechts abhängt, ist es nicht gerechtfertigt, die freie Verfügbarkeit des zu deren Ausgleich und Genugtuung erhaltenen Schmerzensgeldes in Teilen einzuschränken.“ (BVerwG aaO).

---

BGB  
§§ 249, 280

**Inkassokosten**  
**grds. nicht erstattungsfähig**  
(AG Kehl in NJOZ 2011, 1854; Urteil vom 26.04.2011 – 4 C 19/11)

BGB

**Inkassokosten sind grds. nicht erstattungsfähig**, denn die üblichen Bemühungen um die Einziehung einer Forderung stellen eine normale kaufmännische Tätigkeit und somit einen generell nicht ersatzfähigen Eigenaufwand dar. Die Ersatzfähigkeit von Inkassokosten kommt daher lediglich in besonders gelagerten Ausnahmefällen, z. B. Einziehung einer Forderung, die sich gegen einen im Ausland wohnenden Schuldner richtet, in Betracht.

- I. Die **Frage**, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe Inkassokosten einen ersatzfähigen Verzugsschaden darstellen, **wird in Lit. und Rspr. höchst unterschiedlich beurteilt**.

BGH NJW 2005, 2991; vgl. ausf. OLG Dresden NJW-RR 1994, 1139; Jäckle NJW 1995, 2767; dem Grunde nach wohl bejahend BGH Urteil v. 24.05.1967 – VIII ZR 278/64, allerdings bei Inkassokosten von unter 2% der Hauptforderung

- II. Nach Auffassung des **AG Kehl aaO** ist die **Ersatzfähigkeit von Inkassokosten allenfalls in besonders gelagerten Ausnahmefällen zu bejahen**.

„Hierbei kann für die vorliegende Entscheidung offen bleiben, ob die Beauftragung des Inkassounternehmens durch den Gläubiger gegen die ihm gem. § 254 BGB obliegende **Verpflichtung zur Geringhaltung des Schadens und der Folgekosten**

verstößt (so die wohl überwiegende Auffassung: OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, 15; BGH - Urteil v. 24.05.1967 – VIII ZR 278/64) oder ob von vornherein – was insbes. im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast zur Angemessenheit und Erforderlichkeit der Aufwendungen näher liegt – bereits ein dem Schuldner zurechenbarer, gem. § 286 I BGB ersatzfähiger Schaden zu verneinen ist (in diesem Sinne OLG Karlsruhe BeckRS 2010, 29049; OLG Dresden NJW-RR 1994, 1139).

Das Gericht schließt sich den vom OLG Dresden (NJW-RR 1994, 1139) angeführten Argumenten an, nach denen Inkassokosten im Regelfall nicht auf den Schuldner umgelegt werden können. Zahlt der Schuldner nicht innerhalb der üblichen Frist, ist es zunächst Sache des Gläubigers, sich um die Erfüllung der Forderung zu bemühen. Dazu gehören nach Auffassung des Gerichts die Überwachung der Zahlungseingänge und Zahlungsfristen sowie zumindest eine zweimalige Mahnung. Das Gericht erkennt nicht, dass die Verwaltung und Realisierung der problematischen, sich nicht von selbst erledigenden Außenstände insbesondere in einem kaufmännischen Betrieb einen nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand erfordern kann. Es könnte daher nahe liegen, diese Kosten den säumigen Schuldnern in Rechnung zu stellen. Gleichwohl ist insoweit von der Rspr. der Grundsatz entwickelt worden, dass die **üblichen Bemühungen um die Einziehung einer Forderung**, ja selbst Regulierungsbemühungen beim Einzug einer Schadensersatzforderung, **zum eigenen Pflichtenkreis des Gläubigers gehören** und nicht gem. §§ 249 ff. BGB als Vermögensschaden geltend gemacht werden können (OLG Dresden NJW-RR 1994, 1139; OLG Köln WM 1989, 246; BGH NJW 1977, 35). Es handelt sich um die **normale kaufmännische Tätigkeit**. Diesen **grds. nicht ersatzfähigen Eigenaufwand** für die Einziehung einer eigenen Rechnung hat die Kl. vorliegend ausgelagert, indem sie vorliegend wenige Tage nach Eintritt des Verzugs mit der letzten Rechnung und nach nur einer Mahnung ein Inkassobüro mit der Beitreibung beauftragt hat. Ihr stand selbstverständlich frei so zu verfahren. Jedoch kann sie die damit verbundenen Kosten nicht auf den Schuldner umlegen, weil es sich gerade um Kosten des grds. nicht ersatzfähigen Eigenaufwands handelt.“ (AG Kehl aaO)

KV GKG  
Nr. 1211

**Klageeinreichung**  
**ohne Bezugnahme auf bereits erfolgte PKH-Bewilligung**  
(OLG Koblenz in NJOZ 2011, 1812; Beschluss vom 11.01.2011 – 14 W 14/11)

GKG

Reicht eine Partei ihre **Klage ohne Bezugnahme oder Hinweis auf eine bereits erfolgte PKH-Bewilligung** ein, kann eine unrichtige gerichtliche Sachbehandlung nicht darin gesehen werden, dass die Sache neu eingetragen wird, was **zum Anfall von Gerichtsgebühren führt**, die **von der Partei trotz** der anderweitig erfolgten **PKH-Bewilligung gezahlt werden müssen**.

„Die streitige, nach Nr. 1211 KV GKG ermäßigte Gebühr ist mit Einreichung der Klageschrift angefallen (§ 6 I GKG). Dieser Schriftsatz musste nach den Umständen als **eigenständige Klageschrift** betrachtet werden (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1670). Der Wille der Kl., einen Bezug zu dem bereits laufenden Verfahren herzustellen, in dem ihnen für eine gegen dieselbe Partei beabsichtigte Klage Prozesskostenhilfe bewilligt worden war, kam nicht zum Ausdruck; das dortige Altenzeichen wurde an keiner Stelle erwähnt. Dass der Bezug nachträglich erkannt und ihm dann Rechnung getragen wurde, ist unerheblich.

Da der Gebührentatbestand der Nr. 1211 KV GKG ein gerichtliches Handeln nicht voraussetzt (OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1670), **kann die Gebühr grds. nicht nach § 21 I in GKG unter Hinweis auf ein Fehlverhalten oder organisatorisches Versäumnis des Gerichts in Frage gestellt werden**. Die Dinge mögen anders liegen, wenn einem Kl. nach Klageeinreichung vom Gericht auf Anfrage fälschlich mitgeteilt wird, ein Eingang sei nicht festzustellen, und er daraufhin ein weiteres Exemplar der bereits bei Gericht befindlichen Klageschrift fertigt (vgl. dazu OLG München MDR 2001, 896). Im vorliegenden Fall hat es jedoch an einer vergleichbaren gerichtlichen Veranlassung gefehlt.“ (OLG Koblenz aaO)

StPO  
§§ 140 ff.

**Pflichtverteidigerbeordnung**  
**erstreckt sich auch auf Adhäsionsverfahren**  
(OLG Rostock in StV 2011, 656; Beschluss vom 15.06.2011 – I Ws 166/11)

StPO

Die **Beordnung des Pflichtverteidigers erstreckt sich** regelmäßig auch ohne Gewährung von PKH **auf die Vertretung des Angekl. im Adhäsionsverfahren**.

- I. Es ist **in Rspr. und Lit. umstritten**, ob die Verteidigerbestellung nach §§ 140 ff. StPO ohne weiteres das Adhäsionsverfahren umfasst
- **bejahend:** OLG Hamm Rpfleger 2001, 513; OLG Köln StraFo 2005, 394; OLG Schleswig NSTZ 1998, 101; Laufhütte. KK-StPO, 6. Aufl., § 140 Rn 4; Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 140 Rn 5; Wohlers, SK-StPO, § 141 Rn 20; Julius, HK-StPO, 4. Aufl., § 141 Rn 15; Lüderssen/Jahn, LR-StPO, 26. Aufl., § 141 Rn 28; Burhoff, RVG Straf- und Bußgeldsachen, 2. Aufl., Nr. 4143 VV Rn 12; Gerold/Schmidt, RVG, 19. Aufl., VV 4143, 4144 Rn 5; vgl. auch OLG Hamburg NSTZ-RR 2006, 347 für den Fall, dass ein Antrag nach § 404 V StPO auf gesonderte Beordnung nicht gestellt wird oder wegen Fehlens der besonderen Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht gestellt werden kann;
  - **verneinend:** OLG Bamberg NSTZ-RR 2009, 114 ; OLG Brandenburg OLGSt StPO § 140 Nr. 24; OLG Celle NSTZ-RR 2008, 190; OLG Hamburg NSTZ 2010, 652; OLG Hamburg OLGSt StPO § 141 Nr. 8; OLG München StV 2004, 38; OLG Jena Rpfleger 2008, 529; OLG Saarbrücken StV 2000, 433; OLG Stuttgart NSTZ-RR 2009, 264; OLG Zweibrücken JurBüro 2006, 643; KG RVGreport 2011, 142 unter Aufgabe der früheren abweichenden Rspr.; Schmidt/Baldus, Gebühren und Kostenerstattung in Straf- und Bußgeldsachen, 4. Aufl., Rn 258
  - Der **BGH** hat die Frage der Erstreckung der Verteidigerbestellung auf das Adhäsionsverfahren ausdrücklich offen gelassen, dabei jedoch zum Ausdruck gebracht, dass die z. T. auf einem Vergleich mit § 397a StPO beruhende verneinende Auffassung jedenfalls mit dieser Begründung nicht greift (NJW 2001, 2486).

II. **OLG Rostock** hat sich bereits mit Beschlüssen vom 04.07.2008 - I Ws 224 und 225/08 - und vom 08.06.2009 - I Ws 118/09 - der erstgenannten (bejahenden) Auffassung angeschlossen. Daran wird aus den dort genannten Gründen festgehalten.

1. Die Gegenmeinung übersieht nach Ansicht des OLG Rostock aaO, dass in § 404 V StPO nur geregelt ist, unter welchen Voraussetzungen einem Angekl. für seine „Verteidigung“ gegen einen Adhäsionsantrag PKH zu gewähren ist und dass dies bejahendenfalls regelmäßig unter Beiordnung eines ggfls. schon vorhandenen Verteidigers erfolgen soll (so auch Deutscher, jurisPR-StrafR 15/2010 Anm. 1).

*„Damit wird jedoch allein die in § 404 V 2 StPO in Bezug genommenen Regelung des § 121 II ZPO dergestalt modifiziert, dass im Falle der Gewährung von PKH für einen bereits verteidigten Angeklagten die **zusätzliche Beiordnung eines gesonderten Rechtsanwalts (nur) für das Adhäsionsverfahren nach Möglichkeit vermieden werden soll**. Indes ist damit nichts darüber gesagt, wie es sich mit der Erstreckung der Pflichtverteidigerbeordnung auf das Adhäsionsverfahren in solchen Fällen verhält, in denen die Voraussetzungen für die Gewährung von PKH nicht vorliegen, weil der Angeklagte über ausreichende finanzielle Mittel verfügt. So war es aber offenbar hier, denn die Verteidigerin hat den diesbezüglichen PKH-Antrag zurückgenommen.“* (OLG Rostock aaO)

2. Zu beachten ist ferner die Regelung in § 140 II 1 StPO, wonach „namentlich“ dann ein sonstiger Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, wenn dem Verletzten nach § 397a und § 406g III und IV StPO ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist, also gerade in solchen Konstellationen, in denen typischerweise auch mit der Geltendmachung von Schadenersatz- und/oder Schmerzensgeldansprüchen des Geschädigten im Wege des Adhäsionsverfahrens zu rechnen ist, dessen **verstärkte Anwendung** zudem **immer wieder propagiert** wird und dessen **Durchführung durch das 1. Opferrechtsreformgesetz nochmals erleichtert** worden ist.

*„Gerade das in § 140 II 1, letzte Alternative StPO zum Ausdruck kommende **Gebot der „Waffengleichheit“** streitet für die Auffassung des Senats, dass das Pflichtverteidigermandat auch ohne gesonderte Beiordnung die „Verteidigung“ gegen im Adhäsionsverfahren geltend gemachte Ansprüche umfasst, zumal ein **Angekl. gerade mit der Prüfung und ggfls. Abwehr zivilrechtlicher Haftungsansprüche regelmäßig eher überfordert** sein dürfte als mit seiner Verteidigung gegen den Strafvorwurf (vgl. dazu Rieß, Festschrift für Dahs, S. 433; Loos GA 2006, 195; Krey/Wilhelmi, Festschrift für Otto, S. 933; Volkart JR 2005, 185; Feigen, Festschrift für Otto, S. 898). Es erscheint dem Senat widersinnig, zur **Stärkung der Opferrechte** die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche durch den Geschädigten bereits im Strafverfahren unter Zuhilfenahme eines Beistands zu ermöglichen und zu forcieren und dafür dem Angekl. zur Herstellung von „Waffengleichheit“ u. U. allein aus diesem Grund einen notwendigen Verteidiger beizuordnen, wenn sich dessen Vertretungsbefugnis dann doch nicht ohne eine zusätzliche Beiordnung, die wiederum nur im Falle der Gewährung von PKH in Betracht kommt, auf die Vertretung im Adhäsionsverfahren erstreckt.“* (OLG Rostock aaO)

## Steuerrecht

EStG

### Betriebsausgaben

SteuerR

§§ 4 IV, 12 Nr. 1

#### Aufwendungen für gekoppelte Geburtstags- u. Firmenjubiläumsfeier

(FG Berlin-Bbg in BeckRS 2011, 96334; Urteil vom 16.02.2011 – 12 K 12087/07)

Die **Kosten für eine gleichzeitige Geburtstags- und Firmenjubiläumsfeier können nicht als Betriebsausgaben geltend gemacht werden.**

- I. **Betriebsausgaben** sind gem. § 4 IV EStG **Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst sind.** Demgegenüber dürfen gem. § 12 Nr. 1 EStG die für den Haushalt des Steuerpflichtigen und für den Unterhalt seiner Familienangehörigen aufgewendeten Beträge nicht als Werbungskosten oder Betriebsausgaben berücksichtigt werden. Das Vorliegen von Betriebsausgaben setzt voraus, dass eine **private Mitveranlassung** i.S.d. § 12 Nr. 1 EStG **allenfalls von untergeordneter Bedeutung** ist (L. Schmidt, EStG, 29. Auflage 2010, § 4 Rn 480).

*„Hier waren die Aufwendungen für die Feier zwar auch betrieblich veranlasst; die private Mitveranlassung war jedoch nicht von untergeordneter Bedeutung. Die betriebliche Veranlassung ergibt sich daraus, dass auch das fünfjährige Firmenjubiläum der C gefeiert wurde. Die Feier diente aber ersichtlich nicht allein der Begehung des Firmenjubiläums, sondern auch derjenigen des Geburtstages des [Firmeninhabers]. Aus der Einladung ergibt sich eindeutig, dass in der Einladung gleichrangig auf das Firmenjubiläum und auf den Geburtstag hingewiesen wurde. Es kommt zudem nicht darauf an, dass die Feier nicht am Tage des Geburtstags selbst stattfand. Maßgeblich ist, dass die Eingeladenen darauf hingewiesen wurden, dass – auch – "X Jahre A" zu feiern seien. Zudem fand die Feier nicht an einem Tag statt, der in einer besonderen Weise mit der Gründung der C im Zusammenhang stand. Es ist vielmehr offenbar ein beliebiger Tag des Jahres gewählt worden. Der Hinweis der Kl. dahingehend, dass der in der Einladung zusätzlich vorgenommene Bezug auf "X Jahre A" lediglich marketingtechnische Gründe habe, steht dieser Beurteilung ebenfalls nicht entgegen. Wenn die Kl. damit zum Ausdruck bringen will, dass die Eingeladenen sich dadurch hätten genötigt fühlen sollen, der Einladung zu folgen, so zeigt das gerade, dass die Adressaten der Einladung einer Geburtstagsfeier mehr Gewicht beimaßen als einem Firmenjubiläum.*

**Aufwendungen für die Bewirtung von Gästen** aus Anlass eines herausragenden Geburtstages sind **der privaten Sphäre des Einladenden zuzurechnen.** Unmaßgeblich ist insoweit, dass zu der Feier nur Geschäftsfreunde und Mitarbeiter eingeladen waren. Ob eine Einladung betrieblich oder privat veranlasst ist, richtet sich nach dem **Anlass der Feier**, nicht nach dem Kreis der eingeladenen Personen. Wird ein Ereignis wie ein **runder Geburtstag** nicht nur im rein privaten Rahmen begangen, sondern eine besondere Veranstaltung angesetzt, um einen außerhalb der Familie und des Bekanntenkreises stehenden Personenkreis in das Ereignis einzubeziehen, tritt zwar eine **Verlagerung auf die gesellschaftliche Ebene** ein. An dem Charakter der Bewirtungsaufwendungen als durch die gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen i.S. des § 12 Nr. 1 S. 2 EStG veranlasst ändert sich aber nichts, wenn eine besondere Einladung für Geschäftsfreunde und Mitarbeiter des eigenen Unternehmens gegeben wird, denn diese Personen leisten der Einladung Folge, um ein in der persönlichen Sphäre liegendes Ereignis desjenigen zu feiern, mit dem sie ständig beruflich oder geschäftlich zu tun haben (ebenso: BFH BStBl. II 1992, 524).“ (FG Berlin-Bbg aaO)

- II. Die **Aufwendungen** für die Feier waren demzufolge **gemischt veranlasst**, nämlich zum einen durch das fünfjährige Betriebsjubiläum und zum anderen durch den Geburtstag; sie **unterfallen damit einem Aufteilungs- und Abzugsverbot.**

*„Gem. § 12 Nr. 1 S. 2 EStG gilt das Abzugsverbot des S. 1 der Vorschrift auch für Aufwendungen für die Lebensführung, die die wirtschaftliche oder gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen mit sich bringt, selbst wenn sie zur Förderung des Berufs oder der Tätigkeit des Steuerpflichtigen erfolgen. Aus dieser Vorschrift wird ein Aufteilungs- und Abzugsverbot gemischt veranlasster Aufwendungen jedenfalls dann hergeleitet, wenn die **privaten und beruflichen Gründe derart zusammenwirken, dass eine Aufteilung in einen betrieblich und einen privat veranlassten Teil schlechterdings nicht möglich ist** (vgl. BFH BStBl. II 2010, 672). Greifen die – für sich gesehen jeweils nicht unbedeutenden – beruflichen und privaten Veranlassungsbeiträge so ineinander, dass eine Trennung nicht möglich ist, fehlt es also an objektivierbaren Kriterien für eine Aufteilung, so kommt ein Abzug der Aufwendungen insgesamt nicht in Betracht (BFH BStBl. II 2010, 672).*

*So liegt der Fall hier: Die streitigen Aufwendungen beruhen auf einer Doppelveranlassung Geburtstag und Firmenjubiläum. Es ist nicht ersichtlich, nach welchen Grundsätzen insoweit eine Aufteilung stattfinden könnte, da alle Eingeladenen sowohl das eine als auch das andere Ereignis feiern wollten und sollten.“ (FG Berlin-Bbg aaO)*

EStG

### außergewöhnliche Belastungen

SteuerR

§§ 33 I u. III Nr. 1 S.1, 33a I

#### Aufwendungen für Heimunterbringung eines Angehörigen

(BFH in NJW 2011, 3262; Urteil vom 30.06.2011 – VI R 14/10)

**Aufwendungen**, die einem Steuerpflichtigen **für die krankheitsbedingte Unterbringung eines Angehörigen in einem Altenpflegeheim** entstehen, stellen als **Krankheitskosten** eine **außergewöhnliche Belastung** i. S. des § 33 EStG dar. **Abziehbar** sind neben den Pflegekosten **auch die Kosten, die auf die Unterbringung und Verpflegung entfallen**, soweit es sich hierbei um gegenüber der normalen Lebensführung entstehende **Mehrkosten** handelt.

- I. Aufwendungen für den Unterhalt einer dem Steuerpflichtigen oder seinem Ehegatten gegenüber unterhaltsberechtigten Person können nach § 33a I EStG vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden. § 33a I EStG erfasst allerdings nur **übliche, typische Aufwendungen zur Bestreitung des Lebensunterhalts.**

st. Rspr., z. B. BFHE 154, 111 = BStBl II 1988, 830 = NJW 1989, 549 m. w. Nachw.; BFH BFH/NV 2005, 523; Kirchhof, EStG, 10. Aufl., § 33a Rn 5; Herrmann/Heuer/Raupach, § 33a EStG Rn 38; Blümich/Heger, § 33a EStG Rn 100; Schmidt/Loschelder, EStG, 30. Aufl., § 33a Rn 9



Dazu gehören insbes. **Aufwendungen für Ernährung, Kleidung, Wohnung, Hausrat sowie notwendige Versicherungen** (BFHE 110, 547 = BStBl II 1974, 86 = NJW 1974, 1351 betr. Krankenversicherung, und BFHE 131, 475 = BStBl II 1981, 31 = NJW 1981, 600), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob mit den Zuwendungen ein einfacher Lebensstil oder gehobene Ansprüche finanziert werden (BFHE 222, 338 = BStBl II 2009, 365 = NJW 2009, 623 m. w. Nachw.).

Der von § 33 a I EStG umfasste Bereich ist insofern enger als der den „gesamten Lebensbedarf“ und damit z. B. auch **Krankheitskosten** umfassende (vgl. § 1610 II des BGB) Unterhaltsbegriff des bürgerlichen Rechts (BFH, DStRE 1998, 478 = BFH/NV 1997, 755). Diese für den **typischen Lebensunterhalt** des Empfängers bestimmten Unterhaltsaufwendungen können nur bis zum gesetzlichen Höchstbetrag des § 33 a I 1 EStG abgezogen werden, sie sind vom Anwendungsbereich des § 33 EStG ausgeschlossen (§ 33 a V EStG).

- II. Untypische Unterhaltsleistungen, mit denen ein **besonderer und außergewöhnlicher Bedarf** abgedeckt wird – z. B. die Übernahme von Krankheits- oder Pflegekosten –, sind dagegen nach § 33 EStG zu berücksichtigen, wenn der Unterhaltsberechtigte nicht in der Lage ist, diese Aufwendungen selbst zu tragen.

BFHE 222, 338 = BStBl II 2009, 365 = NJW 2009, 623 m. w. Nachw. und BFHE 227, 487 = BStBl II 2010, 341 = NJW 2010, 1839; Herrmann/Heuer/Raupach, § 33 a EStG Rn 38; s. auch Korn, § 33 EStG Rn 10; Littmann/Bitz/Pust, Das EStR, § 33 Rn 25; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 33 a Rn B 1

„Aufwendungen für die krankheitsbedingte Unterbringung von Angehörigen in einem Altenpflegeheim fallen deshalb unter § 33 EStG, während beispielsweise Aufwendungen für deren altersbedingte Heimunterbringung nur nach § 33 a I EStG berücksichtigt werden können (BFHE 191, 280 = BStBl II 2000, 294 = NJW 2000, 2767; BFHE 222, 338 = BStBl II 2009, 365 und BFHE 228, 350 = BStBl II 2010, 621 = NJW 2010, 2303).

Wie sich aus § 33 a V EStG in der im Streitjahr geltenden Fassung (jetzt § 33 a IV EStG) ergibt, hat der Steuerpflichtige insofern **kein Wahlrecht zwischen dem Abzug nach § 33 und dem nach § 33 a EStG.**“ (BFH aaO)

StBerG  
§ 68 a. F.

**Steuerberaterhaftung**  
**Verjährung des Ersatzanspruchs bei bestandskräftigem Steuerbescheid**  
(BGH in NJW-RR 2011, 1361; Urteil vom 03.02.2011 – IX ZR 183/08)

SteuerR

Lässt ein Steuerberater einen Steuerbescheid pflichtwidrig bestandskräftig werden, **beginnt die Frist für die Verjährung des Ersatzanspruchs** des Mandanten **mit der Bestandskraft des Steuerbescheids**. Dies gilt auch dann, **wenn** der Steuerbescheid zunächst der formellen Gesetzeslage entspricht und die **zu Grunde liegende Steuernorm** erst **später** vom BVerfG für **nichtig erklärt** wird.

- I. Die **Entstehung eines Anspruchs auf Schadensersatz** setzt voraus, dass ein **Schaden eingetreten** ist.
- Nach der vom **BGH** (seit BGHZ 119, 69 = NJW 1992, 2766) in st. Rspr. vertretenen **Risiko-Schaden-Formel** muss der Schaden im Sinne einer objektiven Verschlechterung der Vermögenslage wenigstens dem Grunde nach erwachsen sein; ist dagegen noch offen, ob ein pflichtwidriges, mit einem Risiko behaftetes Verhalten tatsächlich zu einem Schaden führt und liegt deshalb eine bloße Vermögensgefährdung vor, ist der Anspruch noch nicht entstanden, so dass die Verjährungsfrist des § 68 StBerG nicht in Lauf gesetzt wird (Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Hdb. d. Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rn 1342 f. m. w. Nachw.).
  - **In Steuersachen tritt der Schaden des Steuerpflichtigen i. d. R. ein, sobald sich das pflichtwidrige Verhalten des Steuerberaters in einem belastenden Bescheid der Finanzbehörde ausgewirkt hat** (BGHZ 119, 69 = NJW 1992, 2766; BGHZ 129, 386 = NJW 1995, 2108; BGH DStR 2010, 510 = WM 2010, 138). Hat der Steuerberater pflichtwidrig gegen einen Steuerbescheid keinen Einspruch eingelegt, beginnt die Verjährung des Ersatzanspruchs mit Eintritt der Bestandskraft dieses Bescheids (BGH NJW-RR 1997, 50 = WM 1996, 2066).
- II. Der **Umstand, dass ein Steuerbescheid zum Zeitpunkt seines Erlasses dem Wortlaut des Einkommensteuergesetzes entsprach** und die **maßgebliche Norm erst im Nachhinein für nichtig erklärt wurde, ändert daran nichts** (vgl. BGH DB 2007, 1400 = BeckRS 2007, 7912; OLG Hamburg DStRE 2007, 1593).

„Ein **Vermögensschaden** besteht in der **Differenz zwischen der Güterlage, die durch das Schadensereignis geschaffen wurde, und der unter Ausschaltung dieses Ereignisses gedachten Güterlage** (sog. Differenzhypothese; vgl. BGH NZG 2009, 865 = WM 2009, 1376 m. w. Nachw.; Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., Vorb. § 249 Rn 10).

Die Verletzung der den Bekl. übertragenen Pflicht, die Besteuerung der Spekulationsgewinne offen zu halten, hatte die **bestandskräftige Belastung der Kl. mit Einkommensteuer auf die erzielten Gewinne zur Folge**. Hätten die Bekl. die Besteuerung pflichtgemäß offen gehalten, wären die Kl. mangels Bestandskraft des Steuerbescheids dauerhaft nicht zur Zahlung der Steuer verpflichtet gewesen. Der in der Steuerbelastung liegende, von den Kl. geltend gemachte Schaden ist daher mit der Bestandskraft des Steuerbescheids eingetreten.

Die Entscheidung des BVerfG stellte mit rückwirkender Kraft verbindlich fest, dass die Besteuerungsgrundlage mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig war. Sie **brachte nicht den Vermögensnachteil zum Entstehen, sondern erwies, dass der bereits mit Bestandskraft des Steuerbescheids entstandene Vermögensnachteil bei pflichtgemäßem Handeln der Bekl. vermeidbar war**, und machte für die Kl. erkennbar, dass es sich bei der Steuerbelastung um einen den Bekl. zuzurechnenden, ersatzfähigen Schaden handelte. Die **Erkennbarkeit des Schadens ist aber keine Voraussetzung des Beginns der Verjährungsfrist** nach § 68 StBerG a. F.“ (BGH aaO)



## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Seel:** Gesetzliche Anforderungen an eine „verhaltensbedingte Kündigung“ (MDR 2011, 1274)

Eine **verhaltensbedingte Kündigung setzt** eine **Pflichtverletzung voraus**; irrelevant ist dabei, **ob** es sich um eine **Haupt- oder Nebenpflicht** handelt; **grds. ist ein schuldhaftes Verhalten erforderlich**. - Eine verhaltensbedingte Kündigung ist i. d. R. erst dann möglich, wenn das **pflichtwidrige Verhalten zuvor abgemahnt** worden ist; eine Abmahnung verbraucht den zugrunde liegenden Sachverhalt und kann daher nicht auch Gegenstand einer Kündigung sein. - Bei **schwerwiegenden Pflichtverletzungen oder einer Zerstörung des Vertrauensverhältnisses** – namentlich bei Straftaten gegen den Arbeitgeber – ist eine verhaltensbedingte Kündigung ohne die „gelbe Karte“ der Abmahnung grds. gerechtfertigt; im Rahmen der Interessenabwägung ist aber zugunsten des Arbeitnehmers die Dauer der beanstandungsfreien Betriebszugehörigkeit zu berücksichtigen. - Besonderheiten gelten bei einer Verdachtskündigung: hier muss der Arbeitnehmer vor der Kündigung zur Sachverhaltsaufklärung zwingend angehört werden.

2. **Skusa:** Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschriften auf Leasing- und Mietkaufverträge (NJW 2011, 2993)

**Problemstellung:** Auf der Grundlage der Verbraucherkreditrichtlinie traten zahlreiche Gesetzesänderungen in den §§ BGB § 491 ff. BGB in Kraft, die der Intensivierung des Verbraucherschutzes dienen sollten; insbesondere die in den §§ BGB § 491 a ff. BGB vorgesehenen hohen formellen Anforderungen bei Vertragsanbahnung und Vertragsabschluss, die damit verbundene Rechtsunsicherheit sowie das Widerrufsrecht haben dazu geführt, dass Leasinggesellschaften nach dem 10.06.2010 dazu übergegangen sind, entweder **keine Verträge für Verbraucher** mehr anzubieten oder bei Fahrzeugen **Leasingverträge nur noch mit Kilometerabrechnung** abzuschließen; zuletzt Genanntes mit der Rechtsauffassung, § 506 BGB und damit der Verbraucherschutz sei auf solche Leasingverträge – entgegen der höchstrichterlichen Rspr. bis zum 10.06.2010 zu den §§ 499, 500 BGB a.F. – nicht anwendbar. - **Fallen Leasing- oder Mietkaufverträge mit Verbrauchern unter den Anwendungsbereich des § 506 BGB**, werden die **besonderen Anforderungen** jedoch **nicht eingehalten**, ist dies mit **erheblichen negativen Folgen für den Leasinggeber/Mietverkäufer** verbunden: So führt auszugsweise die Nichteinhaltung der Formvorschriften des § 494 BGB zur Nichtigkeit des Vertrags, die unterbliebene vorvertragliche Information nach § 491a BGB begründet für den Verbraucher einen Anspruch auf Schadensersatz aus cic und die unterbliebene oder unrichtige Widerrufsbelehrung führt dazu, dass die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt, folglich der Verbraucher ohne zeitliche Beschränkung den Vertrag widerrufen kann, § 355 III, IV 3 BGB, und dieser im Rahmen der Rückabwicklung keinen Wertersatz für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme schuldet, §§ 346 II 1 Nr. 3 HS 2, 357 III 1 BGB. - Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die **Gesetzesänderung** zum 11.06.2010 zu **gravierenden Einschränkungen des Verbraucherschutzes bei Leasing- und Mietkaufverträgen führt**: Im neu gefassten § 506 BGB wird ein präziser Rahmen für den sachlichen Anwendungsbereich vorgegeben; eine Anwendung des Verbraucherschutzes wird auf entgeltliche Zahlungsaufschübe, Teilzahlungsgeschäfte und entgeltliche Nutzungsüberlassungen mit Erwerbspflicht, Andienungsrecht oder Restwertgarantie beschränkt; der Begriff des „Finanzierungsleasingvertrags“ findet sich im Gesetzeswortlaut nicht mehr. - Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung und Begründung eng an die Verbraucherkreditrichtlinie 2008 gehalten, die nicht allein auf eine Vollamortisationszusage abstellt, sondern darüber hinaus den Erwerb der Substanz voraussetzt; vor allem beim Kilometerleasingvertrag führt dies zu einem Ergebnis, das der Intention des Gesetzgebers (Verbesserung des Verbraucherschutzes) scheinbar zuwider läuft.

3. **Lederer:** Das Verbraucherleitbild im Internet (NJOZ 2011, 1833)

**Grds.** kann das **europarechtlich fundierte Verbraucherleitbild des Wettbewerbsrechts rechtsgebietsübergreifend zu Grunde gelegt werden**; **lediglich für das Strafrecht** ist eine **Ausnahme zu machen**: Hier darf nicht auf den Durchschnittsverbraucher rekurriert werden, es muss vielmehr auf das Individuum abgestellt werden; denn das **Strafrecht dient dem Schutz von (Individual-)Rechtsgütern**, die die Rechtsordnung grds. unabhängig von der Sorgfalt des Rechtsträgers gewährt. - **Situative Elemente** und damit die „Situation Internet“ **können jedoch sowohl im Zivil- und Öffentlichen Recht als auch im Strafrecht Berücksichtigung finden**; allerdings darf die „Situation Internet“ nicht dazu führen, dass generell von einer reduzierten Aufmerksamkeit ausgegangen wird; vielmehr ist an erster Stelle auf Grundlage der §§ 133, 157 BGB danach zu fragen, ob ein Bezug zu einem konkreten Rechtsgeschäft besteht; existiert ein solcher Konnex, lässt sich der Grad der Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers weiter ausdifferenzieren; allen voran kann hier wie im realen Raum nach dem Gegenstand des Rechtsgeschäfts – dem Produkt – unterschieden werden. - Erst wenn kein Bezug zu einem konkreten Rechtsgeschäft besteht, treten die Besonderheiten des Internet in den Vordergrund: Dann – und nur dann – kann von einer reduzierten Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers ausgegangen werden; dies ändert jedoch nichts daran, dass die „Situation Internet“ bei der Bestimmung des Verbraucherleitbilds nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist; es gibt zwar „das“ Internet – nicht aber „das“ Verbraucherleitbild im Internet.

4. **Fischer:** Die Entwicklung des Maklerrechts seit 2009 (NJW 2011, 3277)
5. **Weber:** Die Entwicklung des Familienrechts seit Mitte 2010 (NJW 2011, 3067)

## II. Strafrecht

1. **Spoenle:** Hooligan-Trendsport „Mannschaftskickboxen“ – bloß bizarr oder doch strafbar? (NSZ 2011, 552)

Die **Teilnahme an Drittortauseinandersetzungen** ist **nicht als Landfriedensbruch** gem. § 125 I Nr. 1 StGB **strafbar**; bei Einhaltung von Regeln, die schwere Verletzungsfolgen ausschließen, Chancengleichheit wahren und von Schiedsrichtern auch durchgesetzt werden können, scheidet auch eine Strafbarkeit der Beteiligten gem. §§ 223 I, 24 I Nr. 4 StGB aus, da die vorliegenden **Einwilligungen der anderen Beteiligten gem. § 228 StGB die Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlungen beseitigen**; bei abweichender Beurteilung liegt auf subjektiver Ebene die Frage eines Irrtums zumindest nahe. - In jedem Fall einschlägig ist hingegen § 231 I StGB, sofern die dort genannten Folgen eintreten.

2. **Schmidt:** Die Entwicklung des Betäubungsmittelstrafrechts bis Mitte 2011 (NJW 2011, 3007)
3. **König:** Der Zugang des (noch) nicht mandatierten Verteidigers zum inhaftierten Beschuldigten (StV 2011, 704)
4. **Graalman-Scheerer:** Zur Reform des Rechts der notwendigen Verteidigung (StV 2011, 696)

## III. öffentliches Recht

1. **Budzinski:** Von der Versorgung ohne Auftrag zur Bestrahlung ohne Gesetz (NVwZ 2011, 1165)

**Problemstellung:** Der gegenwärtige Mobilfunkbetrieb erfolgt mit der sog. Indoor-Versorgung schon wegen Art. 8 I EMRK ohne (ausreichende) Rechtsgrundlage, weil tatbestandlich ein bislang **ungeregelter Eingriff in das Menschenrecht auf Achtung der Wohnung** vorliegt; allein diese Art der Versorgung führt zu einer 24-Stunden-Belastung mit Langzeitwirkung für die gesamte Bevölkerung, was wegen der nachweislichen Beeinflussung von Gehirn und Nerven sowie der nunmehrigen Krebswarnung der WHO (IARC) kein „vernachlässigbares Restrisiko“ darstellt, so dass Vermeidung geboten und Vorsorge „unabweisbar“ ist. - Eine vorsorgliche Vermeidung und Minimierung dieser Exposition lässt sich weitgehend und ohne unzumutbare Einschränkung des Mobilfunkverkehrs durch eine eigene Innenraumversorgung des jeweiligen Nutzers mit den Mobilfunknetzen herbeiführen, so dass eine planmäßige und erzwungene Einstrahlung von Funknetzen durch die Hauswände von außen nach Art. 8 II EMRK nicht zu rechtfertigen ist, selbst wenn das Risiko gering wäre. - Die **Gemeinden haben** zum Schutz der Einwohner **das Recht** (Art. 28 II GG, § 6 der 26. BimSchV), **die Indoor-Versorgung in Wohngebieten mit einem planerischen Mobilfunkkonzept auf diese Selbstversorgung zu beschränken** und den dort einwirkenden Funkversorgungspegel so festzulegen, wie es für die Versorgung des betreffenden Gebiets im Freien ausreichen würde; auch das neue digitale Fernseh- und Radionetz ist vorsorglich ohne Indoor-Versorgung zu betreiben. - Dem **Wohnungsinhaber muss** wegen Art. 8 I EMRK zumindest in einem Wohngebiet **ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch zugebilligt werden**, die allein zum Zwecke der Indoor-Versorgung hoch geregelte „Durchstrahlung“ seiner Wohnung grds. zu unterbinden bzw. die Erteilung einer darauf hinauslaufenden Standortbescheinigung entsprechend zu modifizieren. - Das Smart-Meter-Mess-System ist vorrangig mit Kabelanschluss zu planen, d. h. umweltfreundlich und ohne Zweckentfremdung der knappen Ressourcen der mobilen Kommunikation für stationäre Nutzung; der Anschlusszwang nach § 21 i IV des Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften wäre zudem rechtswidrig, wenn er mit der zwangsweisen Installation eines Funksenders im eigenen Haus verbunden werden sollte. - Die erst noch durch Gesetz zu treffende Entscheidung über die Zulassung der Indoor-Versorgung liegt nicht überall im „weiten Entscheidungsermessen“ des Staates; grds. ist zwischen Immissionen, die im öffentlich zugänglichen Raum zugemutet werden, und solchen, die auch in die eigene Wohnung oder wohnungsgleiche Einrichtungen eindringen (sollen), zu unterscheiden: Die **Wohnung bietet gegenüber allen Störungen und auch Immissionen einen natürlichen Rückzugsraum**, der **grundrechtlich anerkannt und gesichert** ist; dies muss erst recht gegenüber nunmehr von der WHO ausdrücklich als potenziell kanzerogen eingestuftem Strahlungen gelten.

2. **Labrenz:** Die Wahlpflicht – unbeliebt aber nicht unzulässig (ZRP 2011, 215)
3. **Schadtle:** Die Sanktionierung spendenbezogener Pflichtverletzungen politischer Parteien und ihre zeitlichen Grenzen (DÖV 2011, 848)

Eine **finanzielle Sanktionierung von spendenbezogenen Pflichtverletzungen politischer Parteien ist innerhalb einer Frist von zehn Jahren möglich**; für Vorgänge, die sich nach Inkrafttreten der achten Novelle des Parteiengesetzes ereignet haben, ergibt sich dies ohne Weiteres aus der sanktionsrechtlichen Vorschrift des § 31c I 4 PartG (i. V. m. §§ 31a II, 24 II 2 PartG); für Altfälle, auf die die geltenden Sanktionsvorschriften nach der

Rspr. des BVerwG nicht anwendbar sind, folgt die Frist für eine Sanktionierung hingegen aus § 23 I 3 PartG, der die **Befugnis des Bundestagspräsidenten zur (erneuten) Prüfung von Rechenschaftsberichten** auf zehn Jahre, beginnend mit Ablauf des Rechnungsjahres, begrenzt. - Die Norm des § 23a I 3 PartG ist auch auf die bei seinem Inkrafttreten schon eingereichten Rechenschaftsberichte anwendbar; das ist nicht nur in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebracht, sondern geht auch aus der Regelung des § 39 III 1 PartG hervor, die die Anwendbarkeit des § 23a PartG nur in einem hier nicht interessierenden Ausschnitt auf neu einzureichende Rechenschaftsberichte beschränkt.

4. **Brunn**: Der Indizienbeweis im Öffentlichen Recht (NJOZ 2011, 1873)

Der **Indizienbeweis** (Wahrscheinlichkeitsbeweis) kann eine **zulässige Form der (behördlichen bzw.) gerichtlichen Überzeugungsgewinnung (-bildung) darstellen in Fällen einer „Beweisnot“**, die insbes. bei länger zurückliegenden Vorgängen, inneren Tatsachen und gesetzlich angeordneten Kausalverknüpfungen („wegen“) vorliegen kann. - Zu Gunsten des Beweisverpflichteten kann er einen „Vollbeweis“ ersetzen, wenn zwar keine ausreichenden Haupttatsachen auf das Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale führen, aber Hilfstatsachen (Indizien) – meist verknüpft mit Erfahrungen des täglichen Lebens (typischer Geschehensablauf) – nach **Wahrscheinlichkeitskriterien** einen Schluss hierauf zulassen; er ist als mittelbarer Beweis dem Anscheinsbeweis (prima facie-Beweis) angenähert und **führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast**; zur Widerlegung reicht seine Entkräftung aus. - Sein **Überprüfungsmaßstab im Revisionsverfahren ist** – sofern der jeweiligen Norm nicht zu entnehmen ist, dass er im Einzelfall ausgeschlossen ist (Rechtsfrage) – vor allem **§ 108 VwGO**, und in Einzelfällen kann die tatsächengerichtliche Würdigung ausnahmsweise vom Revisionsgericht beanstandet werden.

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

1. **Karl**: Ist die Rechtsanwalts-gesellschaft mbH & Co. KG eine zulässige, aber gewerbesteuerpflichtige Gesellschaftsform? (BB 2011, 2583)

Die **Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG ist berufsrechtlich zulässig, sofern die Voraussetzungen der §§ 59c BRAO erfüllt sind**; die freiberuflichen GmbH & Co. KG wird auch von den Handelsregistern bei Anerkennung durch die Berufskammern eingetragen; damit wird faktisch die vom Gesetzgeber geschaffene Differenz zwischen Berufsrecht und Gesellschaftsrecht geschlossen. - Die Rspr. des BGH, wonach für eine analoge Anwendung des § 5 HGB zumindest ein Gewerbe Voraussetzung sei, ist mit der berufsrechtlichen Entwicklung und die damit entstandene Lücke obsolet; mit Eintragung der KG entsteht trotz fehlendem Handelsgewerbe die Gesellschaft auch im Außenverhältnis. - Der **BFH sieht die Komplementär-GmbH als beruhsfremd an**, weshalb nicht alle Mitunternehmer die Qualifikation nach § 18 I Nr. 1 EStG erfüllen und damit die Mitunternehmerschaft insgesamt gewerbliche Einkünfte hat: Während § 18 I Nr. 1 EStG an die eigenverantwortliche Tätigkeit der Katalogberufe anknüpft, stellt der BFH auf die gewerblichen Einkünfte der Freiberufler-KG nach § 8 II KStG ab; die vom BVerfG für die Einkunftsqualifizierung der Freiberufler-Kapitalgesellschaft gebilligte BFH-Rspr. entspricht der Logik des § 8 II KStG, jedoch nicht der Logik des § 18 EStG, der an die eigenverantwortliche freiberuflichen Berufsausübung anknüpft; da es um die Einkunftsqualifizierung auf der Ebene der Mitunternehmerschaft geht, verbleibt es dabei, dass die eigenverantwortliche Berufsausübung maßgebend ist; insoweit ist festzuhalten, dass die Komplementär-GmbH, die stets der berufsrechtlichen Anerkennung bedarf und diese selbst sowie deren Organe den berufsrechtlichen vorgaben, die u.a. eine eigenverantwortliche Tätigkeit und entsprechende fachliche Qualifizierung der Organe und der angestellten Berufsträger voraussetzt, entsprechen müssen. - Für die Mitunternehmerinitiative der Komplementär-GmbH ist entgegen der Rspr. nicht § 170 HBG, sondern die dispositive Regelung der Geschäftsführungsbefugnis (§§ 163, 164 HBG) maßgebend; zudem müssen bei der Komplementär-GmbH auch generell keine Informations- und Kontrollrechte vertraglich abbedungen werden, da das Kontroll- und Informationsrecht nach § 166 HBG nur den Kommanditisten eingeräumt ist, da die Komplementärin aufgrund der Tätigkeit für die Gesellschaft stets von den Angelegenheiten Kenntnis hat. - Ist die GmbH & Co. KG kapitalistisch strukturiert und erbringt die Komplementär-GmbH keine Einlage, so hat diese kein Stimmrecht; ist diese zudem von der Geschäftsführungsbefugnis ausgeschlossen, hat diese keinerlei Unternehmerinitiative inne und ist deshalb nicht Mitunternehmer. - Bei der Einheits- GmbH & Co. KG spaltet sich in Fällen der vertraglichen Verlagerung des Stimmrechts der Komplementär-GmbH auf die Kommanditisten bzw. auf Dritte die Mitunternehmerinitiative von dem Unternehmerrisiko der persönlich haftenden Gesellschafterin ab, weshalb weder Kommanditisten noch Komplementär-GmbH in diesen Fällen Mitunternehmer wird; soweit die Komplementär-GmbH aufgrund der Außenhaftung ohne Rückgriffsmöglichkeit für entsprechende Aufwendungen in Anspruch genommen wird, vermindert sich auch die Werthaltigkeit der Beteiligung der Kommanditgesellschaft an der Komplementär-GmbH; deshalb trägt die KG mittelbar das unternehmerische Risiko der Mitunternehmerschaft.

2. **Römermann**: Unfallregulierung durch Mietwagenunternehmen – Verstoß gegen das RDG? (NJW 2011, 3061)

**Lassen sich Mietwagenunternehmen erfüllungshalber Schadensersatzansprüche des Geschädigten** gegen eine Versicherung **abtreten, so liegt darin eine Rechtsdienstleistung** des Unternehmens für den Kunden, § 2 I RDG. - Diese **Rechtsdienstleistung ist keine nach § 5 I RDG erlaubte Nebenleistung**: Fragen der Erstattungs-, also: Schadensersatzpflicht Dritter haben mit dem Mietverhältnis und dem Berufsbild von Autovermietungen nichts zu tun. - Die von der Bundesregierung insoweit beabsichtigte Liberalisierung hat keinen Niederschlag im Gesetz, also dem verkörperten Willen des Gesetzgebers gefunden und ist daher unbeachtlich; **verkehrsrechtliche Beratung durch Mietwagenunternehmen ist nach wie vor untersagt**.

3. **Sterzinger:** Steuerliche Folgen der Auseinandersetzung freiberuflich tätiger Personengesellschaften (NJW 2011, 3057)

Scheidet ein Sozius aus einer freiberuflich tätigen Personengesellschaft aus, vereinbaren die Beteiligten regelmäßig, dass der aus der Gesellschaft Ausscheidende die bislang von ihm betreuten Mandanten „mitnimmt“; durch diese Vorgehensweise wollen die Beteiligten nicht zuletzt Ausgleichszahlungen vermeiden, die die Liquidität der Gesellschaft erheblich belasten würden; gleichzeitig wird dem Ausscheidenden dadurch die Fortführung seiner bisherigen Tätigkeit erleichtert. - Die **Auseinandersetzung einer freiberuflichen Sozietät hat** sowohl für den ausscheidenden als auch für die verbleibenden Gesellschafter ganz **erhebliche steuerliche Konsequenzen**, die im Vorfeld der Auseinandersetzung zu beachten sind: Erfolgt die Auseinandersetzung unter Übernahme zu Sachwerten in eine neue Gesamthand, führt dies steuerlich selbst dann zu einer **Realisierung der stillen Reserven im übernommenen Mandantenstamm**, wenn die Beteiligten diese Form deswegen gewählt haben, um etwaige Geldzahlungen und daraus resultierende Liquiditätsprobleme zu vermeiden; der ausscheidende Gesellschafter, aber auch die verbleibenden Gesellschafter erzielen im Jahr seines Ausscheidens den laufenden Gewinnanteil aus der Einnahme-Überschuss-Rechnung der Sozietät, den anteiligen Übergangsgewinn durch den **Wechsel der Gewinnermittlungsart** und einen (nur für den ausscheidenden Gesellschafter tarifbegünstigten) **Veräußerungsgewinn**; auch wenn diese steuerlichen Konsequenzen **in den Folgejahren durch erhöhte Abschreibungsbeträge oder Übergangsverluste** durch den Rückwechsel zur Gewinnermittlung durch Einnahme-Überschuss-Rechnung **kompensiert** werden, ist die **Steuerbelastung zumindest im Jahr des Ausscheidens erheblich**; hinzu kommt ein erheblicher Aufwand wegen des notwendigen Wechsels der Gewinnermittlungsart, wenn – wie im Regelfall – der Gewinn im Vorfeld der Auseinandersetzung im Rahmen einer Einnahme-Überschuss-Rechnung ermittelt worden ist. - Dies kann vermieden werden, wenn die als Sachwertabfindung erhaltenen Wirtschaftsgüter, also der entnommene Mandantenstammanteil, nicht in die Nachfolgesozietät eingebracht, sondern in ein **Sonderbetriebsvermögen** überführt werden und im Anschluss der am Markt auftretenden Personengesellschaft **im Rahmen eines Pachtvertrags zur Nutzung überlassen** werden; Besonderheiten bestehen, wenn eine zweigliedrige Sozietät im Rahmen der Auseinandersetzung mit oder ohne Spitzenausgleich real geteilt wird

4. **Langheid:** Erste Rspr. zum reformierten VVG (NJW 2011, 3265)

5. **Hofmann:** Aktuelle Rspr. zu Vergütungsvereinbarungen (BRAK-Mitt. 2011, 218)

6. **Offermann-Burckart:** Interessenkollision – Es bleibt dabei: Jeder Fall ist anders (AnwBl 2011, 809)

7. **Borgmann:** Die Rspr. des BGH zum Anwaltshaftungsrecht von Mai 2010 bis Juni 2011 (NJW 2011, 3133)





Überreicht durch:

# Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

November 2011

## A. Aus der Gesetzgebung

### Das Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes bei überlangen Gerichtsverfahren

Der Bundesrat hat am 14.10.2011 – ebenso wie zuvor bereits der Bundestag - dem Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes bei überlangen Gerichtsverfahren zugestimmt.

#### I. Allgemeines

Der **EGMR** beanstandet seit vielen Jahren das Fehlen eines besonderen Rechtsschutzes bei unangemessen langen Gerichtsverfahren in der Bundesrepublik. Da der Rechtsschutz trotz zahlreicher weiterer EGMR-Urteile nicht verbessert wurde, hat der EGMR schließlich eine Frist bis Dezember 2011 zur Schließung der Rechtsschutzlücke gesetzt.

- Bei den **Zivilgerichten** dauern Verfahren in der Eingangsinstanz (bundes-) durchschnittlich zwar nur **4,7 Monate (Amtsgerichte) bzw. 8,1 Monate (Landgerichte)**.

Die durchschnittliche Verfahrensdauer in den Bundesländern zeigt aber deutliche Abweichungen hierzu: Bei den Amtsgerichten liegt die Spannweite zwischen 3,9 und 5,8 Monaten, bei den Landgerichten zwischen 6,3 und 11,0 Monaten. 13,0 % der Prozesse vor den Landgerichten dauern i. Ü. mehr als 12 Monate und 6,0 % sogar mehr als 24 Monate.

- Erstinstanzliche Verfahren vor den **Verwaltungsgerichten** dauern im Bundesdurchschnitt **10,9 Monate**.

Diesem Bundesdurchschnitt stehen in den Ländern jedoch deutlich andere Zahlen gegenüber: Die kürzeste durchschnittliche Verfahrensdauer pro Land beträgt 4,6 Monate, die längste 25,0 Monate. 7,4 % der Verfahren dauern mehr als 24 Monate, 4,1 % mehr als 36 Monate.

Ähnliche Unterschiede zeigen sich bei der Verfahrensdauer vor den Oberverwaltungsgerichten als Eingangsinstanz: Hier beträgt die Durchschnittsdauer in Bezug auf das gesamte Bundesgebiet 15,7 Monate. Der kürzeste Länderwert liegt demgegenüber bei 6,3 Monaten, der längste bei 28,0 Monaten. 15,8 % der erstinstanzlichen Verfahren vor den Oberverwaltungsgerichten dauern länger als 24 Monate, 8,6 % mehr als 36 Monate.

- Die **Finanzgerichte** benötigen durchschnittlich **17,5 Monate** für ein erstinstanzliches Verfahren.

Im Bundesland mit der kürzesten Dauer reichen dabei durchschnittlich 10,1 Monate, während die Bürgerinnen und Bürger im Bundesland mit der längsten Dauer mit einer Verfahrensdauer von durchschnittlich 24,7 Monaten rechnen müssen. 13,8 % der Verfahren dauern länger als 24 Monate, über 14,8 % länger als 36 Monate.

#### II. Die gesetzlichen Neuregelungen im Überblick

Betroffene haben zukünftig die Möglichkeit, sich in **zwei Stufen** gegen überlange Gerichtsverfahren zu wehren:

- Auf der **ersten Stufe** müssen die Betroffenen das Gericht, das nach ihrer Ansicht zu langsam arbeitet, **mit einer Rüge auf die Verzögerung hinweisen**; die Richter sollen durch die Verzögerungsrüge die Möglichkeit erhalten, **Abhilfe zu schaffen**.
- Verzögert sich das Verfahren dennoch weiter, kann auf der **zweiten Stufe** eine **Entschädigungsklage** erhoben werden.

In diesem Verfahren erhalten Betroffene für die sog. immateriellen Nachteile - z.B. für seelische und körperliche Belastungen durch das lange Verfahren - in der Regel 1.200 € für jedes Jahr, soweit eine Wiedergut-

machung auf andere Weise nicht ausreichend ist. Außerdem ist eine angemessene Entschädigung für materielle Nachteile (z.B. Insolvenz) vorgesehen.

Der neue gesetzlich gewährte **Entschädigungsanspruch hängt dabei nicht von einem Verschulden ab**; es kommt also nicht darauf an, ob den Richtern ein Vorwurf der zögerlichen Bearbeitung zu machen ist. Daneben sind **zusätzlich** - wie bisher auch - **Amtshafungsansprüche** denkbar, z.B. wenn die Verzögerung auf einer schuldhaften Amtspflichtverletzung beruht. In solchen Fällen kann umfassend Schadensersatz verlangt werden, so auch der Ersatz eines entgangenen Gewinns.

## B. Aus der Rechtsprechung

BGB  
§ 387

### Überweisung auf falsches Bankkonto Aufrechnungsanspruch des Anweisenden

BGB

(OLG Hamburg in MDR 2011, 1281; Urteil vom 30.03.2011 – 4 U 208/08)

**Gegen den Anspruch des Gläubigers auf erneute Zahlung kann der Schuldner**, dessen Überweisung auf ein nicht vereinbartes Konto nicht zur Erfüllung des Zahlungsanspruchs des Gläubigers geführt hat, **grds. mit einem Bereicherungsanspruch aufrechnen**, ohne dass dem ein Aufrechnungsverbot entgegenstünde.

- I. Die **Überweisung auf ein anderes** als das von dem Gläubiger angegebene **Konto hat grds. keine Tilgungswirkung** (BGH NJW-RR 2008, 1512, 1513; Palandt-Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 362 Rn 9). Da der Zahlungsanspruch des Gläubigers durch die Überweisung auf das Girokonto nicht erfüllt worden ist, kann dieser (nochmals) Zahlung verlangen, und zwar durch Überweisung auf das vereinbarte Konto.
- II. Gegen diesen Zahlungsanspruch kann der Schuldner jedoch **mit seinem Rückzahlungsanspruch aufrechnen**.
  1. Aufgrund der fehlenden Erfüllungswirkung der Überweisung auf das Konto des Gläubigers steht dem Schuldner ein **Rückzahlungsanspruch aus § 812 BGB** zu.

**Die Frage**, ob der Schuldner mit diesem Rückzahlungsanspruch die Aufrechnung erklären kann gegen den Anspruch des Gläubigers auf Überweisung auf das vereinbarte Konto oder ob dem ein Aufrechnungsverbot entgegensteht mit der Folge, dass der Schuldner seinen Rückzahlungsanspruch nur im Wege der Widerklage geltend machen kann, **wird unterschiedlich beurteilt**:

- Nach **einer Auffassung** kann der Schuldner im Falle der Überweisung des geschuldeten Betrages auf ein hierfür nicht bestimmtes Konto mit seinem Bereicherungsanspruch nicht gegen den Erfüllungsanspruch des Gläubigers aufrechnen (LAG Stuttgart NJW 1985, 2727; MüKo-HGB/Häuser, HGB, 2. Aufl., ZahlunGSV Rn B 570; Canaris, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Rn 473).

Die Annahme eines AufrechnungsverbotGS wird mit der Interessenlage des Gläubigers begründet: Mit der Aufrechnung könnte der Schuldner wirtschaftlich gerade das Ergebnis erreichen, dass der Gläubiger mit der ausdrücklichen Leistungsbestimmung verhindern wollte.

- Nach **anderer Ansicht** erscheint es nicht sachgerecht, ein stillschweigendes Aufrechnungsverbot anzunehmen, da der Schuldner seinen Rückzahlungsanspruch auch im Wege der Widerklage geltend machen könnte und der Gläubiger einen etwaigen Schaden aus der Nichtbefolgung der Weisung, die Zahlung auf ein bestimmtes Konto zu leisten, vom Schuldner erstattet verlangen kann (OLG Köln OLGR 2005, 543).
- Der **BGH** hat diese Frage bislang offen gelassen (NJW 1986, 2428; NJW-RR 2008, 1512; so auch BAG NZA 1999, 977).

2. **OLG Hamburg aaO** hält die Auffassung des OLG Köln für zutreffend.

*„Gerade dieser Rechtsstreit zeigt nämlich, zu welchen **wirtschaftlich unvertretbaren Ergebnissen** es führen kann, wenn man ein stillschweigendes Aufrechnungsverbot annehmen und den Schuldner, der auf das falsche Konto gezahlt hat, auf eine Widerklage verweisen würde. Der Gläubiger stünde sich dadurch keineswegs besser. Im Gegenteil: Er hat die gesamten Kosten des Rechtsstreits zu tragen, ohne dass dem irgendein Vorteil für den Gläubiger (das naheliegende Interesse der Zessionare hat bei dieser Bewertung außer Betracht zu bleiben) entgegenstünde.“*

*Die Argumentation der Gegenansicht, dass dann der Schuldner sanktionslos auf ein anderes als das vereinbarte Konto zahlen könnte, trifft nur auf die Fälle zu, in denen dem Gläubiger durch die vereinbarungswidrige Zahlung kein Schaden entstanden ist. Anderenfalls stünde nämlich dem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner zu, wodurch er hinreichend geschützt ist. Im Fall, dass dem Gläubiger durch die weisungswidrige Überweisung kein Schaden entstanden ist, gibt es - wie dargelegt auch im Kosteninteresse des Gläubigers - keinen Anlass, dem Schuldner die Möglichkeit der Aufrechnung zu nehmen und ihn auf eine Widerklage zu verweisen.“ (OLG Hamburg aaO)*

BGB  
§ 440

### Berechtigung zum Rücktritt vom Kaufvertrag nach mangelhafter Nachbesserung

BGB

(OLG Hamm in NJW-RR 2011, 1423; Urteil vom 10.03.2011 – 28 U 131/10)

Ein **Recht des Käufers zum Rücktritt ohne Gewährung eines zweiten Nachbesserungsversuchs** kann wegen **Unzumutbarkeit** dann zu bejahen sein, **wenn dem Verkäufer beim ersten Nachbesserungsversuch gravierende**

**Ausführungsfehler unterlaufen** oder der erste Nachbesserungsversuch von vornherein nicht auf eine nachhaltige, sondern nur eine provisorische Mängelbeseitigung angelegt war.

„Der Verkäufer, der eine mangelhafte Sache geliefert hat, **hat grds. zwei Chancen zur Nachbesserung**. Einer Fristsetzung zur Nachbesserung bedarf es aber unter anderem dann nicht, wenn diese dem Käufer unzumutbar ist (§ 440 S. 1 Alt. 3 BGB). Das gilt erst Recht, wenn der Käufer dem Verkäufer einen ersten Nachbesserungsversuch gewährt hat und es dem Käufer auf Grund bestimmter Umstände unzumutbar ist, einen zweiten Versuch zu gestatten. Solche besonderen Umstände liegen hier vor.

Dazu genügt es allerdings nicht allein, dass der **erste Nachbesserungsversuch nicht erfolgreich** war. Da der Verkäufer gem. § 439 I BGB eine **nachhaltige Nachbesserungsmaßnahme** schuldet (OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 11376; Reinking/Eggert, Rn 362), **muss** allerdings bereits der **erste Nachbesserungsversuch**, auch wenn er im Ergebnis fehlschlägt, **sachgemäß** sein. Ein Recht des Käufers zum Rücktritt ohne Gewährung eines zweiten Nachbesserungsversuchs kann demnach zu bejahen sein, wenn dem Verkäufer beim ersten Nachbesserungsversuch gravierende Ausführungsfehler unterlaufen oder dieser Nachbesserungsversuch von vornherein nicht auf eine nachhaltige, sondern nur eine provisorische Mängelbeseitigung angelegt war. Das kann bspw. anzunehmen sein, wenn der Verkäufer im Rahmen seiner Nachbesserungsbemühungen versucht, ein Fahrzeug mit unzureichenden Mitteln abzudichten (Reinking/Eggert, Rn 488).“ (OLG Hamm aaO)

---

**BGB**  
**§§ 249, 280**

**Inkassokosten**  
**grds. nicht erstattungsfähig**  
**(AG Kehl in NJOZ 2011, 1854; Urteil vom 26.04.2011 – 4 C 19/11)**

**BGB**

**Inkassokosten** sind **grds. nicht erstattungsfähig**, denn die üblichen Bemühungen um die Einziehung einer Forderung stellen eine **normale kaufmännische Tätigkeit** und somit einen **generell nicht ersatzfähigen Eigenaufwand** dar. Die Ersatzfähigkeit von Inkassokosten kommt daher lediglich in besonders gelagerten Ausnahmefällen, z. B. Einziehung einer Forderung, die sich gegen einen im Ausland wohnenden Schuldner richtet, in Betracht.

I. Die **Frage**, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe Inkassokosten einen ersatzfähigen Verzugschaden darstellen, wird **in Lit. und Rspr. höchst unterschiedlich beurteilt**.

BGH NJW 2005, 2991; vgl. ausf. OLG Dresden NJW-RR 1994, 1139; Jäckle NJW 1995, 2767; dem Grunde nach wohl bejahend BGH Urteil v. 24.05.1967 – VIII ZR 278/64, allerdings bei Inkassokosten von unter 2% der Hauptforderung

II. Nach Auffassung des **AG Kehl aaO** ist die Ersatzfähigkeit von Inkassokosten allenfalls in besonders gelagerten Ausnahmefällen zu bejahen.

„Hierbei kann für die vorliegende Entscheidung offen bleiben, ob die Beauftragung des Inkassounternehmens durch den Gläubiger gegen die ihm gem. § 254 BGB obliegende **Verpflichtung zur Geringhaltung des Schadens und der Folgekosten** verstößt (so die wohl überwiegende Auffassung: OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, 15; BGH - Urteil v. 24.05.1967 – VIII ZR 278/64) oder ob von vornherein – was insbes. im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast zur Angemessenheit und Erforderlichkeit der Aufwendungen näher liegt – bereits ein dem Schuldner zurechenbarer, gem. § 286 I BGB ersatzfähiger Schaden zu verneinen ist (in diesem Sinne OLG Karlsruhe BeckRS 2010, 29049; OLG Dresden NJW-RR 1994, 1139).

Das Gericht schließt sich den vom OLG Dresden (NJW-RR 1994, 1139) angeführten Argumenten an, nach denen Inkassokosten im Regelfall nicht auf den Schuldner umgelegt werden können. Zahl der Schuldner nicht innerhalb der üblichen Frist, ist es zunächst Sache des Gläubigers, sich um die Erfüllung der Forderung zu bemühen. Dazu gehören nach Auffassung des Gerichts die Überwachung der Zahlungseingänge und Zahlungsfristen sowie zumindest eine zweimalige Mahnung. Das Gericht verkennt nicht, dass die Verwaltung und Realisierung der problematischen, sich nicht von selbst erledigenden Außenstände insbesondere in einem kaufmännischen Betrieb einen nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand erfordern kann. Es könnte daher nahe liegen, diese Kosten den säumigen Schuldnern in Rechnung zu stellen. Gleichwohl ist insoweit von der Rspr. der Grundsatz entwickelt worden, dass die **üblichen Bemühungen um die Einziehung einer Forderung**, ja selbst Regulierungsbemühungen beim Einzug einer Schadensersatzforderung, **zum eigenen Pflichtenkreis des Gläubigers gehören** und nicht gem. §§ 249 ff. BGB als Vermögensschaden geltend gemacht werden können (OLG Dresden NJW-RR 1994, 1139; OLG Köln WM 1989, 246; BGH NJW 1977, 35). Es handelt sich um die **normale kaufmännische Tätigkeit**. Diesen grundsätzlich nicht ersatzfähigen Eigenaufwand für die Einziehung einer eigenen Rechnung hat die Kl. vorliegend ausgelagert, indem sie vorliegend wenige Tage nach Eintritt des Verzugs mit der letzten Rechnung und nach nur einer Mahnung ein Inkassobüro mit der Beitreibung beauftragt hat. Ihr stand selbstverständlich frei so zu verfahren. Jedoch kann sie die damit verbundenen Kosten nicht auf den Schuldner umlegen, weil es sich gerade um Kosten des grds. **nicht ersatzfähigen Eigenaufwands** handelt.“ (AG Kehl aaO)

---

**EStG**  
**§§ 4 IV, 12 Nr. 1**

**Betriebsausgaben**  
**Aufwendungen für gekoppelte Geburtstags- u. Firmenjubiläumsfeier**  
**(FG Berlin-Bbg in BeckRS 2011, 96334; Urteil vom 16.02.2011 – 12 K 12087/07)**

**SteuerR**

Die **Kosten für eine gleichzeitige Geburtstags- und Firmenjubiläumsfeier können nicht als Betriebsausgaben geltend gemacht werden**.

I. **Betriebsausgaben** sind gem. § 4 IV EStG **Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst sind**. Demgegenüber dürfen gem. § 12 Nr. 1 EStG die für den Haushalt des Steuerpflichtigen und für den Unterhalt seiner Familienangehörigen aufgewendeten Beträge nicht als Werbungskosten oder Betriebsausgaben berücksichtigt werden. Das Vorliegen von Betriebsausgaben setzt voraus, dass eine **private Mitveranlassung** i.S.d. § 12 Nr. 1 EStG **allenfalls von untergeordneter Bedeutung** ist (L. Schmidt, EStG, 29. Auflage 2010, § 4 Rn 480).

„Hier waren die Aufwendungen für die Feier zwar auch betrieblich veranlasst; die private Mitveranlassung war jedoch nicht von untergeordneter Bedeutung. Die betriebliche Veranlassung ergibt sich daraus, dass auch das fünfjährige Firmenjubiläum der C gefeiert wurde. Die Feier diente aber ersichtlich nicht allein der Begehung des Firmenjubiläums, sondern auch derjenigen des Geburtstages des [Firmeninhabers]. Aus der Einladung ergibt sich eindeutig, dass in der Einladung gleichrangig auf das Firmenjubiläum und auf den Geburtstag hingewiesen wurde. Es kommt zudem nicht darauf an, dass die Feier nicht am Tage des

Geburtstags selbst stattfand. Maßgeblich ist, dass die Eingeladenen darauf hingewiesen wurden, dass – auch – "X Jahre A" zu feiern seien. Zudem fand die Feier nicht an einem Tag statt, der in einer besonderen Weise mit der Gründung der C im Zusammenhang stand. Es ist vielmehr offenbar ein beliebiger Tag des Jahres gewählt worden. Der Hinweis der Kl. dahingehend, dass der in der Einladung zusätzlich vorgenommene Bezug auf "X Jahre A" lediglich marketingtechnische Gründe habe, steht dieser Beurteilung ebenfalls nicht entgegen. Wenn die Kl. damit zum Ausdruck bringen will, dass die Eingeladenen sich dadurch hätten genötigt fühlen sollen, der Einladung zu folgen, so zeigt das gerade, dass die Adressaten der Einladung einer Geburtstagsfeier mehr Gewicht beimaßen als einem Firmenjubiläum.

**Aufwendungen für die Bewirtung von Gästen** aus Anlass eines herausragenden Geburtstages sind **der privaten Sphäre des Einladenden zuzurechnen**. Unmaßgeblich ist insoweit, dass zu der Feier nur Geschäftsfreunde und Mitarbeiter eingeladen waren. Ob eine Einladung betrieblich oder privat veranlasst ist, richtet sich nach dem **Anlass der Feier**, nicht nach dem Kreis der eingeladenen Personen. Wird ein Ereignis wie ein runder Geburtstag nicht nur im rein privaten Rahmen begangen, sondern eine besondere Veranstaltung angesetzt, um einen außerhalb der Familie und des Bekanntenkreises stehenden Personenkreis in das Ereignis einzubeziehen, tritt zwar eine **Verlagerung auf die gesellschaftliche Ebene** ein. An dem Charakter der Bewirtungsaufwendungen als durch die gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen i.S. des § 12 Nr. 1 S. 2 EStG veranlasst ändert sich aber nichts, wenn eine besondere Einladung für Geschäftsfreunde und Mitarbeiter des eigenen Unternehmens gegeben wird, denn diese Personen leisten der Einladung Folge, um ein in der persönlichen Sphäre liegendes Ereignis desjenigen zu feiern, mit dem sie ständig beruflich oder geschäftlich zu tun haben (ebenso: BFH BStBl. II 1992, 524).“ (FG Berlin-Bbg aaO)

- II. Die **Aufwendungen** für die Feier waren demzufolge **gemischt veranlasst**, nämlich zum einen durch das fünfjährige Betriebsjubiläum und zum anderen durch den Geburtstag; sie **unterfallen damit einem Aufteilungs- und Abzugsverbot**.

„Gem. § 12 Nr. 1 S. 2 EStG gilt das Abzugsverbot des S. 1 der Vorschrift auch für Aufwendungen für die Lebensführung, die die wirtschaftliche oder gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen mit sich bringt, selbst wenn sie zur Förderung des Berufs oder der Tätigkeit des Steuerpflichtigen erfolgen. Aus dieser Vorschrift wird ein Aufteilungs- und Abzugsverbot gemischt veranlasster Aufwendungen jedenfalls dann hergeleitet, wenn die **privaten und beruflichen Gründe derart zusammenwirken, dass eine Aufteilung in einen betrieblich und einen privat veranlassten Teil schlechterdings nicht möglich** ist (vgl. BFH BStBl. II 2010, 672). Greifen die – für sich gesehen jeweils nicht unbedeutenden – beruflichen und privaten Veranlassungsbeiträge so ineinander, dass eine Trennung nicht möglich ist, fehlt es also an objektivierbaren Kriterien für eine Aufteilung, so kommt ein Abzug der Aufwendungen insgesamt nicht in Betracht (BFH BStBl. II 2010, 672).

So liegt der Fall hier: Die streitigen Aufwendungen beruhen auf einer Doppelveranlassung Geburtstag und Firmenjubiläum. Es ist nicht ersichtlich, nach welchen Grundsätzen insoweit eine Aufteilung stattfinden könnte, da alle Eingeladenen sowohl das eine als auch das andere Ereignis feiern wollten und sollten.“ (FG Berlin-Bbg aaO)

ESTG	außergewöhnliche Belastungen	SteuerR
§§ 33 I u. III Nr. 1 S.1, 33a I	<b>Aufwendungen für Heimunterbringung eines Angehörigen</b> (BFH in NJW 2011, 3262; Urteil vom 30.06.2011 – VI R 14/10)	

**Aufwendungen**, die einem Steuerpflichtigen für die krankheitsbedingte Unterbringung eines Angehörigen in einem Altenpflegeheim entstehen, stellen als **Krankheitskosten** eine **außergewöhnliche Belastung** i. S. des § 33 EStG dar. **Abziehbar sind** neben den Pflegekosten **auch die Kosten, die auf die Unterbringung und Verpflegung entfallen**, soweit es sich hierbei um gegenüber der normalen Lebensführung entstehende **Mehrkosten** handelt.

- I. Aufwendungen für den Unterhalt einer dem Steuerpflichtigen oder seinem Ehegatten gegenüber unterhaltsberechtigten Person können nach § 33 a I EStG vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden. § 33 a I EStG erfasst allerdings nur **übliche, typische Aufwendungen zur Bestreitung des Lebensunterhalts**.

Dazu gehören insbes. **Aufwendungen für Ernährung, Kleidung, Wohnung, Hausrat sowie notwendige Versicherungen** (BFHE 110, 547 = BStBl II 1974, 86 = NJW 1974, 1351 betr. Krankenversicherung, und BFHE 131, 475 = BStBl II 1981, 31 = NJW 1981, 600), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob mit den Zuwendungen ein einfacher Lebensstil oder gehobene Ansprüche finanziert werden (BFHE 222, 338 = BStBl II 2009, 365 = NJW 2009, 623 m. w. Nachw.).

Der von § 33 a I EStG umfasste Bereich ist insofern enger als der den „gesamten Lebensbedarf“ und damit z. B. auch **Krankheitskosten** umfassende (vgl. § 1610 II des BGB) Unterhaltsbegriff des bürgerlichen Rechts (BFH, DStRE 1998, 478 = BFH/NV 1997, 755). Diese für den **typischen Lebensunterhalt** des Empfängers bestimmten Unterhaltsaufwendungen können nur bis zum gesetzlichen Höchstbetrag des § 33 a I 1 EStG abgezogen werden, sie sind vom Anwendungsbereich des § 33 EStG ausgeschlossen (§ 33 a V EStG).

- II. Untypische Unterhaltsleistungen, mit denen ein **besonderer und außergewöhnlicher Bedarf** abgedeckt wird – z. B. die Übernahme von Krankheits- oder Pflegekosten –, sind dagegen nach § 33 EStG zu berücksichtigen, wenn der Unterhaltsberechtigte nicht in der Lage ist, diese Aufwendungen selbst zu tragen.

BFHE 222, 338 = BStBl II 2009, 365 = NJW 2009, 623 m. w. Nachw. und BFHE 227, 487 = BStBl II 2010, 341 = NJW 2010, 1839; Herrmann/Heuer/Raupach, § 33 a EStG Rn 38; s. auch Korn, § 33 EStG Rn 10; Littmann/Bitz/Pust, Das EStR, § 33 Rn 25; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 33 a Rn B 1

„Aufwendungen für die krankheitsbedingte Unterbringung von Angehörigen in einem Altenpflegeheim fallen deshalb unter § 33 EStG, während beispielsweise Aufwendungen für deren altersbedingte Heimunterbringung nur nach § 33 a I EStG berücksichtigt werden können (BFHE 191, 280 = BStBl II 2000, 294 = NJW 2000, 2767; BFHE 222, 338 = BStBl II 2009, 365 und BFHE 228, 350 = BStBl II 2010, 621 = NJW 2010, 2303).

Wie sich aus § 33 a V EStG in der im Streitjahr geltenden Fassung (jetzt § 33 a IV EStG) ergibt, hat der Steuerpflichtige insoweit **kein Wahlrecht zwischen dem Abzug nach § 33 und dem nach § 33 a EStG**.“ (BFH aaO)



# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

In der mündlichen Prüfung kann grundsätzlich der gesamte Ausbildungsstoff abgefragt werden. Um Ihnen die Vorbereitung auf die mündliche Prüfung zu vereinfachen, bieten wir Ihnen Prüfungsprotokolle an. Zwar sind längst nicht alle Prüfer „protokollfest“, d.h. prüfen sich wiederholende Fälle, die Protokolle geben Ihnen jedoch auf jeden Fall Aufschluss nicht nur über die Person des Prüfers, sondern auch über die Themengebiete, die dieser prüft. Hierdurch ist der Vorbereitungsumfang stark eingegrenzt. Sie haben allerdings nicht die Sicherheit, dass der Prüfer nicht gerade in Ihrer Prüfung ein anderes Thema bevorzugt. Sie werden sich aber über die verstrichene Gelegenheit ärgern, wenn sich herausstellt, dass Ihre 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	<b>Prüfungsstoff im Mündlichen</b> 1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate	1/3 unbekannter Stoff
<b>Protokolle anfordern!</b>	<b>ZA lesen!</b>	<b>Phantasie zeigen!</b>

## 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](http://www.juridicus.de))

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung**



