



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

36. Jahrg.

Mai 2011

Heft 05

Aus dem Inhalt:

BGH: Rechtsmissbräuchliche Kündigung wegen Untervermietung

BGH: Leitender Angestellter der DB Netz AG als Amtsträger

OVG Lüneburg: Wiedergestattung der Gewerbeausübung

VGH Mannheim: Wohnen im Außenbereich bei Nebenerwerbslandwirtschaft

BGH: Feststellungsklage auf Erfüllungseignung

BGH: Hinweispflicht bei Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts

BVerwG: Herstellung gemeindlichen Einvernehmens



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

Bezugspreis: vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

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

Brandaktuell

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

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Rechtsmissbräuchliche Kündigung (Verschleppen der Untervermieterlaubnis).....	4
OLG Nürnberg: Haftung für erhöhte Betriebsgefahr (Überschreiten der Autobahnrichtgeschwindigkeit).....	8

Strafrecht

BGH: Amtsträger (leitender Angestellter der DB Netz AG).....	12
BGH: Steuerhinterziehung (Täuschung des Finanzamtes)	15

öffentl. Recht

OVG Lüneburg: Wiedergestattung der Gewerbeausübung (Unzuverlässigkeitsprognose nach Zeitablauf).....	17
VGH Mannheim: Wohnen im Außenbereich (Privilegierung landwirtschaftlicher Betriebe).....	21

Kurzauslese I

BAG: Kündigungserklärung (Wirksamwerden gegenüber Geschäftsunfähigem).....	25
OLG München: Kulanzvereinbarung (Rechtsverbindlichkeit).....	27
BGH: Modernisierungsmieterhöhung (zulässig trotz Ankündigungsfehlers).....	27
LAG Rh.-Pf.: außerordentliche Kündigung (Verstoß gegen Trinkgeldregelung).....	29
BGH: Verwendung verfassungswidriger Kennzeichen (als Unmutsbekundung).....	29
BGH: Erpressung (mit rechtswidrig erlangten Kontodaten).....	31
OLG Nürnberg: absolute Fahruntüchtigkeit (Grenzwert für Rollstuhlfahrer).....	31
OVG Münster: Verlängerung der Prüfungszeit (Angststörung).....	31
AG Berlin-Mitte: Abschleppmaßnahme (Ersatzfähigkeit der Vorbereitungskosten).....	33
VG Chemnitz: Bestattungspflicht (keine Einschränkung durch Verletzung einer zivilrechtlichen Unterhaltspflicht).....	33

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	Unwirksamkeit der Klagezustellung (keine Klageabweisung bei Heilungsmöglichkeit).....	35
BGH:	Feststellungsklage auf Erfüllungseignung (Vollstreckung eines Zug-um-Zug Titels).....	39

Strafrecht

BGH:	gerichtliche Hinweispflicht (Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts).....	43
------	---	----

öffentl. Recht

VGH Mannheim:	Erstattungsfähigkeit der Kosten des Beigeladenen (nur bei eigener Antragstellung).....	46
BVerwG:	Herstellung gemeindlichen Einvernehmens (Hinwirken auf Vollständigkeit der Unterlagen).....	49

Kurzauslese II

BGH:	Zweites Versäumnisurteil (Anforderungen an ordnungsgemäße Terminbestimmung)	53
BGH:	Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verwertung von Zeugenaussagen aus anderem Rechtsstreit).....	53
BGH:	Berufungsverfahren (Zeugenvernehmung).....	53
LG Oldenburg:	Anklageschrift (erforderliche Zustellung an Angeklagten).....	55
BGH:	Eröffnungsbeschluss (zwingende Verfahrensvoraussetzung).....	55
OLG Hamm:	Formerfordernis eines schriftl. Urteils (dauerhafte Verhinderung eines Richters an Unterzeichnung).....	57
VGH Mannheim:	Verwaltungsakt (Zustellung an Verfahrenshandlungsunfähigen).....	57
VG Gießen:	Akteneinsichtsrecht (Einklagbarkeit).....	57
OVG Münster:	Amtsermittlungsgrundsatz (Berücksichtigung der Erkenntnisse einer Fachbehörde statt Sachverständigengutachten).....	59
BVerwG:	Zwischenfeststellungsklage (Zulässigkeit).....	59
BSG:	schriftlicher Verwaltungsakt (Zugangsfiktion / Berechnung des Zustellungstags).....	61

Weitere Schrifttumsnachweise	63
---	----

Übersicht: Arten der Zustellung.....	67
---	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	öff. Recht	68
Assessorprüfung:	Zivilprozessrecht	69

Aus der Gesetzgebung

Änderung des § 130 StGB

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

I. Allgemeines

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

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

II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Brandaktuell

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

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

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

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

I. Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 I GG

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

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

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

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

II. Verletzung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes

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

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

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

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 553

Rechtsmissbräuchliche Kündigung Verschleppen der Untervermieterlaubnis

BGB

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

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

A. Grundlagenwissen: Gebrauchsüberlassung an Dritte

Grundsätzlich bedarf der Mieter zur Untervermietung der **Gestattung des Vermieters**, § 540 I 1 BGB. Hierbei steht es grundsätzlich **im Belieben** des Vermieters, ob er eine solche Untervermietung gestattet. Dieses Belieben wird lediglich durch den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB begrenzt. Wird die Erlaubnis verweigert, so ist der Mieter zur außerordentlichen, fristgerechten Kündigung berechtigt.

Anders ist es jedoch bei der **Wohnraummiete**. Hier sieht § 553 I BGB vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein **Anspruch auf die Gestattung** besteht. Dieser setzt voraus, dass für den Mieter nach Abschluss des Mietvertrags ein **berechtigtes Interesse** entsteht, einen Teil des Wohnraums einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen. Trotz bestehen eines solchen Interesses kann der Vermieter die Erlaubnis verweigern, wenn **in der Person des Dritten ein wichtiger Grund** vorliegt, der **Wohnraum übermäßig belegt** würde oder dem Vermieter die Überlassung aus sonstigen Gründen **nicht zugemutet** werden kann. Ist dem Vermieter die Überlassung nur bei einer angemessenen Erhöhung der Miete zuzumuten, so kann er nach § 553 II BGB die Erlaubnis davon abhängig machen, dass der Mieter sich mit einer solchen Erhöhung einverstanden erklärt.

I. berechtigtes Interesse des Mieters

Das berechtigte Interesse des Mieters muss **nach Abschluss des Mietvertrags**, kann aber noch vor der Überlassung der Mietsache entstanden sein. Es braucht **kein dringendes** zu sein und kann auf einer **Veränderung der persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse** des Mieters beruhen und beurteilt sich nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles. Hierbei ist **auf die Sichtweise des Mieters abzustellen**, so dass solche Gründe zu berücksichtigen sind, die die Absicht des Mieters „nachvollziehbar erscheinen lassen“. Voraussetzung ist aber stets, dass die Verwirklichung der Untermiete mit der geltenden **Rechtsordnung im Einklang** steht. Ein berechtigtes Interesse kann etwa in folgenden Fällen vorliegen:

- Zur Pflege, Betreuung, Erziehung oder Bedienung des Mieters oder seiner Angehörigen soll eine Person aufgenommen werden soll, sofern diese Person überhaupt als „Dritte“ i.S.d. § 553 I BGB. Dies gilt ebenso bei Aufnahme zur Pflege verwandtschaftlicher Beziehungen oder um einem Verwandten ein zufrieden stellendes Leben zu ermöglichen.

- Das Einkommen des Mieters verringert sich und er nimmt eine oder mehrere Personen auf, die dazu beitragen können, die Wohnkosten aufzubringen, auch wenn der Mieter aus freien Stücken die Verringerung seines Einkommens herbeigeführt hat.
- Durch Wegzug, Krankheit oder Tod von Angehörigen eine **Wohnung zu groß geworden** ist. Ein Umzug in eine kleinere Wohnung wird dem verbleibenden Mieter nur in Ausnahmefällen zuzumuten sein.^{zur}

(vgl. MüKo-Bieber, 8. Aufl., § 553 BGB, Rn. 7)

II. Unzumutbarkeit für den Vermieter

1. Gründe in der Person des Untermieters

Maßgebend sind in erster Linie die persönlichen Verhältnisse des Dritten. So ist es von Bedeutung, ob er eine **Störung des Hausfriedens** befürchten lässt, z.B. mit dem Vermieter oder einem anderen Bewohner verfeindet oder als streitsüchtig und unverträglich bekannt ist. Auch der **Beruf** (z.B. Musiker) oder das Gewerbe des Dritten (wegen **Konkurrenz für Vermieter** oder andere Mieter) können von Bedeutung sein (vgl. MüKo-Bieber, 8. Aufl., § 553 Rn. 8, § 540 BGB, Rn. 20).

2. übermäßige Belegung des Wohnraums

Es kommt auf das Verhältnis der Personenzahl zur Zahl der Räume und zur Gesamtfläche der Wohnung an. Hierbei muss zunächst für jede Person mindestens ein Raum und eine Nutzfläche von 6 (Kinder bis zu sechs Jahre) bis 9 qm (Erwachsene) zur Verfügung stehen. Darüber hinaus sind alle Umstände des Einzelfalls heranzuziehen. Eine Überbelegung „in erheblichem Umfang“ ist nicht erforderlich; für die Unzumutbarkeit genügt eine „einfache Überbelegung“, ohne dass es noch weiterer Darlegungen hinsichtlich der Unzumutbarkeit bedürfte (vgl. MüKo-BGB/Bieber, 8. Aufl., § 553 Rn. 9).

3. sonstige relevante Gründe

Hier kommen nur solche Gründe in Betracht, die in vergleichbarer Weise erheblich sind wie die gesetzlich geregelten Gründe. Bei der Abwägung mit den berechtigten Interessen des Mieters kommt der Verfügungsfreiheit des Eigentümers und der Vertragslage sowie dem Umstand, dass der Mieter im Falle der Ablehnung nach § 540 I 2 BGB kündigen kann, ein erhebliches Gewicht zu.

Neben dem in § 553 II BGB genannten kommt z.B. ein baldiges Ende des Mietverhältnisses oder eine vom Vermieter beabsichtigte **Änderung des Verwendungszwecks** in Betracht, was im Falle des **Verbleibs des Untermieters** nach Auszug des Mieters ggf. eine **gerichtliche Entscheidung** über die Räumung notwendig machen kann und deshalb den Interessen des Vermieters zuwiderläuft.

Aber auch **persönliche, politische und kirchliche Überzeugungen und Anschauungen** sowie sonstige persönliche Gründe aller Art können es für den Vermieter unzumutbar machen, dass der Mieter einen Teil des Wohnraums einem Dritten überlässt. Besonderes Gewicht haben die Gründe des Vermieters, wenn er mit dem Mieter im selben Haus wohnt (vgl. MüKo-Bieber, 8. Aufl., § 553 Rn. 10).

B. Rechtsmissbräuchliche Kündigung wegen unberechtigter Gebrauchsüberlassung an Dritte bei Verschleppen der Untervermieterlaubnis

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

Im Wohnungsmietvertrag von 1998 ist bestimmt:

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

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

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

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

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

I. Wirksamkeit der Kündigung

Ist die Mietzeit nicht bestimmt, so kann nach § 542 I BGB jede Vertragspartei das Mietverhältnis nach den gesetzlichen Vorschriften kündigen. Nach § 573 I BGB kann der Vermieter von Wohnraum eine Kündigung grundsätzlich nur dann wirksam aussprechen, wenn er hieran ein berechtigtes Interesse hat. Ein solches Interesse liegt nach § 573 II Nr. 1 BGB vor, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat.

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

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

1. Anspruch auf Erteilung der Untervermieterlaubnis

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

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

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

Hinsichtlich der seinerzeit getroffenen Vereinbarung könnte jedoch zu berücksichtigen sein, dass Anlass für die Erteilung der (generellen) Untervermieterlaubnis in

§ 27 MV die bei Abschluss des Mietvertrags ungünstige wirtschaftliche Situation der Kl. als Studentin war.

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

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

2. Pflichtverletzung

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

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

3. Erheblichkeit der Pflichtverletzung

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Grundlagenwissen: Die Haftung nach § 7 I StVG

I. Der Anspruchsgegner muss Halter eines Kfz sein (§§ 1 II, 8 StVG)

Halter ist derjenige, der für eigene Rechnung das Fahrzeug gebraucht und die grundsätzliche Verfügungsgewalt besitzt. Die bekl. Halterin ist daher richtige Anspruchsgegnerin.

II. Verletzung der in § 7 StVG genannten Rechtsgüter des Anspruchsberechtigten

1. Leben
2. Körper bzw. Gesundheit
3. Sache

III. Schaden muss beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs entstanden sein

1. Der **Betrieb** beginnt mit dem Ingangsetzen des Motors und endet erst mit dem Motorstillstand, wenn sich das Fahrzeug endgültig in Ruhelage befindet. Das Fahrzeug muss dabei an einem Ort außerhalb des öffentlichen Verkehrs abgestellt worden sein.
2. Der **Schaden** ist beim Betrieb entstanden, wenn der Unfall in einem unmittelbaren, örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit den Betriebsvorgängen oder mit bestimmten Betriebseinrichtungen des Kfz steht.

IV. Kein Ausschluss der Haftung

1. § 7 II StVG: **höhere Gewalt**
2. § 7 III 1 StVG: **jemand benutzt das Kfz ohne Wissen und Wollen des Halters**
3. §§ 8, 8a I, 15 StVG: **weitere Haftungsausschlüsse**
4. § 17 III StVG: **unabwendbares Ereignis bei mehreren Kraftfahrzeugen**

Ein **unabwendbares Ereignis** ist ein Ereignis, das auch durch äußerste Sorgfalt nicht abgewendet werden kann. Es muss ein sachgemäßes geistesgegenwärtiges Handeln über den gewöhnlichen und persönlichen Maßstab hinaus vorliegen, wobei nach der Rechtsprechung der Maßstab eines Idealfahrers anzulegen ist.

Hierfür trägt der Halter die Beweislast, da es sich um die Ausnahme von der grundsätzlich angeordneten Haftung handelt.

V. Mitverursachung

Sind an dem Unfall mehrere Kraftfahrzeuge beteiligt, so richtet sich die Haftungsquote gem. § 17 I, II StVG nach der Gewichtung der Verursachungsbeiträge. In diesem Zusammenhang ist auch die Betriebsgefahr eines Kraftfahrzeugs zu berücksichtigen.

Speziell beim Kfz ist unter der **allgemeinen Betriebsgefahr** die Gesamtheit aller Umstände zu verstehen, die durch die Eigenart eines Fahrzeugs für die übrigen Verkehrsteilnehmer die Gefahr einer Schadensverursachung darstellen, wie z.B. Fahrzeuggröße, Fahrzeugart, Gewicht, Fahrzeugbeschaffenheit.

Wenn eine Betriebsgefahr anspruchsmindernd berücksichtigt wird, dann beruht dies nicht auf dem Vorwurf gegenüber dem Geschädigten, er habe eine Obliegenheit nicht beachtet. Vielmehr rechtfertigt sich die Kürzung seines Schadensersatzanspruchs vor allem dadurch, dass kein Anlass besteht, die Betriebsgefahr nur bei einer Fremdschädigung, nicht dagegen auch bei einer Selbstschädigung zu berücksichtigen. Sofern die Gefahr im Fall einer Fremdschädigung zu einem Schadensersatzanspruch gegen den Beherrscher der Gefahrenquelle geführt hätte, muss er sich diese Gefahr auch bei einem selbst erlittenen Schaden zurechnen lassen.

Hinzu tritt die sog. **besondere Betriebsgefahr**, d.h. die Gesamtheit der Umstände, die in der konkreten Verkehrssituation die Gefahr einer Schadensverursachung erhöhen, ohne dass bereits Verschuldensmomente vorliegen; so ist z.B. ein Linksabbiegen oder ein Überholvorgang für die übrigen Verkehrsteilnehmer gefährlicher als bloßes Geradeausfahren. Zu berücksichtigen sind allerdings nur die ursächlich gewordenen Gefahrenmomente (BGH NJW 1995, 1029). (vgl. Unberath in Bamberger/Roth, § 254 BGB, Rn. 54).

Die Betriebsgefahr kann jedoch vollständig zurücktreten, wenn das Verschulden des Schädigers bzw. Geschädigten an dem Schadensereignis deutlich überwiegt (vgl. OLG Celle MDR 2001, 1236, 1237; OLG Hamm VersR 1999, 1433; VersR 2000, 375, 377 f.; 2001, 1169, 1170; r+s 2001, 412).

B. Mithaftung für Betriebsgefahr wegen Überschreiten der Autobahnrichtgeschwindigkeit (OLG Nürnberg in NJW 2011, 1155)

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

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

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

I. Anspruch aus § 7 I StVG

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

1. Haftungsausschluss nach § 7 II StVG

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

2. Haftungsausschluss nach § 17 III StVG

In Betracht kommt aber ein Haftungsausschluss nach § 17 III StVG. Danach ist die Verpflichtung zum Schadensersatz bei mehreren beteiligten Kraftfahrzeugen nach

§§ 7 I, II StVG ausgeschlossen, wenn der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit des Fahrzeugs noch auf einem Versagen seiner Vorrichtungen beruht. Als unabwendbar gilt dabei ein Ereignis nur dann, wenn sowohl der Halter als auch der Führer des Fahrzeugs jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beobachtet hat.

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

„Der Fahrer, der mit Erfolg die Unabwendbarkeit eines Unfalls geltend machen will, muss sich wie ein „Idealfahrer“ verhalten haben. Dabei darf sich die Prüfung nicht auf die Frage beschränken, ob der Fahrer in der konkreten Gefahrensituation wie ein „Idealfahrer“ reagiert hat, vielmehr ist sie darauf zu erstrecken, ob ein „Idealfahrer“ überhaupt in eine solche Gefahrenlage geraten wäre. Der sich aus einer abwendbaren Gefahrenlage ergebende Unfall wird nicht dadurch unabwendbar, dass sich der Fahrer in der Gefahr nunmehr (zu spät) „ideal“ verhält. § 17 III StVG erfordert, dass der „Idealfahrer“ in seiner Fahrweise auch die Erkenntnisse berücksichtigt, die nach allgemeiner Erfahrung geeignet sind, Gefahrensituationen nach Möglichkeit zu vermeiden. Solche Erkenntnisse haben in der Autobahn-Richtgeschwindigkeits-Verordnung Ausdruck gefunden, in der die Empfehlung ausgesprochen wird, auf Autobahnen auch bei günstigen Straßen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen nicht schneller als 130 km/h zu fahren. Ein „Idealfahrer“ fährt nicht schneller als Richtgeschwindigkeit. Ihm ist bewusst, dass die Gefahr, einen Unfall nicht mehr vermeiden zu können, aber auch, von anderen Verkehrsteilnehmern nicht rechtzeitig wahrgenommen zu werden, durch höhere Geschwindigkeiten deutlich steigt.“ (OLG Nürnberg, aaO)

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Abwägung der Verursachungsbeiträge, § 17 I StVG

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

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

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

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

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

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

1. Verschulden wegen verspäteter Reaktion

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

2. Verschulden wegen Überschreitung der Autobahnrichtgeschwindigkeit

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

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

StGB
§ 11 I Nr. 2c

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

StGB

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

AO 1977
§ 370 I Nr. 1

Steuerhinterziehung Täuschung des Finanzamtes

StrafR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

GewO
§ 35**Wiedergestattung der Gewerbeausübung
Unzuverlässigkeitsprognose nach Zeitablauf**

POR

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

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

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

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

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

I. Zulässigkeit der Klage

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

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

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

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

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

II. Begründetheit der Klage

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Besteht ein Anspruch auf Wiedergestattung?

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

I. Anforderungen an Fortdauer der Unzuverlässigkeitsprognose

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

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

II. Anwendung auf den Fall

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

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

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

1. Verantwortliche Tätigkeit bei inzwischen insolventem Arbeitgeber

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

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

2. Straftat des fahrlässigen Vergehens gegen die Insolvenzordnung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Klage ist begründet, wenn das **Vorhaben bauplanungs- und bauordnungsrechtlich zulässig** ist. Fraglich ist hier schon die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit. Es handelt sich um ein

Bauvorhaben im Außenbereich nach § 35 BauGB, der grundsätzlich von Bebauung freigehalten werden soll. Allerdings gibt es nach § 35 I BauGB **privilegierte Vorhaben**, die auch im Außenbereich realisiert werden können, wenn **öffentliche Belange nicht entgegenstehen**. In Betracht kommt hier der Privilegierungstatbestand des § 35 I Nr. 1 BauGB, wonach ein Vorhaben dann zulässig ist, wenn es einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt.

I. Pensionstierhaltung als landwirtschaftlicher Betrieb

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

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

1. gepachtete Betriebsflächen

Problematisch könnte allerdings der Umstand sein, dass ein Teil der Betriebsflächen **nur** gepachtet sind (BVerwG, Urteil vom 16.12.2004 - 4 C 7.04 - BVerwGE 122, 308 und Beschluss vom 01.12.1995 - 4 B 271.95 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 316 m.w.N.). Eine **planmäßige und eigenverantwortliche landwirtschaftliche Betriebsführung** hängt grundsätzlich davon ab, dass dem Landwirt die für seine Ertragserzielung benötigten **Flächen dauerhaft zur Verfügung stehen**.

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

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

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

2. nachhaltiger, eigener Arbeitseinsatz

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

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

II. Wohnhaus dient dem landwirtschaftlichen Betrieb

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

1. Anwesenheitszeiten

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

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

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

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

2. Angemessenheit des Aufwandes

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

Auch diese Voraussetzungen liegen hier vor.

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

3. räumliche Zuordnung

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

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

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

III. sonstige Voraussetzungen

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

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

Kurzauslese I

Sie können sich darauf beschränken, die nachfolgenden Seiten zu überfliegen. Was Ihnen davon bemerkenswert und „merkwürdig“ erscheint, können Sie durch Randstriche oder auf andere Weise hervorheben, um eine Markierung für Repetitionen zu haben. Sie können auch einzelne Passagen ausschneiden und auf Karteikarten kleben. Aus diesem Grund sind die nachfolgenden Seiten der Kurzauslese lediglich einseitig bedruckt.

BGB

Kündigungserklärung

BGB

§§ 104 Nr. 2, 131 I, 141 I

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

- I. Eine **gegenüber** einem **Geschäftsunfähigen abgegebene Willenserklärung geht** i. S. von § 131 I BGB dem **gesetzlichen Vertreter nur dann zu, wenn sie nicht lediglich faktisch in dessen Herrschaftsbereich gelangt** ist, sondern auch an ihn gerichtet oder zumindest für ihn bestimmt ist.
 1. In **Rspr. und Lit.** ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen eine gegenüber einem Geschäftsunfähigen abgegebene Willenserklärung i. S. von § 131 I BGB dem gesetzlichen Vertreter zugeht.
 - a) **Überwiegend** wird verlangt, dass die **Willenserklärung an den gesetzlichen Vertreter gerichtet oder zumindest für diesen bestimmt und dass sie in seinen Bereich gelangt** ist; die **bloße Kenntnisnahme** durch den gesetzlichen Vertreter **reicht für einen Zugang nicht aus**. Ein Zugang bei dem gesetzlichen Vertreter setzt voraus, dass der Erklärende die Absicht gehabt habe, die Erklärung gegenüber dem gesetzlichen Vertreter abzugeben (vgl. für § 131 II 1 BGB: OLG Düsseldorf VersR 1961, 878). Die Willenserklärung müsse an den gesetzlichen Vertreter gerichtet oder von der erkennbaren Absicht getragen sein, sie diesem gegenüber abzugeben.
 vgl. MüKo-BGB/Einsele, 5. Aufl., § 131 Rn 3; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 131 BGB Rn 2; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 131 Rn 3; Erman/Palm, BGB, 12. Aufl., § 131 Rn 2; Bamberger/Roth/Wendtland, BGB, 2. Aufl., § 131 Rn 4; Prütting/Wegen/Weinreich/Ahrens, BGB, 5. Aufl., § 131 Rn 3; BGH BGHR BGB § 131 I/Zugang 1; vgl. für § 131 II 1 BGB: LAG Schleswig-Holstein BeckRS 2008, 53088; LG Berlin MDR 1982, 321
 - b) Auch das **BAG** hat für den Fall der Kündigung eines Ausbildungsverhältnisses gegenüber einer Minderjährigen angenommen, die **Kündigung müsse gem. § 131 BGB gegenüber den Eltern als den gesetzlichen Vertretern erklärt werden**. Dies ergebe sich zwingend aus deren gesetzlicher Vertretungsmacht, die durch § 131 BGB für den Zugang empfangsbedürftiger Willenserklärungen konkretisiert werde (BAG AP BBiG § 15 Nr. 4 = EZA BBiG § 15 Nr. 3).
 - c) Nach den **Vertretern einer anderen Auffassung** ist es nicht erforderlich, dass die Willenserklärung an den gesetzlichen Vertreter gerichtet, insbes. bei einer schriftlichen Mitteilung an diesen adressiert ist. Ein **Zugang bei dem gesetzlichen Vertreter** i. S. von § 131 BGB sei **bereits dann gegeben, wenn** dieser von der Erklärung **tatsächlich Kenntnis erlangt** habe, denn § 131 BGB behandle gerade den Fall, dass die Erklärung an den Geschäftsunfähigen adressiert sei. Sei sie an den gesetzlichen Vertreter gerichtet, bedürfe es gar keiner besonderen Regelung, da dann die allgemeinen Grundsätze des Vertretungsrechts (§ 164 I und III BGB) gälten.
 Staudinger/Singer/Benedict, BGB, Neubearb. 2004, § 131 Rn 3; LAG Hamm BB 1975, 282; Reichold, jurisPK-BGB, 4. Aufl., Bd. 1, § 131 Rn; so wohl auch LAG Berlin BeckRS 2009, 54538
 2. **BAG aaO** schließt sich der Ansicht an, derzufolge ein **Zugang bei dem gesetzlichen Vertreter** i. S. von § 131 I BGB voraussetzt, dass die **Willenserklärung** nicht nur – zufällig – in dessen Herrschaftsbereich gelangt ist, sondern auch **an ihn gerichtet oder zumindest für ihn bestimmt** ist.
 - a) **§ 131 I BGB** regelt nicht selbst, unter welchen Voraussetzungen eine gegenüber einem Geschäftsunfähigen abgegebene Willenserklärung „dem gesetzlichen Vertreter zugeht“.

*„Es gilt demnach auch hier der **Zugangsbegriff des § 130 I 1 BGB in seiner allgemeinen Bedeutung**. Danach ist für das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Willenserklärung erforderlich, dass sie mit Willen des Erklärenden in Richtung auf den Empfänger in den Verkehr gelangt ist und der Erklärende damit rechnen konnte und gerechnet hat, sie werde – und sei es auf Umwegen – den von ihm bestimmten Empfänger erreichen (BGH NJW 1979, 2032; BGH WM 1983, 712; RGZ 170, 380; Prütting/Wegen/Weinreich/Ahrens, § 130 Rn 6; MüKo-BGB/Einsele, § 130 Rn 13; Flume, AT d. Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., § 14 Anm. 2 S. 225; Soergel/Wolf, § 130 Rn 6; Reichold, jurisPK-BGB, § 130 Rn 5; Larenz/Wolf, AT d. Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., § 26 Rn 2). Zwar brauchen empfangsbedürftige Willenserklärungen nicht unmittelbar an den Erklärungsgegner abgesandt zu werden. Sie können ihm auch über Dritte zugeleitet werden. Dies darf aber nicht mehr oder weniger zufällig, sondern **miss zielgerichtet geschehen** (BGH NJW 1979, 2032). Die Zuleitung muss an den von dem Erklärenden bestimmten Empfänger erfolgen.“* (BAG aaO)
 - b) Zwar ist der **Wortlaut von § 131 I BGB** insoweit **nicht eindeutig**, denn § 131 I BGB unterscheidet ebenso wie § 130 I 1 BGB zwischen der Abgabe einer Willenserklärung und ihrem Zugang. Der Wortsinne lässt sowohl ein Verständnis zu, nach welchem der Zugangsbegriff in § 131 I BGB demjenigen in § 130 I 1 BGB entspricht, als auch ein solches, nach welchem die gegenüber dem Geschäftsunfähigen abgegebene Willenserklärung nur faktisch auch dem gesetzlichen Vertreter zur Kenntnis gelangen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 280

**Kulanzvereinbarung
Rechtsverbindlichkeit**

BGB

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§§ 559 I, 559a, 554

**Modernisierungsmieterhöhung
zulässig trotz Ankündigungsfehlers**

BGB

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

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

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

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 626

außerordentliche Kündigung Verstoß gegen Trinkgeldregelung

BGB

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

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

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

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

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§§ 86 I Nr. 4, 86a I Nr. 1

Verwendung verfassungswidriger Kennzeichen als Unmutsbekundung

BGB

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

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

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 253

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

StGB

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

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

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

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

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 316

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

StGB

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG
Art. 3 I, 12 I

Verlängerung der Prüfungszeit
Angststörung
(OVG Münster in NJW 2011, 1094; Urteil vom 08.06.2010 – 14 A 1735/09)

PrüfR

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

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB

Abschleppmaßnahme

öffR

§§ 823 I, 859, 862

Ersatzfähigkeit der Vorbereitungskosten

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

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

SächsBestG

Bestattungspflicht

öffR

§§ 10, 18 I 1

keine Einschränkung durch Verletzung einer zivilrechtlichen Unterhaltspflicht

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

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

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

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

Entscheidungen VerfahrensrechtZPO
§ 189**Unwirksamkeit der Klagezustellung
keine Klageabweisung bei Heilungsmöglichkeit**

ZPO

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

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

A. Grundlagenwissen: Zustellung von Amts wegen

Dokumente, deren Zustellung vorgeschrieben oder vom Gericht angeordnet ist, sind nach § 166 II ZPO von Amts wegen zuzustellen. Die Zustellung von Amts wegen ist daher der gesetzlich vorgesehene Regelfall und in §§ 166 – 190 ZPO geregelt.

I. Begriff der Zustellung

Zustellung ist nach § 166 I ZPO die Bekanntgabe eines Dokuments an eine Person in der Form, wie die §§ 167 – 190 ZPO sie vorsehen.

II. Arten der Zustellung

Es sind verschiedene Arten der Zustellung vorgesehen, die im Folgenden dargestellt sind. Über die **Art der Zustellung** entscheidet nach § 168 I 1 ZPO grundsätzlich die **Geschäftsstelle**. Allerdings kann das Gericht ihr nach § 168 II ZPO auch **Anweisungen** für die Ausführung der Zustellung erteilen, an die die Geschäftsstelle dann gebunden ist. Die Geschäftsstelle kann das zustellende Schriftstück dem Adressaten an der **Amtsstelle aushändigen** (vgl. § 173 ZPO) oder gegen Empfangsbekanntnis (vgl. § 174 ZPO) oder durch Einschreiben mit Rückschein (vgl. § 175 ZPO) übermitteln. Sie kann aber auch die Post oder einen Justizbediensteten mit der Ausführung der Zustellung beauftragen (vgl. § 176 ZPO). Sie hat nach pflichtgemäßem Ermessen den **einfachsten und kostengünstigen, aber auch erfolgversprechendsten** Weg zu wählen (vgl. Muielak-Wolst, § 168 ZPO, Rn. 2).

III. Zustellungsempfänger**1. Zustellungsadressat**

Grundsätzlich erfolgt die Zustellung an den Zustellungsadressaten. Kann das zuzustellende Schriftstück diesem aber nicht unmittelbar übermittelt werden, so sieht die ZPO weitere Möglichkeiten vor.

2. Zustellung an Vertreter, § 170 ZPO

Bei **nicht prozessfähigen Personen muss** die Zustellung nach § 170 I ZPO an den gesetzlichen Vertreter erfolgen. Die Zustellung an die nicht prozessfähige Person ist nach § 170 I 2 ZPO unwirksam.

3. Zustellung an Bevollmächtigte, § 171 ZPO

Hat der Zustellungsadressat jemanden mit seiner rechtsgeschäftlichen Vertretung bevollmächtigt, so **kann** die Zustellung nach § 171 ZPO an den **durch schriftliche Vollmacht ausgewiesenen Vertreter** erfolgen. Hierzu besteht jedoch **keine Verpflichtung**. Auch die **Zustellung an den Zustellungsadressaten** ist möglich und **ohne weiteres wirksam**.

4. Zustellung an Prozessbevollmächtigte, § 172 ZPO

Hat der Zustellungsadressat in einem anhängigen Verfahren jedoch einen Prozessbevollmächtigten bestimmt, so **muss** die **Zustellung** nach § 172 I 1 ZPO **an diesen erfolgen**. Haben sich **mehrere Prozessbevollmächtigte** bestellt, so genügt die Zustellung an einen Prozessbevollmächtigten. Wird an mehrere zugestellt, so ist die **erste Zustellung** für die Fristberechnung maßgeblich.

Auch die **Rechtsmitteleinlegung** durch den Gegner ist nach § 172 II 1 ZPO dem **Prozessbevollmächtigten des Verfahrens zuzustellen, in dem die angefochtene Entscheidung ergangen** ist, auch wenn er die Vertretung für das Rechtsmittelverfahren noch nicht angezeigt hat. Etwas anderes gilt nach § 172 II 2 ZPO nur dann, wenn sich schon ein neuer Prozessbevollmächtigter für das Rechtsmittelverfahren gemeldet hat.

Für die Frage, ob die Zustellung an den Prozessbevollmächtigten zu erfolgen hat, kommt es **nicht** auf das **Innenverhältnis** zwischen Partei und Prozessbevollmächtigtem, also die Auftragserteilung, an, sondern darauf, ob der Prozessbevollmächtigte **gegenüber dem Gericht wirksam bestellt wurde** (vgl. KG NJW 1994, 3111; BGH NJW 1974, 240; BayVerfGH NJW 1994, 2280; OLG Hamburg NJW-RR 1988, 1277 f.). Dies ist ohne weiteres dann anzunehmen, wenn der Prozessbevollmächtigte sich **im Namen der Partei bei Gericht meldet** und Schriftsätze einreicht oder **im Termin auftritt**. (vgl. BGH NJW-RR 1992, 699; BGH NJW-RR 1986, 286 f.; KG NJW 1994, 3111; Fischer JuS 1994, 416, 419). Die wirksame Bestellung gegenüber dem Gericht setzt nicht die **Vorlage einer schriftlichen Vollmacht** voraus. Bei Zweifeln an der Bevollmächtigung kann das Gericht jedoch die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht oder eine entsprechende Erklärung der Partei zu Protokoll verlangen. Es ist aber auch ausreichend, wenn das Gericht oder auch der Gegner sonst Kenntnis davon hat, dass eine Partei durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten wird.

Nach der **Anzeige einer Mandatsniederlegung** müssen Zustellungen im Parteiprozess nicht mehr an den bisherigen Prozessbevollmächtigten bewirkt werden. Dieser ist aber nach **§ 87 II ZPO weiterhin berechtigt**, Zustellungen für die Partei entgegenzunehmen.

B. keine Klageabweisung bei Möglichkeit der Heilung unwirksamer Klagezustellung (BGH in NJW-RR 2011, 417)

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

Mit Verfügung vom 08.12.2008 hat der Richter am AG Zustellung an die Bekl. mit dem handschriftlichen Zusatz „Zustellungsbevollmächtigte“ angeordnet. Die Zustellung ist den Angaben in der Klageschrift entsprechend an die Schadensregulierungsbeauftragte adressiert worden. Mit Schriftsatz vom 14.01.2009, einge-

gangen bei Gericht am 16.01.2009, hat sich für die Bekl. Rechtsanwalt B unter anwaltlicher Versicherung der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung bestellt. Er hat gerügt, dass die Klage nicht wirksam zugestellt worden sei, weil die Schadensregulierungsbeauftragte nicht zustellungsbevollmächtigt sei. Vorsorglich hat er sich zur Begründetheit der Klage geäußert. In der mündlichen Verhandlung vor dem AG Rechtsanwalt B als Prozessvertreter der Bekl. aufgetreten. Er hat die fehlerhafte Zustellung wegen der mangelnden Zustellungsvollmacht der Schadensregulierungsbeauftragten weiter gerügt. Außerdem hat er sich hilfsweise zur Sache geäußert. Das Amtsgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen, da keine Rechtshängigkeit eingetreten sei. Dem hat sich das Berufungsgericht angeschlossen. Hiergegen richtet sich der Kl. mit seiner Revision. Ist diese begründet?

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

I. Internationale Zuständigkeit

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

*„Zutreffend ist der Ausgangspunkt der Vorinstanzen, dass die deutschen Gerichte für die Klage gegen den ausländischen Versicherer wegen der behaupteten Schäden aus dem Verkehrsunfall international zuständig sind, was auch unter der Geltung des § 545 II ZPO in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (Senat, NJW 2010, 1752 = VersR 2010, 690 Rn 7 und NJW-RR 2010, 1554 = MDR 2010, 943 jeweils m.w.N.). Der Geschädigte kann vor dem **Gericht des Ortes in einem Mitgliedstaat, an dem er seinen Wohnsitz hat, eine Klage unmittelbar gegen den Versicherer des Schädigers** erheben, sofern eine solche unmittelbare Klage zulässig und der Versicherer im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig ist (Art. 11 II i.V.m. Art. 9 I lit. b EuGVVO; EuGH, NJW 2008, 819 = EuZW 2008, 124 = NZV 2008, 133 – Odenbreit). Dass die erforderlichen Umstände im Streitfall gegeben sind, wird von den Parteien nicht in Zweifel gezogen. Auf Grund der in Art. 3 der 4. **Kraftfahrzeughaftpflicht-Richtlinie** enthaltenen Verpflichtung besteht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, mithin auch in Frankreich und Spanien, ein **Direktanspruch des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer des Schädigers** (vgl. Riedmeyer, ZfS 2008, 602 [604]).“ (BGH aaO)*

II. wirksame Zustellung

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

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

1. Zustellung an die Bekl. selbst

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

2. Zustellung an Prozessbevollmächtigten

a) Möglichkeit der Zustellung an Prozessbevollmächtigten

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

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

b) Heilung des Zustellungsmangels

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

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

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

c) Anwendung auf den Fall

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

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

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

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

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

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

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

A. Grundlagenwissen: Die Vollstreckung aus Zug-um-Zug Titeln

Wird in einem Titel nur zu einer Leistung Zug-um-Zug gegen eine Gegenleistung verurteilt, so bedarf es jedenfalls keiner titelergänzenden Vollstreckungsklausel nach § 726 I ZPO ab. Es wird schon zuvor eine Vollstreckungsklausel erteilt.

I. Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher

In diesem Fall hängt nach § 756 ZPO der Beginn der Zwangsvollstreckung vom Nachweis des ordnungsgemäßen Angebotes oder des Eintritts des Annahmeverzuges ab.

1. Tatsächliches Angebot der Leistung durch den Gerichtsvollzieher (§ 756 I ZPO)

Der Gläubiger kann den Gerichtsvollzieher beauftragen, die Gegenleistung tatsächlich anzubieten. Nimmt der Schuldner die Gegenleistung an, darf der Gerichtsvollzieher mit der Zwangsvollstreckung beginnen.

Nimmt der Schuldner die Gegenleistung nicht an, muss der Gerichtsvollzieher zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Annahmeverzug des Schuldners gegeben sind. Nur wenn dies der Fall ist, darf er mit der Vollstreckung beginnen. Der Gerichtsvollzieher muss insofern prüfen, ob es sich bei der angebotenen Gegenleistung um die nach dem Titel geschuldete Leistung handelt und ob die Leistung vollständig ist.

2. Wörtliches Angebot (§ 756 II ZPO)

Ein tatsächliches Angebot ist jedoch nicht zwingend erforderlich. Vielmehr reicht auch die Ablehnung eines wörtlichen Angebots des Gerichtsvollziehers.

3. Nachweis der Befriedigung oder des Annahmeverzuges durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§§ 756 Abs. 1 a.E., 765 Nr. 1 ZPO)

In Betracht kommen öffentlich beglaubigte Quittungen des Schuldners, Bescheinigungen über die Hinterlegung unter Verzicht auf die Rücknahme, ein den Annahmeverzug oder die Voraussetzungen des § 756 II ZPO feststellendes Gerichtsvollzieherprotokoll und insbesondere **Urteile**, die den Annahmeverzug in „liquider“ Form ergeben. Dazu reicht aber nur die **ausdrückliche Feststellung im Tenor** oder den Gründen. Der Nachweis der Befriedigung kann z.B. durch eine notariell

beglaubigte Quittung geführt werden (vgl. BGH NJW 1982, 1048; Musielak-Lackmann § 756 ZPO Rn. 10). Der Eintritt des Annahmeverzuges muss für das Vollstreckungsorgan aus dem Urteil ohne weiteres erkennbar sein. Auf den Urkundennachweis kann verzichtet werden, wenn der Schuldner Befriedigung bzw. Annahmeverzug zugesteht.

Kann der Gläubiger den **Urkundennachweis**, seine Leistung erbracht zu haben, **nicht führen** oder hat der Schuldner den Besitz der Sache auf andere Weise als durch Leistung des Gläubigers erlangt, kann er auf Zulässigkeit uneingeschränkter Vollstreckung oder Feststellung des Vorliegens der Vollstreckungsvoraussetzungen klagen, nicht aber vollstrecken (vgl. Musielak-Lackmann § 756 ZPO Rn. 10)

II. Vollstreckung durch das Vollstreckungsgericht

In diesem Fall kommt es auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 765 ZPO an.

1. Das Vollstreckungsgericht darf eine Vollstreckungsmaßregel anordnen, wenn der Beweis, dass der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist, durch **öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird** und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist. Der Zustellung bedarf es nicht, wenn bereits der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung nach § 756 I ZPO begonnen hatte und der Beweis durch das Protokoll des Gerichtsvollziehers geführt wird.
2. Es ist aber auch ausreichend, wenn der Gerichtsvollzieher eine Vollstreckungsmaßnahme nach § 756 II ZPO durchgeführt hat und diese durch das Protokoll des Gerichtsvollziehers nachgewiesen ist.

B. Feststellungsklage auf Erfüllungseignung einer anderen als der titulierten Leistung

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

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

I. Zulässigkeit der Klage

Fraglich ist, ob eine Feststellungsklage nach einem rechtskräftigen Zug-um-Zug Urteil, die darauf gerichtet ist, die Erfüllungseignung und den Annahmeverzug festzustellen, überhaupt zulässig ist. Grundsätzlich obliegt es nach § 756 I BGB dem Gerichtsvollzieher, diese Prüfung vorzunehmen. Kann der Gerichtsvollzieher - wie vorliegend - auch mit sachverständiger Hilfe nicht klären, ob die angebotene Leistung zur Erfüllung der tenorierten Leistungsverpflichtung geeignet sei, kommt die Feststellungsklage als das geeignete Instrument des Verpflichteten in Betracht. Dies gilt nicht nur bei nicht hinreichender Bestimmtheit eines Titels, sondern auch dann, wenn zu klären sei, ob eine Leistung, die von der geschuldeten, jedoch nicht mehr möglichen, abweiche, gleichermaßen zur Erfüllung geeignet sei.

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

Ist die Einrede "Zug um Zug" materiell-rechtlich entfallen, kann zwar erneut Leistungsklage ohne Zug-um-Zug Antrag erhoben werden. Die Rechtskraft des Ersturteils stünde nicht entgegen (vgl. BGHZ 117, 1; Münzberg in Stein/Jonas, aaO Rn. 14). Der Kläger begehrt jedoch nicht die vorbehaltlose Verurteilung der Beklagten, sondern (lediglich) die Feststellung, dass die im Urteil des Berufungsgerichts näher bezeichne-

ten Gegenstände dem Vollstreckungstitel entsprechen und sich die Beklagte im Annahmeverzug befindet. Das wäre für die weitere Zwangsvollstreckung ausreichend, die gemäß § 756 I ZPO voraussetzt, dass der Kläger die ihm obliegende Leistung in einer den Vollzug begründenden Weise anbietet oder die Beklagte sich insoweit bereits im Verzug der Annahme befindet. Einer erneuten Leistungsklage bedarf es daher nicht.“ (BGH aaO)

II. Begründetheit der Klage

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

1. Rechtsmissbräuchlichkeit

Hierauf kommt es aber möglicher Weise im vorliegenden Fall gar nicht mehr an, da feststeht, dass die Beklagte die Software unabhängig von ihren Eigenschaften ohnehin keinesfalls mehr nutzen wird, da der Verwendungszweck bereits anderweitig erreicht wurde. Die Berufung auf die angeblich fehlende Erfüllungseignung könnte daher gegen Treu und Glauben verstoßen und rechtsmissbräuchlich sein. Der Beklagten kommt es auf die Gegenleistung nicht mehr an; die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts dient allein dazu, die Vollstreckung des rechtskräftigen Titels durch den Gläubiger zu verhindern. Die Beklagte hat sich bereits unmittelbar nach Vertragsschluss im Jahre 2000 aus dem Vertrag lösen wollen. Sie hat ausdrücklich erklärt, dass die Software für sie in jedem Fall nutzlos, weil total veraltet und unbrauchbar sei.

a) Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Vollstreckungsverfahren

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

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

b) Vorliegen der Voraussetzungen

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

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

Die Ablehnung der Annahme ist daher nicht rechtsmissbräuchlich.

2. Annahmeverzug

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

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

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

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

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

StPO
§ 265 I, IV

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

StPO

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

A. Grundlagenwissen: Die gerichtliche Hinweispflicht aus § 265 StPO bei Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts

- I. Die **Informationsfunktion** der Anklageschrift und des Eröffnungsbeschlusses reicht i. d. Regel aus, um dem Angekl. die Vorbereitung seiner Verteidigung zu ermöglichen und ihm sowie den anderen Verfahrensbeteiligten zusammen mit den Äußerungsrechten nach §§ 257, 258 StPO das verfassungsrechtlich garantierte rechtliche Gehör zu den tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen eines späteren Urteils vorab zu gewähren (§ vgl. BVerfGE 42, 243).

Das gilt aber nicht ohne weiteres auch dann, wenn es zu einer **Umgestaltung der Strafklage** (§ 264 StPO) kommt oder wenn in der Hauptverhandlung neue Umstände hervortreten, die in wesentlichen Punkten eine andere Beurteilung der Sach- und Rechtslage rechtfertigen können. In diesem Falle muss, sofern die Gehörgewährung nicht auf anderem Wege in gleichwertiger Weise ermöglicht wird, vor allem der **Angekl. auf die Änderung der rechtlichen Lage hingewiesen werden**, damit **kein Überraschungsurteil zu seinem Nachteil** ergeht (BGHSt 48, 221) und er sein **Recht auf Beweisteilnahme** effektiv ausüben kann. Insoweit dienen Abs. 1 u. 2 des § 265 StPO, die die Hinweispflichten des Gerichts regeln, der Gewährung des rechtlichen Gehörs (BGH NJW 1958, 350; verkürzt BayVerfGH NJW 1959, 285).

Hinzu kommt eine mittelbare Bedeutung der nachträglich im Rahmen von § 257 StPO und § 258 StPO zu ermöglichenden Sacheinlassung oder sonstigen Verteidigung, etwa mit Stellungnahmen zu den Beweisergebnissen, mit Beweisanträgen oder mit Beweis Anregungen für die Sachaufklärung (BGHSt 28, 196). Die Umgestaltung der Strafklage muss sich daher stets weiter **im Rahmen der bisherigen Tat im prozessualen Sinne** bewegen (BayObLG NJW 1953, 1482); andernfalls wird eine Nachtragsanklage nach § 266 StPO erforderlich.

- II. **Grds. verlangt § 265 I StPO einen Hinweis des Gerichts bei Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts** gegenüber der zur Hauptverhandlung zugelassenen Anklageschrift bzgl. der angeklagten Tat im prozessualen Sinne (OLG Jena StV 2007, 230).

Dies ergibt sich daraus, dass **Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss eine Konzentrierung der Verteidigungsbemühungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf die Voraussetzungen derjenigen Strafnormen zur Folge haben**, welche nach der Anklageschrift (§ 200 I 1 StPO), ggf. in einer Umgestaltung durch den Eröffnungsbeschluss (§ 207 II Nr. 3 StPO), maßgeblich sein sollen. Würde das Gericht ohne entsprechenden Hinweis seine Rechtsansicht in der Hauptverhandlung ändern und eine andere Strafnorm anwenden können, könnten die Verteidigungsbemühungen des Angekl. fehl gehen und das Ergebnis wäre selbst im Fall einer objektiven Erkennbarkeit der abweichenden rechtlichen Bewertung wegen des Ablenkungseffektes der in eine andere Richtung weisenden Anklageschrift dann für diesen ein Überraschungsurteil.

Deshalb muss das Gericht nach § 265 I StPO auf eine Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts, der dem Schuldspruch zugrunde gelegt werden soll, förmlich hinweisen.

Der **bloße Wegfall einer Qualifikation der in der zugelassenen Anklageschrift genannten Strafnorm zieht hingegen keine Verpflichtung des Gerichts nach sich**, auf die Möglichkeit der Verurteilung alleine aufgrund des Grundtatbestands hinzuweisen.

B. Die gerichtliche Hinweispflicht bei Austausch der Bezugstat bei einem Verdeckungsmord (BGH in NJW 2011, 1301)

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

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

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

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

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

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

- II. Dieser **Austausch der Bezugstat bei einem Verdeckungsmord** bedurfte jedoch einen **gerichtlichen Hinweis nach § 265 StPO**.
 1. In der **Rspr. des BGH** ist anerkannt, dass das Gericht, wenn es den Schuldspruch innerhalb des Rahmens der angeklagten Tat (§ 264 StPO) auf einen gegenüber der Anklage im Tatsächlichen wesentlich veränderten Sachverhalt stützen will, dem Angekl., um ihn vor einer Überraschungsentscheidung zu schützen, zuvor grds. einen entsprechenden Hinweis erteilen muss (vgl. u. a. BGH StV 1991, 502 m. w. Nachw.; zur Entwicklung dieser Rspr. vor 1988 vgl. Niemöller, Die Hinweispflicht des Tatrichters, 1988, S. 23 ff., 26 ff. m. w. Nachw.). Diese **Hinweispflicht dient dem schutzwürdigen Verteidigungsinteresse des Angekl.** und gilt auch und gerade für wesentliche Veränderungen des dem gesetzlichen Straftatbestand zugeordneten Tatverhaltens (vgl. u. a. BGH NStZ 1991, 550 m. w. Nachw.).
 2. Die **Abweichung in der Beschreibung des Tatverhaltens**, das zur Ausfüllung des gesetzlichen Straftatbestands gedient hat, **war** bei der vorliegenden Fallgestaltung **wesentlich**.

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

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

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

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

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

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

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

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

VwGO

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

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

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

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

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

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

b) Beiladung eines begünstigten Dritten bei Belastung des Adressaten

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

aa) Dritter ist auch Adressat

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

bb) Dritter ist nicht Adressat

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

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

2. notwendige Beiladung bei Verpflichtungsklage

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

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

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

3. notwendige Beiladung bei sonstigen Klagen

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

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

II. einfache Beiladung, § 65 I VwGO

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

1. rechtliche Interessen

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

2. Berührung durch die Entscheidung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Grundlagenwissen: Das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB

Über den Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung entscheidet nach §§ 75, 62 BauO NRW die untere Bauaufsichtsbehörde. Dies ist aber nach § 60 I Nr. 3 a) BauO NRW nur für kreisfreie Städte und größere kreisangehörige Gemeinden die Gemeinde selbst. In allen anderen Fällen entscheidet über den Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung der Kreis. Andererseits ist die Bau- und Städteplanung eine **Selbstverwaltungsangelegenheit der Gemeinde**. Um diese gemeindliche Bauleitplanung sicherzustellen, ist der Gemeinde vor Erteilung der Baugenehmigung Gelegenheit zu geben, **Einwände** gegen die beantragte Baugenehmigung **aus gemeindlicher Sicht zu erheben**. Diese Beteiligung der Gemeinde am Baugenehmigungsverfahren erfolgt durch die Einholung des gemeindlichen Einvernehmens.

Das Recht der Gemeinde, am Verfahren beteiligt zu werden, ist keine gesetzliche Ermächtigung gegenüber dem Bürger, den Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung aus § 75 BauO NRW zu verweigern. Es ist nur ein verwaltungsinternes Mitwirkungsrecht ohne Außenwirkung. Daher ist das **Einvernehmen** auch **kein VA** und kann nicht eigenständig vor Gericht durchgesetzt werden.

Beachte: Wird eine Baugenehmigung wegen der Verweigerung des Einvernehmens versagt, so bleibt allein die Verpflichtungsklage gegen die Baugenehmigungsbehörde, die Gemeinde selbst kann nicht unmittelbar verklagt werden. Sie ist jedoch zum gerichtlichen Verfahren beizuladen.

I. Beteiligungserfordernis

Die Beteiligung der Gemeinde ist allerdings nur für die Fälle vorgesehen, in denen die **gemeindliche Bauleitplanung nicht durch einen Bebauungsplan dokumentiert** ist, da in diesem Fall die Übereinstimmung mit der gemeindlichen Planung anhand des Bebauungsplans auch von der Bauaufsichtsbehörde geprüft werden kann. Eine Beteiligung ist daher in folgenden Fällen notwendig:

1. Die Bauaufsichtsbehörde will in **Abweichung von einem vorhandenen Bebauungsplan** eine Ausnahme (§ 31 I BauGB) oder eine Befreiung (§ 31 II BauGB) gestatten.

Hintergrund: Es wird von der gemeindlichen Planung ausdrücklich abgewichen. Insofern muss die Gemeinde Gelegenheit zur Prüfung haben, ob die Abweichung mit den Grundzügen ihrer Planung und sonstigen gemeindlichen Belangen zu vereinbaren ist.

2. Es wird eine Baugenehmigung im **unbeplanten Innenbereich** (§ 34 BauGB) oder im Außenbereich (§ 35 BauGB) beantragt.

Hintergrund: Eine Dokumentierung des gemeindlichen Planungswillens liegt nicht vor, so dass die Planungshoheit nur bei Beteiligung am Verfahren gewahrt bleibt.

3. Es wird eine Baugenehmigung für eine Baugebiet beantragt, für das gerade ein **Bebauungsplan erarbeitet** wird (§ 33 BauGB).

Hintergrund: Während der Planaufstellung ist es offensichtlich, dass hier die Bauaufsichtsbehörde nicht auf der Grundlage der allgemeinen Vorschriften (§§ 34, 35 BauGB) das Vorhaben prüfen kann, ohne der Gemeinde Gelegenheit zu geben, die Übereinstimmung mit den geplanten Festsetzungen sicherzustellen. Ist die Planung noch zu unkonkret, diese Beurteilung treffen zu können, so kann die Zurückstellung des Baugesuches nach § 15 BauGB beantragt werden.

II. Beteiligungsverfahren

Die Gemeinde ist bei der Prüfung der Einvernehmenserteilung **nicht frei von rechtlichen Bindungen**. Wegen des Anspruchs auf Erteilung einer Baugenehmigung nach § 75 BauO NRW ist eine Verweigerung nur möglich, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen.

Die Gemeinde kann ihr Einvernehmen daher nach § 36 II 1 BauGB **nur aus den Gründen** verweigert werden, die sich aus **§§ 31, 33, 34, 35 BauGB** ergeben. Ein Verstoß gegen sonstige planerische Vorstellungen rechtfertigt die Versagung des Einvernehmens nicht.

III. Herstellung des Einvernehmens

1. **Ausdrückliche** Erklärung gegenüber der Bauaufsichtsbehörde

2. **Einvernehmensfiktion** nach § 36 II 2 BauGB

Erklärt sich die Gemeinde im Rahmen der Beteiligung nicht zu einem Bauantrag, so gilt das Einvernehmen mit Ablauf von 2 Monaten als erteilt.

3. **Ersetzung** des Einvernehmens

Nach § 36 II 3 BauGB kann die untere Bauaufsichtsbehörde das Einvernehmen der Gemeinde bei rechtswidriger Verweigerung ersetzen

B. Einvernehmensfiktion bei fehlenden Unterlagen (OVG Münster in ZfBR 2011, 288)

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

Wurde das Beteiligungserfordernis des § 36 BauGB verletzt?

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

I. Beginn der Einvernehmensfrist des § 36 II 2 BauGB

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

1. Erkennbarkeit des Schreibens als Einvernehmensersuchen

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

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

*Dabei kann offen bleiben, ob der Wortlaut des Schreibens für sich genommen hinreichend klar ist. Für ein „Ersuchen“ spricht insbesondere, dass das Aufforderungsschreiben auf die **das gemeindliche Einvernehmen regelnde Vorschrift** des § 36 I BauGB **ausdrücklich Bezug** nimmt. Dass das*

Schreiben nicht auf die Zwei-Monats-Frist des § 36 II 2 BauGB und die damit verbundene Fiktionswirkung hinweist, ist kein Indiz gegen ein Ersuchen im Sinne des § 36 II 2 HS. 1 BauGB; denn eine derartige **Belehrung schreibt das Gesetz nicht zwingend** vor.“ (OVG Münster aaO)

Allerdings könnte die Formulierung „Bitte um kurzfristige Stellungnahme“ missverständlich sein. Insbesondere könnte die Formulierung „kurzfristig“ irritierend sein, weil der Gemeinde eine Frist von zwei Monaten zur Verfügung steht, um ihr Einvernehmen zu verweigern.

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

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

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

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

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

2. Fehlen von Unterlagen

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

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

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

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

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

Dies folgt aus **Sinn und Zweck der Einvernehmensregelung**. Allein die Gemeinde als betroffene Gebietskörperschaft und Trägerin der Planungshoheit kann aus ihrer **Ortskenntnis** und ihrer **planerischen Sicht** feststellen, ob der Genehmigungsantrag ihr eine fundierte bauplanungsrechtliche Bewertung des Vorhabens ermöglicht oder in dieser Hinsicht **noch ergänzungsbedürftig** ist. Ebenso obliegt allein ihr die Feststellung, ob und wann ein Genehmigungsantrag in die erforderliche Beurteilungsreife „hineingewachsen“ ist. Die Entscheidung darüber kann und darf die Genehmigungsbehörde der Gemeinde nicht abnehmen (BVerwG, Urt. v. 16.09.2007 – 4 C 7.09-, BVerwGE 122, 13). So war es auch

im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen, dass der Gemeinde die übersandten Unterlagen – auch ohne Vorliegen des unstreitig fehlenden landespflegerischen Begleitplans – zur planungsrechtlichen Beurteilung des Vorhabens genügten. Um den Lauf der Zwei-Monats-Frist zu unterbrechen, hätte sie die Unvollständigkeit des Antrags unter genauer Angabe der aus ihrer Sicht noch fehlenden Unterlagen rügen müssen. Anderenfalls würde die **Frist** in einer Weise **zur Disposition der Gemeinde** gestellt, die mit Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar wäre. Das Genehmigungsverfahren würde mit einer **zeitlichen Unsicherheit** belastet, die der Gesetzgeber mit Einführung der Fristenregelung in § 36 II 2 BauGB vor allem im **Interesse des Bauherrn**, aber auch im öffentlichen Interesse an der Beschleunigung der Genehmigungsverfahren, gerade vermeiden wollte. Aus diesem Grund hat das BVerwG auch bereits entschieden, dass die zwei-monatige Einvernehmensfrist durch die Verfahrensbeteiligten nicht einvernehmlich verlängert und ein als erteilt geltendes Einvernehmen von der Gemeinde nachträglich nicht „widerrufen“ oder „zurückgenommen“ werden kann (BVerwG, Urt. v. 16. 9. 2004 – 4 C 7.03 –, aaO).“ (OVG Münster aaO)

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

II. Verweigerung des Einvernehmens wegen Zurückstellungsantrag

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

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

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

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

Kurzauslese II

Sie können sich darauf beschränken, die nachfolgenden Seiten zu überfliegen. Was Ihnen davon bemerkenswert und „merkwürdig“ erscheint, können Sie durch Randstriche oder auf andere Weise hervorheben, um eine Markierung für Repetitionen zu haben. Sie können auch einzelne Passagen ausschneiden und auf Karteikarten kleben. Aus diesem Grund sind die nachfolgenden Seiten der Kurzauslese lediglich einseitig bedruckt.

Zweites Versäumnisurteil

ZPO ZPO
 §§ 330, 335 I Nr. 2 Anforderungen an ordnungsgemäße Terminbestimmung
 (BGH in FamRZ 2011, 477 = NJW 2011, 928; Beschluss vom 20.12.2010 – VII ZB 72/09)

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

Unmittelbarkeitsgrundsatz

ZPO ZPO
 §§ 291, 355 I 1 Verwertung von Zeugenaussagen aus anderem Rechtsstreit
 (BGH in NJW-RR 2011, 568; Urteil vom 04.11.2010 – I ZR 190/08)

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

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

Berufungsverfahren

ZPO ZPO
 §§ 529 I Nr. 1, 398 I Zeugenernehmung
 (BGH in NJW 2011, 1364; Beschluss vom 10.11.2010 – IV ZR 122/09)

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

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

das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen (d. h. seine Glaubwürdigkeit) **noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit** (d. h. die Glaubhaftigkeit) **seiner Aussage betreffen** (BGH NJW-RR 2009, 1291; BGH NJW 1998, 2222 = NZV 1998, 281; jew. m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO §§ 200, 201	Anklageschrift erforderliche Zustellung an Angeklagten (LG Oldenburg in NSTZ-RR 2011, 150; Beschluss vom 11.02.2011 – 1 Qs 30/11)	StPO
---------------------	--	------

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

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

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO §§ 203, 207	Eröffnungsbeschluss zwingende Verfahrensvoraussetzung (BGH in NSTZ-RR 2011, 150; Beschluss vom 11.01.2011 – 3 StR 484/10)	StPO
---------------------	--	------

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

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

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

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

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

StPO
§§ 267, 275, 338 Nr. 7

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

StPO

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

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

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

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwVfG
§ 12 I Nr. 1

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

VwVfG

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

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 44a

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

VwGO

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

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

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

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

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

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

- ZA 05/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

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

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

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

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

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

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

II. Strafrecht

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

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

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

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

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

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

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

III. öffentliches Recht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

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

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

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

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

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

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

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

Arten der Zustellung

I. Zustellung durch Aushändigung an der Amtsstelle, § 173 ZPO

Zum Nachweis der Zustellung ist auf dem Schriftstück und in den Akten zu vermerken, dass es zum Zwecke der Zustellung ausgehändigt wurde und wann dies geschehen ist. Dieser **Vermerk ersetzt die Zustellungsurkunde**.

II. Zustellung gegen Empfangsbekanntnis, § 174 ZPO

Ein Schriftstück kann nach § 174 I ZPO an einen **Anwalt**, einen **Notar**, einen **Gerichtsvollzieher**, einen **Steuerberater** oder an eine **sonstige Person**, bei der auf Grund ihres Berufes von einer **erhöhten Zuverlässigkeit** ausgegangen werden kann, eine **Behörde**, eine **Körperschaft** oder eine **Anstalt des öffentlichen Rechts** gegen Empfangsbekanntnis zugestellt werden.

III. Zustellung durch Einschreiben mit Rückschein, § 175 ZPO

Ein Schriftstück kann nach § 175 ZPO durch Einschreiben mit Rückschein zugestellt werden. Anders als beim nachstehend dargestellten Zustellungsauftrag gibt es hier **weder eine Zustellung durch Einlegung in den Briefkasten noch durch Niederlegung**.

IV. Zustellungsauftrag, § 176 ZPO

Wird der Post, einem Justizbediensteten oder einem Gerichtsvollzieher ein Zustellungsauftrag erteilt oder wird eine andere Behörde um die Ausführung der Zustellung ersucht, übergibt die Geschäftsstelle nach § 176 I ZPO das zuzustellende Schriftstück in einem verschlossenen Umschlag und ein vorbereitetes Formular einer Zustellungsurkunde. Diese Art der Zustellung bietet die höchste Sicherheit, so dass die Ausführung eines Zustellungsauftrags besonders geregelt ist.

1. Aushändigung an den Zustellungsempfänger
2. Ersatzzustellung in der Wohnung, in Geschäftsräumen und Einrichtungen, § 178 ZPO
 - a) Übergabe an Zustellungsempfänger in seiner Wohnung scheitert
 - aa) zugelassene Ersatzpersonen
 - bb) Wohnsitz des Zustellungsempfängers
 - b) Übergabe an den Zustellungsempfänger in seinen Geschäftsräumen scheitert
 - c) Übergabe an Zustellungsempfänger in einer Gemeinschaftseinrichtung scheitert
3. Zustellung bei verweigerter Annahme, § 179 ZPO
4. Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten, § 180 ZPO
5. Ersatzzustellung durch Niederlegung, § 181 ZPO
6. Nachweis der Zustellung, § 182 ZPO

V. Öffentliche Zustellung, § 185 ZPO

Ist der **Aufenthaltort einer Person unbekannt** und kann auch nicht an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten zugestellt werden, ist eine öffentliche Zustellung nach § 185 ZPO möglich.

Die öffentliche Zustellung bedarf nach § 186 I ZPO der **Bewilligung durch das** Prozessgericht, wobei die Entscheidung hierüber ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann und **durch Beschluss** erfolgt. Der Beschluss ist **nicht anfechtbar**. Gegen die Zurückweisung des Antrags steht dem Antragsteller das Recht der sofortigen Beschwerde nach § 567 I Nr. 2 ZPO zu.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Öffentl. Recht

Um die Atmosphäre der mündlichen Prüfung einzufangen, liefern wir Ihnen das Protokoll einer mündlichen Prüfung in seiner Originalfassung.

Land: Hessen	Prüfer (mit Titel usw.) D	Tag d. mündl. Prüfung 15.03.2011
------------------------	-------------------------------------	--

Zur Person:

Herrn D erlebte ich als relativ vergnügt mit viel Minenspiel; manchmal schaute er kurz aus dem Fenster. Ansonsten war er auch an den Prüfungen sehr interessiert und machte immer eindeutige Handbewegungen, wenn der Prüfling auf der richtigen Fährte war. Während der Prüfung im öffentlichen Recht war er freundlich, offen für die Ideen der Kandidaten und immer bereit, darauf einzugehen.

Zur Prüfung:

D stellte folgenden Fall zur Prüfung: Der Gesetzgeber möchte das LSchIG, insbesondere dessen § 3, abschaffen. Ist dies grundgesetzkonform?

Nein, denn Art. 140 GG inkorporiert die Art. 137 bis 141 der WRV. Art. 139 GG schützt den Sonntag.

Wie wäre es dennoch möglich? Grundgesetzänderung nach Art. 79 GG. Von der Ewigkeitsgarantie sind nur die Art. 1 und 20 umfasst.

Wie wäre es nun, wenn der Gesetzgeber die Abschaffung mit dem Schutz der Berufsfreiheit der Kaufleute begründen würde? Es folgte die Prüfung des Art. 12 GG. Abwägung mit den Art. 4 und 140 GG als Schranken; ich ließ die Prüfung zugunsten des Sonntags und der Art. 4 und 140 GG ausfallen.

Danach verteilte Herr D einen weiteren langen Fall zum Nichtraucherschutzgesetz: Es ging um eine Gaststätte in einer Einkaufspassage. Diese hatte auch einen Außenbereich, der sich allerdings innerhalb der Einkaufspassage befand. Die Gaststättenbetreiberin erhielt einen Brief von der Stadt mit der Aufforderung, das Rauchverbot einzuhalten und die Aschenbecher von den Tischen zu räumen. Dagegen erhob sie Widerspruch.

Der Widerspruch wurde nicht verbeschieden, weil die Behörde sich auf den Standpunkt stellte, dass kein VA vorläge. Nach dem LNRSchutzG ist das Rauchen im Außenbereich einer Gaststätte noch erlaubt.

Wie kann sich die Betreiberin gegen das Schreiben wehren? Anfechtungsklage – Prüfung des Vorliegens eines Verwaltungsakts. Wenn nicht, ist eine Feststellungsklage statthaft, weil ansonsten kein Rechtsschutz gegeben wäre. Es folgte die Zulässigkeitsprüfung der Klagen. Falls die Anfechtungsklage für zulässig gehalten wurde, stellte sich die Frage des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 80 V VwGO. In der Begründetheitsprüfung ging es um die Auslegung des Wortes „Außenbereich“ im LNRSchutzG.

Insgesamt hat die Prüfung Spaß gemacht. Es ging um Verständnis und nicht darum, auswendig Gelerntes vorzutragen.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung Zivilprozessrecht

Um die Atmosphäre der mündlichen Prüfung einzufangen, liefern wir Ihnen das Protokoll einer mündlichen Prüfung in seiner Originalfassung.

Land: Bad-Württ	Prüfer (mit Titel usw.) Dr. B	Tag d. mündl. Prüfung 04.03.2011
---------------------------	---	--

Zur Person:

Dr. Boll ist ein sehr netter und hilfsbereiter Prüfer. Wenn man gerade nicht so recht weiß, was gerade gefragt ist, hilft er einem schon `mal auf die Sprünge. Die Benotung ist - soweit ich das beurteilen kann - sehr fair. Beim Aktenvortrag kam häufig zustimmendes Nicken, was einem die Sache deutlich angenehmer machte, weil man wusste, dass man auf dem richtigen Weg war. Protokollfestigkeit sieht allerdings anders aus. Immerhin wurde bei uns wieder Grundstücksrecht geprüft, was sich vor langer Zeit schon `mal in einem Protokoll fand.

Zur Prüfung:

Dr. B bildete folgenden **Fall**:

A hat zwei benachbarte Grundstücke. Grundstück 1 bewohnt er selbst und Grundstück 2 ist unbebaut. Sein Freund B würde dieses Grundstück gerne erwerben und bebauen. A ist hierzu grundsätzlich bereit hat aber Bedenken, dass B das Grundstück später einmal verkaufen und er „dumme“ Nachbarn bekommen könnte.

Frage: Was würden Sie A raten? Es wurde vorgeschlagen, ein dingliches Vorkaufsrecht zu vereinbaren, § 1094 BGB. Als weiteres wurde vorgeschlagen, ein preislimitiertes Vorkaufrecht zu vereinbaren. Ein solches gibt es sachenrechtlich zwar nicht (Typenzwang), man kann es aber schuldrechtlich vereinbaren und durch eine Vormerkung absichern lassen.

Frage? Wie kommt das Vorkaufsrecht zustande? Durch Einigung und Eintragung ins Grundbuch.

B verkauft irgendwann das Grundstück an C, was raten Sie A? Das Vorkaufsrecht auszuüben.

Wie? Durch Erklärung gegenüber B.

Wie genau, ganz praktisch? Praktischer Weise schriftlich zur Beweissicherung.

Was passiert dann? Es kommt ein Kaufvertrag zwischen A und B zustande mit den Bedingungen des zwischen B und C ausgehandelten Vertrages. Der Vertrag ist nicht unmöglich, da die erfolgte Übereignung an C gegenüber A relativ unwirksam ist, §§ 883, 1098 II BGB.

Wie bekommt A nun das Eigentum? Er muss B auf Übereignung (Auflassung) verklagen; das Urteil ersetzt die entsprechende Willenserklärung des B, § 894 ZPO.

Was braucht A noch? Die Zustimmung des C zur Änderung des Grundbuchs (kleiner Ausflug in die GBO), § 19 GBO.

Wie bekommt er die? Er muss C nach § 888 BGB verklagen.

2. Fall: A und B sind Nachbarn und betreiben auf ihren Grundstück Land- und Forstwirtschaft. Das Grundstück des B ist nur durch einen Weg über das Grundstück des A zu erreichen. B hat hierfür ein Wegerecht am Grundstück des A. Der Weg über das Grundstück des A wird ständig durch schwere Landmaschinen des A beschädigt. B will, dass der Weg ausgebaut/instand gehalten wird. Wie macht er das?

Antwort nach einigem Herumraten: § 1004 i. V. m. § 1027 BGB.

B erhält ein obsiegendes Urteil und droht mit Vollstreckung, obwohl A bereits erfüllt hat. Was nun? Vorschlag 1: Klage auf Titelherausgabe, ob richtig oder falsch, wurde nicht mehr geklärt

und nicht weiter verfolgt.

Vorschlag 2: Vollstreckungsgegenklage.

Vorschlag 3: Warten, bis B nach § 887 ZPO vorgeht und sich dann dagegen wehren.

Sie sind Anwalt, was raten Sie A? Var. 3 ist wohl deutlich billiger als Var. 2, daher zunächst zu 3 raten, wenn A nicht unbedingt Rechtsklarheit will.

Alles in allem eine machbare Prüfung. Also viel Erfolg Euch allen!

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das?

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

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung

