



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

**34. Jahrg.**

**März 2009**

**Heft 03**

---

**Aus dem Inhalt:**

- BGH:** Schuldbefreiende Leistung an Zedenten
- BGH:** Wertersatz wegen Belastung bei Rücktritt
- BGH:** Fahrlässige Tötung durch illegales Autorennen
- OVG Lüneburg:** Schutz gegen Kommunalwirtschaft
- BGH:** Negative Feststellungsklage wegen Kunstfreiheit
- LG Hamburg:** Überwachung der Telekommunikation
- VG Düsseldorf:** Einstweilige Anordnung im Kommunalverfassungsverstreit



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

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

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

##### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

##### **Urheber und Verlagsrechte:**

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Familienleistungsgesetz.....	1
------------------------------	---

### Brandaktuell

BVerfG: Einsatz elektronischer Wahlgeräte (maßgeblich ist Überprüfbarkeit) .....	3
---	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH: Schuldbefreiende Leistung an Zedenten (auch bei Unwirksamkeit der Abtretung).....	4
BGH: Anspruch auf Wertersatz bei Rücktritt (Voraussetzungen bei Belastung der Sache) .....	7

#### Strafrecht

OLG Stuttgart: Amtsträgereigenschaft (formeller Beststellungsakt).....	10
BGH: fahrlässige Tötung (illegales Autorennen).....	15

#### öffentl. Recht

BVerwG: Bemessung der Sondernutzungsgebühr (Berücksichtigung von Grundrechtsausübung) .....	19
OVG Lüneburg Schutz gegen Kommunalwirtschaft (Unterlassungsanspruch privater Unternehmer) .....	22

### Kurzauslese I

OLG Hamm: Prozessvergleich (wirksam trotz Geschäftsunfähigkeit einer Partei) .....	25
OLG Rostock: Annahmeverzug des Gläubigers (Zinsanspruch) .....	25
OLG Karlsruhe: Mietkaution (Verwertungsfunktion) .....	25
OLG Schleswig: Komfortmangel (Bremsgeräusche eines Pkw) .....	26
BGH: Schuldanerkennnis (vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung) .....	26
OLG Saarbrücken: Verjährungsunterbrechung (internationaler Haftbefehl) .....	26
OLG Oldenburg: Beleidigung (Todesdrohung).....	27
OLG München: Betrug (unterlassene Aufklärung eines Sachbearbeiters der Bundesagentur für Arbeit).....	27
OLG Hamm: Verletzung des Steuergeheimnisses (Versendung von Steuerakten an die Staatsanwaltschaft).....	27
OVG Münster: Werbeanrufe mittels Telefoncomputer (Einverständniserklärung).....	28
VG Oldenburg: Gleichbehandlungsgebot (Anforderungen an Nachschreibeklausur).....	28
VerfGH Rh.-Pf.: Rauchverbot in Schulen (rechtmäßig) .....	28

### Entscheidungen Verfahrensrecht

#### Zivilrecht

BGH: negative Feststellungsklage (Kunstfreiheit und postmortales Persönlichkeitsrecht) .....	29
---	----

BGH:	Versendung von Schriftsätzen per E-Mail (Fristwahrung nur nach § 130a ZPO ) .....	32
<b>Strafrecht</b>		
LG Hamburg:	Überwachung der Telekommunikation (gespeicherte E-Mails) .....	34
<b>öffentl. Recht</b>		
VGH München:	Aussetzungsantrag an Behörde (Nachholbarkeit im gerichtl. Verfahren) .....	37
VG Düsseldorf:	Kommunalverfassungsverstreit (Voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung) .....	39
<b>Kurzauslese II</b>		
OLG Koblenz:	unrichtige Sachbehandlung (Urteilsverkündung trotz Vergleich) .....	42
KG:	Vollstreckbarkeitserklärung (Überprüfbarkeit) .....	42
OLG Zweibrücken:	einstweilige Verfügung (Abgabe einer Willenserklärung) .....	43
LG Mosbach:	Indiztatsachen (keine Anwendung des Zweifelssatzes).....	43
BGH:	Beweisantrag (Konnexität zwischen Beweisbehauptung und Beweismittel).....	43
LG Arnsberg:	Anhörungsrecht (wirksamer Verzicht).....	44
OLG Hamm:	Revision (zulässige Sachrüge).....	44
BVerwG:	Amtsermittlungsgrundsatz (Übernahme tatsächlicher Feststellungen).....	45
BVerwG:	Entscheidung ohne mündl. Verhandlung (fehlendes Einverständnis der Beteiligten).....	45
OVG Bremen:	Rechtsfolgenbelehrung (widersprechende Rechtsfolgenbelehrungen).....	45
<b>Speziell für Rechtsanwälte und Notare</b>		
<b>Gebühren und Kosten</b>		
OLG Naumburg:	PKH-Vergütung (fehlende Beschränkung im Beiordnungsbeschluss) .....	46
OLG Brandenburg:	Reisekosten- und Abwesenheitsgeld (bei gewährter PKH).....	46
OLG Düsseldorf:	Berufungsverfahren (Verfahrens- und Einigungsgebühr).....	47
OLG Zweibrücken:	Streitgenossen (Gebühren des beigeordneten PKH-Anwalts) .....	47
LG München:	Einholung einer Deckungszusage (gebührenrechtliche Angelegenheit).....	47
BGH:	Selbstständiges Beweisverfahren (Anrechnung der Geschäftsgebühr) .....	48
OLG Düsseldorf:	Unterhalt und Hausrat (gebührenrechtl. zwei Angelegenheiten) .....	48
AG München:	Anwaltshonorar (vorzeitige Mandatskündigung).....	48
BGH:	Berufungsverfahren (notwendige Kosten der Rechtsverteidigung).....	49
OLG Köln:	Streitwertbestimmung (§ 45 I 2 GKG auch für Anwaltsgebühren).....	49
<b>Aus der Praxis</b>		
LG Aschaffenburg:	unlauterer Wettbewerb (Anwaltsbriefkopf mit dem Zusatz „Vertretungsbefugt bei allen Amts-, Land- und Oberlandesgerichten“).....	50
BGH:	anwaltlicher Beratungsfehler (Kausalität).....	51
LG Essen:	Kostenfestsetzungsverfahren (kein Auslagenvorschuss erforderlich).....	53
AG B'In-Tiergarten:	Zeugenentschädigung (nicht für Auszubildende).....	53
OLG Hamm:	Jugendgerichtsverfahren (notwendige Pflichtverteidigerbeordnung).....	54

OLG Köln:	Unterschlagung (Tatort).....	54
BVerwG:	Entziehung der Fahrerlaubnis (Anwendung des Punktesystems).....	54
OLG Hamm:	Beförderungerschleichung (Ersatzfreiheitsstrafe).....	56
<b>Steuern</b>		
BFH:	Liebhaberei (bei nichtselbstständiger Arbeit).....	57
BFH:	außergewöhnliche Belastungen (Unterhaltsleistungen bei mittellosem Lebenspartner).....	57
BFH:	Wirksamkeit eines Steuerbescheides (Zustellung vor Bekanntgabe).....	58
BGH:	Auskunftsvertrag (durch telefonische Auskunft eines Steuerberaters).....	59
<b>Weitere Schriftumsnachweise</b> .....		60
<b>Mandantenbrief</b> .....		64

**Wichtiger Hinweis zur Ausgabe Februar:**

Bei der Besprechung der Entscheidung des VG Hannover und des VG Gießen zur Zulassung zur Veranstaltung haben sich leider Fehler eingeschlichen. Wir werden uns bemühen, solches zukünftig durch sorgfältigere Kontrolle zu vermeiden. Zum einen handelte es sich jeweils um ein **Volksfest nach § 60b GewO**, für das nach § 60b II GewO die Regelung des § 70 GewO entsprechende Anwendung findet und nicht um einen Großmarkt. Darüber hinaus ist die Klageart natürlich keine Anfechtungsklage, sondern eine **Verpflichtungsklage gerichtet auf die Zulassung zum Volksfest**. Die Klagebefugnis ergibt sich nach der Möglichkeitstheorie daraus, dass ein Anspruch nach § 60b, 70 I GewO nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist. Im Originalfall des VG Hannover war es sogar eine Feststellungsklage, aus redaktionellen Gründen wurde der Fall jedoch angepasst, um den Schwerpunkt auf die materiellen Fragen legen zu können. (Vielen Dank insofern an den Hinweis von Prof.'in Martina Niederlag)



## Aus der Gesetzgebung

### Das Familienleistungsgesetz

Gesetz zur Förderung von Familien und haushaltsnahen Dienstleistungen vom 22.12.2008, in Kraft Treten im Wesentlichen am 01.09.2009 (BGBl. I S. 2955)

#### I. Die Erhöhung des Kindergeldes

Ab dem 01.0.2009 wird das Kindergeld für das **erste und zweite Kind** um monatlich 10 € angehoben und beträgt sodann **164 €** für das **dritte Kind** erhöht sich das Kindergeld um 16 € von 154 € auf **170 €** sowie für das **vierte und weitere Kinder** um je 16 € von 179 € auf **195 €**

Familien mit drei Kindern verfügen damit über 432 Euro mehr im Jahr; für Familien mit vier Kindern sind es 624 Euro.

#### II. Die Erhöhung des Kinderfreibetrages

Des Weiteren erhöht sich der **Kinderfreibetrag für jedes Kind** von 3.648 € um 192 € auf **3.840 €** Damit werden die Freibeträge pro Kind von 5.808 € auf 6.000 € angehoben. Die Erhöhung des Kinderfreibetrags soll vorsorglich bereits für das Jahr 2009 erfolgen, auch ohne genaue Kenntnis der Mindesthöhe für das steuerfrei zu stellende Existenzminimum von Kindern ab dem Jahr 2010.

Von dieser Regelung profitieren Eltern, die zusammen ein Bruttoeinkommen von mehr als rund 67.000 € haben, beziehungsweise Alleinerziehende, die mehr als rund 35.000 € brutto verdienen.

#### III. Die Neuregelung der steuerlichen Berücksichtigung von Kinderbetreuungskosten

Die Regelungen zur steuerlichen Berücksichtigung von Kinderbetreuungskosten werden künftig in einer Vorschrift zusammengefasst. Der **neue § 9c EStG** fasst die bisherige Förderung zusammen, in bekannter Höhe mit zwei Dritteln der Aufwendungen und **höchstens 4.000 € pro Kind**. Dies erfolgt wie Betriebsausgaben, Werbungskosten oder als Sonderausgaben.

#### IV. Die Förderung familienunterstützender Dienstleistungen

Die Förderung von familienunterstützenden Dienstleistungen wird deutlich vereinfacht und es werden die Möglichkeiten erweitert, diese Leistungen steuerlich geltend zu machen.

1. Der **neue § 35a EStG** sieht vor, dass die Kosten für haushaltsnahe Beschäftigungsverhältnisse, Pflege- und sonstige Dienstleistungen oder Handwerkerleistungen künftig stärker gefördert werden. Diese **Leistungen werden einheitlich zusammengefasst**. Der bis dato geltende Pflegepauschbetrag nach § 33a III EStG entfällt und die Förderung wird in dem neuen § 35a EStG als Steuerabzug berücksichtigt. Die Förderung wird auf **einheitlich 20 % der Aufwendungen von bis zu 20.000 € (höchstens 4.000 €) jährlich** ausgeweitet, die von der Steuerschuld abgezogen werden können. Mit der Neuregelung werden Aufwendungen in Höhe von bis zu 1.665 € monatlich gefördert.
2. Auch wer eine **Dienstleistungsagentur** beauftragt, kann Geld sparen: Durch das neue Gesetz werden die **steuerlich berücksichtigungsfähigen Aufwendungen** von derzeit 3.000 € auf **bis zu 20.000 €** erweitert.
3. Für **haushaltsnahe Beschäftigungsverhältnisse bei geringfügigen Beschäftigungen** gilt unverändert ein **Steuerabzug von bis zu 510 €** im Jahr und bei Handwerkerleistungen ohne Materialkosten (Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen) ebenfalls unverändert ein Steuerabzug von jähr-

lich bis zu 600 €. Gleichzeitig entfällt die Regelung, dass Aufwendungen für jeden Kalendermonat, in dem die Voraussetzungen für den Abzug dem Grunde nach nicht vorgelegen haben, um ein Zwölftel zu vermindern sind. Der Vorteil im Vergleich zu dem bisherigen Abzug als außergewöhnliche Belastung liegt darin, dass der Abzug von der Steuerschuld unabhängig vom individuellen Steuersatz ist und sich daher für Steuerpflichtige mit geringer Progression günstiger auswirkt.

#### **V. Das Schulbedarfspaket**

Kinder und Jugendliche aus Familien, die von Hartz IV (SGB II) oder Sozialhilfe (SGB XII) leben, erhalten bis zum Abschluss der Jahrgangsstufe 10 bzw. bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres jeweils zum Beginn des Schuljahres einen zusätzlichen Betrag von **100 €**. Damit soll die notwendige persönliche Schulausstattung mit Schulranzen sowie Schreib- und Rechenmaterialien etc. sichergestellt werden.

Der Anspruch besteht, wenn mindestens ein im Haushalt lebender Elternteil am 1. August des jeweiligen Jahres Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach SGB II besitzt. Schüler, die nicht im Haushalt ihrer Eltern leben, erhalten die Leistung, wenn ihnen der Anspruch auf Leistungen für Unterkunft und Heizung zusteht. Dem Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende obliegt im begründeten Einzelfall die Möglichkeit zur Überprüfung, ob die Leistung auch zweckentsprechend bei den Schülern ankommt.

## Brandaktuell

BWahIG  
§ 35

Verwendung von Wahlgeräten  
maßgeblich ist Überprüfbarkeit

VerfR

(BVerfG in BeckRS 2009 31806, Urteil vom 03.03.2009 – 2 BvC 3/07 und 2 BvC 4/07)

Das Bundesverfassungsgericht hat in der vorliegenden Entscheidung über zwei Wahlprüfungsbeschwerden geurteilt, die sich gegen den Einsatz von rechnergesteuerten Wahlgeräten (sog. Wahlcomputer) bei der Bundestagswahl 2005 zum 16. Deutschen Bundestag richteten (vgl. Pressemitteilung Nr. 85/2008 vom 25. September 2008).

### I. Zulässigkeit von Wahlcomputern

Der Einsatz von Wahlcomputern ist grundsätzlich zulässig, wenn die wesentlichen Schritte der Wahlhandlung und der Ergebnisermittlung vom Bürger **zuverlässig** und **ohne besondere Sachkenntnis** überprüft werden können.

*„Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl, der sich aus den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für Demokratie, Republik und Rechtsstaat ergibt, gebietet, dass **alle wesentlichen Schritte** der Wahl **öffentlich überprüfbar** sind, soweit nicht andere verfassungsrechtliche Belange eine Ausnahme rechtfertigen. Dabei kommt der **Kontrolle der Wahlhandlung und der Ermittlung des Wahlergebnisses** eine besondere Bedeutung zu. Der Einsatz von **Wahlgeräten**, die die **Stimmen** der Wähler **elektronisch erfassen** und das **Wahlergebnis elektronisch ermitteln**, genügt nur dann den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn die wesentlichen Schritte von Wahlhandlung und Ergebnisermittlung **zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft** werden können.“*

Während bei der herkömmlichen Wahl mit Stimmzetteln Manipulationen oder Wahlfälschungen unter den Rahmenbedingungen der geltenden Vorschriften jedenfalls nur mit erheblichem Einsatz und einem präventiv wirkenden sehr hohen Entdeckungsrisiko möglich sind, sind **Programmierfehler in der Software** oder zielgerichtete Wahlfälschungen durch **Manipulation der Software** bei elektronischen Wahlgeräten nur **schwer erkennbar**. Die große Breitenwirkung möglicher Fehler an den Wahlgeräten oder gezielter Wahlfälschungen gebietet besondere Vorkehrungen zur Wahrung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wahl.

**Einschränkungen der bürgerschaftlichen Kontrollierbarkeit** des Wahlvorgangs können nicht dadurch ausgeglichen werden, dass **Mustergehäte** im Rahmen des Verfahrens der Bauartzulassung oder die bei der Wahl konkret eingesetzten Wahlgeräte vor ihrem Einsatz von einer amtlichen Institution auf ihre Übereinstimmung mit bestimmten Sicherheitsanforderungen und auf ihre technische Unversehrtheit hin überprüft werden. Auch eine umfangreiche Gesamtheit sonstiger technischer und organisatorischer Sicherungsmaßnahmen ist allein **nicht geeignet, fehlende Kontrollierbarkeit der wesentlichen Schritte** des Wahlverfahrens durch die Bürger **zu kompensieren**. Denn die Kontrollierbarkeit der wesentlichen Schritte der Wahl fördert begründetes Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Wahl erst dadurch, dass die Bürger selbst den Wahlvorgang zuverlässig nachvollziehen können.“ (BVerfG, aaO)

### II. Unzulässigkeit der eingesetzten Wahlcomputer

*„Die Wahlgeräte ermöglichten keine wirksame Kontrolle der Wahlhandlung, da wegen der **ausschließlich elektronischen Erfassung** der Stimmen auf einem Stimmmodul weder Wähler noch Wahlvorstände oder im Wahllokal anwesende Bürger die unverfälschte Erfassung der abgegebenen Stimmen überprüfen konnten. Auch die wesentlichen Schritte bei der Ergebnisermittlung konnten von der Öffentlichkeit nicht nachvollzogen werden. Es **reichte nicht aus**, dass anhand eines **zusammenfassenden Papierausdrucks** oder einer elektronischen Anzeige das Ergebnis des im Wahlgerät durchgeführten Rechenprozesses zur Kenntnis genommen werden konnte.“ (BVerfG aaO)*

### III. Verfassungswidrigkeit der Bundeswahlgeräteverordnung

*„Die Bundeswahlgeräteverordnung enthält keine Regelungen, die sicherstellen, dass nur solche Wahlgeräte zugelassen und verwendet werden, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine wirksame Kontrolle der Wahlhandlung und eine zuverlässige Nachprüfbarkeit des Wahlergebnisses genügen. Die Bundeswahlgeräteverordnung stellt **nicht sicher**, dass nur solche **Wahlgeräte eingesetzt** werden, die bei Abgabe der Stimme eine **verlässliche Kontrolle ermöglichen**, ob die Stimme unverfälscht erfasst wird. Die Verordnung stellt auch keine konkreten inhaltlichen und verfahrensmäßigen Anforderungen hinsichtlich einer verlässlichen nachträglichen Kontrolle der Ergebnisermittlung. Dieses Defizit kann nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung behoben werden.“ (BVerfG aaO)*

## Entscheidungen materielles Recht

BGB

§§ 138 I, 199 I, 409

### schuldbefreiende Leistung an Zedenten

#### auch bei Unwirksamkeit der Abtretung

SR AT

(OLG Saarbrücken in NRW-RR 2009, 128, Urteil vom 10.04.2008 – 8 U 613/06)

1. Der **Schuldnerschutz** des § 409 BGB greift **auch bei sittenwidriger Abtretung**.
2. Für die **Überzeugungsbildung des Gerichts** ist eine sachverständigerseits angenommene **Wahrscheinlichkeit von 90 – 95 % eine hinreichende Grundlage**.
3. Bei regelmäßiger Verjährung gem. § 195 BGB ist der Fristbeginn **in Überleitungsfällen unter Einbeziehung der subjektiven Voraussetzungen** des § 199 I BGB zu berechnen.
4. Bei einem **Zeitraum von einem Monat** zwischen gerichtlicher Zahlungsaufforderung und Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses liegt keine - unschädliche - geringfügige Verzögerung der Zustellung mehr vor, so dass diese **nicht demnächst im Sinne des § 167 ZPO** erfolgt.

**Fall:** K unterhält bei der Bank B ein Wertpapierdepot und ein zugehöriges Abwicklungskonto. Am 16.08.1999 veräußerte K die Wertpapiere und der Verkaufserlös wurde seinem Abwicklungskonto gutgeschrieben. Mit Schreiben vom 12.10.1999 forderte D die B dann zur Auszahlung des auf dem Abwicklungskonto befindlichen Betrages auf. Zur Begründung legte sie einen Abtretungsvertrag vom 01.07.1999 vor, nachdem K der D im Hinblick auf eine Darlehensgewährung vom 01.06.1998 über 200.000,00 DM das Wertpapierdepot nebst zugehörigem Geldkonto sowie das jetzige und sich zukünftig ansammelnde Guthaben zur Sicherheit abgetreten hat. Darüber hinaus legt D eine von K unterzeichnete, undatierte Erklärung vor, in der dieser der D die Rechte an dem Wertpapierdepot nebst zugehörigem Geldkonto bestätigt. Daraufhin zahlt B dem D 39.729,56 € aus.

Erstmals mit Schreiben vom 05.10.2004 hat K von B - erfolglos - Auszahlung des Betrags von 39.729,56 € an sich verlangt und dann unter dem 29.12.2004 vorliegende Klage eingereicht, die B am 18.02.2005 zugestellt wurde, nachdem auf die gerichtliche Vorschussanforderung vom 05.01.2005, zugegangen am 07.01.2005, der Gerichtskostenvorschuss am 07.2.2005 seitens K eingezahlt worden war. K stellt die Echtheit seiner Unterschrift auf den von D vorlegten Urkunden in Abrede. Ein Sachverständiger kommt zu dem Ergebnis, dass die Unterschriften mit einer Wahrscheinlichkeit von 90 – 95 % echt sind.

Ist die Klage begründet?

**I. K könnte gegen B einen Anspruch auf Auszahlung von 39.729,56 € gem. §§ 675, 667 BGB haben.**

1. Ein solcher **Anspruch** ist hinsichtlich des ursprünglich auf dem Abwicklungskonto vorhandenen Guthabensbetrages ohne weiteres **entstanden**.
2. Der Auszahlungsanspruch könnte jedoch durch Abtretung an D auf diesen übergegangen und dann durch Auszahlung nach § 362 BGB **untergegangen** sein.

Es ist jedoch sehr fraglich, ob die Abtretung wirksam erfolgt ist oder nicht der Abtretungsvertrag vom 01.07.1999 wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig ist. Dies kann jedoch dahinstehen, wenn B unabhängig von der Wirksamkeit der Abtretung wegen des Vorlegens einer Abtretungsurkunde **nach § 409 I 2 BGB mit schuldbefreiender Wirkung** an diesen leisten konnte.

*„Soweit der Schuldner nach § 409 I 2 BGB bei Vorlage der Abtretungsurkunde durch den Zessionar mit schuldbefreiender Wirkung an diesen leisten kann und darf, steht dem eine mögliche Sittenwidrigkeit der Abtretung vom 01.07.1999 ... schon deshalb nicht entgegen, weil anerkannt ist, dass dem Schuldner der Schutz des § 409 BGB auch bei sittenwidriger und damit gem. § 138 BGB nichtiger Abtretung zugute kommt (vgl. BAG, NJW 1991, 2038 [2039]; Palandt/Grüneberg, BGB, 67. Aufl., § 409 Rn. 5). Ob eine Abtretung möglicherweise wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist, kann erst nach Feststellung der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden, wozu der Schuldner überhaupt nicht in der Lage ist.“ (OLG Saarbrücken aaO)*

Dies setzt jedoch voraus, dass dem Schuldner eine vom Zedenten ausgestellte Abtretungsurkunde vorgelegt wird.

#### a) **Echtheit der Urkunde**

Das Gericht geht hier nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme von der Echtheit der Schriftstücke aus.

*„Der Senat hat darüber hinaus - mit dem Erstrichter - auch keine Bedenken hinsichtlich der Echtheit der Abtretungsurkunde. Insbesondere hält er es für nachgewiesen, dass die linksseitige Unterschrift von K stammt, wie sich aus der nachvollziehbar und überzeugend begründete **hohen Wahrscheinlichkeitsaussage (90 bis 95%)** des Schriftgutachtens vom 7. 4. 2006 ergibt, aber auch auf Grund des Prozessverhaltens des Kl. im Vorprozess 15 O 342/99 des LG Saarbrücken - wo hinsichtlich der dort vorgelegten Urkunden zwar die Echtheit der klägerischen Unterschrift unter dem Abtretungsvertrag vom 1. 6. 1998 bestritten wurde, die Unterschrift unter der - vorliegend in Rede stehenden - Abtretung vom 1. 7. 1999 hingegen nicht bemängelt wurde, was aus Gründen anwaltlicher Sorgfalt und Vorsicht indessen zumindest vorsorglich hätte erfolgen müssen und deshalb nahe gelegen hätte - geschlussfolgert werden kann.*

*Entgegen der Ansicht des Kl. ist es unschädlich, dass sich der Sachverständige L nicht auf eine noch höhere Wahrscheinlichkeitsaussage hat festlegen können. Denn dies beruht nach seinen Ausführungen vor allem darauf, dass im Hinblick auf die von ihm festgestellte Schwankungsbreite bei der klägerischen Unterschrift die Fälschungsresistenz diesbezüglich reduziert ist. Abgesehen davon **genügt für die Überzeugungsbildung des Gerichts im Ergebnis ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit** (vgl. BGH, NJW 1993, 935), was nach Ansicht des Senats vorliegend der Fall ist. Steht hiernach die Echtheit der klägerischen Unterschrift fest, so hat nach § 440 II ZPO die über der Unterschrift stehende Schrift (Text) die Vermutung der Echtheit für sich. Hinsichtlich seines - unsubstantiierten - Einwandes einer (Blankett-) Fälschung ist der insoweit beweispflichtige (vgl. BGH, NJW 1986, 3086; NJW 2000, 1179) Kl. ebenso wie für den Zeitpunkt der angeblichen Fälschung beweisfällig geblieben.“ (OLG Saarbrücken, aaO)*

#### b) **Bewertung der Schriftstücke als Abtretungsurkunde**

Der vorgelegte Abtretungsvertrag und die weitere Bestätigung müssten auch im Sinne des § 409 I 2 BGB als Abtretungsurkunden angesehen werden können.

##### aa) **Abtretung auch des Abwicklungskontos**

Zunächst ist fraglich, ob von den vorgelegten Abtretungsverträgen auch das Abwicklungskonto, von dem letztlich die Auszahlung erfolgt ist, umfasst war. Das Abwicklungskonto wird in dem Abtretungsvertrag und auch in der weiteren Bestätigung nicht ausdrücklich genannt.

*„Nach Auffassung des Senats führt hier die gebotene **interessengerechte Auslegung** (vgl. hierzu BGH, NJW 1999, 3776 [3777]) der Abtretung nämlich entgegen der Ansicht des Erstrichters dazu, dass dieser Abtretungsvertrag das betreffende Abwicklungskonto (= Geldkonto) mit der Kontonummer ..., das heißt das dortige Guthaben umfasst. Das erhellt schon daraus, dass es K als Zedent ansonsten in der Hand gehabt hätte, durch Kündigung des Depotvertrags - wie auch tatsächlich geschehen - eine Vermögensverschiebung auf das Abwicklungskonto zu bewirken (vgl. Nr. 2 des Rahmenvertrags zur Fonds-Vermögensverwaltung) und so die Abtretung an D leer laufen zu lassen. Das **widersprüche eindeutig Sinn und Zweck der getroffenen Vereinbarung**, dem Zessionar den (Sicherungs-) Wert des Wertpapierdepots uneingeschränkt zukommen zu lassen, sowie der Interessenlage der Beteiligten. Es spricht schon nichts dafür, dass der Abtretungsgegenstand ‚Wertpapierdepot‘ **durch die Kapitalisierung seine Identität verloren** hätte und dem Streithelfer als Zessionar deshalb nicht mehr zugeordnet werden könnte (vgl. BGH, NJW 1999, 3776 [3777]). ... Dass schon die Kennzeichnung als ‚**dazugehörend**‘ zur Identifizierung des entsprechenden Abwicklungskontos **hinreichend geeignet** ist, ist nämlich ohne Weiteres daraus zu ersehen, dass die ‚undatierte Erklärung‘ nur die Bezeichnung ‚dazugehörendes Geldkonto‘ enthält, ohne dass bei vernünftigem Verständnis der Abtretungsgegenstand zweifelhaft wäre.“ (OLG Saarbrücken aaO)*

##### bb) **Sicherungsabtretung**

*„Dem Abtretungsvertrag vom 01.07.1999 kann schließlich auch nicht etwa deshalb die Eigenschaft als Abtretungsurkunde i.S. des § 409 I 2 BGB abgesprochen werden, weil es sich hierbei **lediglich um eine Sicherungsabtretung** handelt. Denn im Außenverhältnis zum Schuldner hat der Sicherungsnehmer (Zessionar) alle Gläubigerrechte, da*

das Recht mit der Sicherungsabtretung **vollständig in die Rechtszuständigkeit des Sicherungsnehmers** übergeht. Dieser kann die Forderung gerichtlich und außergerichtlich geltend machen und ist auch ansonsten zu jeder Verfügung legitimiert (vgl. Schimansky/Bunte/Lyowski, BankR-Hdb., 3. Aufl., Bd. II, § 96 Rn. 57; Palandt/Grüneberg, § 398 Rn. 20 m.w.N.). Dass vorliegend gemäß den Absprachen der Beteiligten etwas anderes hätte gelten sollen, ist nicht ersichtlich. ...Der Ansicht des K, die fragliche Sicherungsabtretung habe nicht - berechnete - Grundlage der Auszahlung an D sein können, ist mithin ebenfalls nicht zu folgen.“ (OLG Saarbrücken aaO)

Es wurde B daher eine Abtretungsurkunde im Sinne des § 409 I 2 BGB vorgelegt, so dass eine **Leistung an D schuldbefreiende Wirkung** hatte und der Anspruch des K aus §§ 675, 667 BGB nach §§ 409 I 2, 362 BGB untergegangen ist.

## II. Anspruch des K gegen B auf Schadensersatz nach §§ 280 I, 241 II BGB

Allerdings könnte B mit der Auszahlung des Guthabensbetrages an D ohne Rückfrage bei K die ihr aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag obliegenden **Fürsorgepflichten verletzt** haben. Ob die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen kann jedoch dahinstehen, wenn ein solcher Anspruch ohnehin verjährt wäre.

### 1. Berechnung der Verjährungsfrist

„Wie der Senat bereits in dem Hinweis vom 26.02.2008 im Einzelnen dargelegt hat, endete vorliegend die gem. § 199 I BGB zum 01.01.2002 in Lauf gesetzte, einschlägige regelmäßige - dreijährige - Verjährungsfrist nach § 195 BGB nämlich zum 31.12.2004.

Was den Beginn der Verjährungsfrist anbelangt, so trifft es zwar zu, dass der **Fristbeginn** bei regelmäßiger Verjährung gem. § 195 BGB in **Überleitungsfällen**, wie hier, nach Art. 229 § 6 IV 1 EGBGB unter **Einbeziehung der subjektiven Voraussetzungen des § 199 I BGB** zu berechnen ist (vgl. BGH, NJW 2007, 1584). Soweit dies hier zur Folge hat, dass bereits vor dem 01.01.2002 der betreffende **Anspruch entstanden** sein musste und der **Gläubiger** von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schädigers bzw. des Schuldners **Kenntnis** erlangt haben musste **oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangt haben müssen**, liegen diese Voraussetzungen aber vor: Denn ein etwaiger Schadensersatzanspruch des K wäre in jedem Fall bereits mit der - mit schuldbefreiender Wirkung erfolgten - Auszahlung des Guthabens an den Streithelfer W entstanden (vgl. OLG München, VersR 1998, 1519 [1521], m.w.N.), zumal der Schadenseintritt nicht davon abhängt, ob der Auszahlungsbetrag von dem - als Gesamtschuldner haftenden - Empfänger zurückzuerhalten ist.“ (OLG Saarbrücken aaO)

### 2. Hemmung der Verjährungsfrist

Die Verjährungsfrist könnte jedoch **durch Klageerhebung nach § 204 I Nr. 1 BGB** gehemmt worden sein. Die Klage ist jedoch erst erhoben, wenn sie rechtshängig wird. **Rechtshängigkeit** nach § 261 I ZPO tritt jedoch nach § 253 I ZPO mit der **Zustellung der Klageschrift an den Beklagten** an. Die Zustellung an B ist jedoch erst am 18.02.2005 und somit nach Ablauf der Verjährungsfrist erfolgt. Allerdings war die Klage noch vor Ablauf der Verjährungsfrist am 29.12.2004 bei Gericht eingereicht worden. Nach **§ 167 ZPO** ist dieser Zeitpunkt der Anhängigkeit dann maßgeblich, wenn die **Zustellung demnächst** erfolgt.

„Die am 18.02.2005 erfolgte Zustellung der Klage nicht mehr ‚demnächst‘ i.S. des § 167 ZPO, da K den Gerichtskostenvorschuss erst **einen Monat** nach Erhalt der Zahlungsaufforderung vom 07.01.2005, nämlich am 07.02.2005 eingezahlt und deshalb nicht alles ihm Zumutbare für die alsbaldige Zustellung der Klage getan hat, zumal er sich hierbei **nachlässiges Verhalten** seines Prozessbevollmächtigten bzw. seiner Rechtsschutzversicherung **zurechnen lassen** muss (vgl. OLG Brandenburg, OLG-Report 2004, 40 [41]; KG, KG-Report 2000, 233; vgl. auch BGH, VersR 1968, 1062 [1063]; NJW 1986, 1347 [1348]).

Was die Frage der - vom Senat verneinten - alsbaldigen Zustellung der Klage betrifft, so entspricht es allgemeiner Ansicht, dass von einer - unschädlichen - **geringfügigen Verzögerung** der Zustellung bei einem **Zeitraum von einem Monat** zwischen gerichtlicher Zahlungsaufforderung und Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses, wie hier, **keine Rede mehr sein** kann (vgl. BGH, NJW-RR 1992, 470 [471]; NJW 1986, 1347 [1348]; VersR 1968, 1062 [1063]; OLG Brandenburg, OLG-Report 2004, 40; KG, KG-Report 2000, 233; Palandt/Heinrichs, § 204 Rn. 7a.E.).“ (OLG Saarbrücken aaO)

Ein möglicher Anspruch nach §§ 280 I, 241 II BGB ist daher jedenfalls verjährt.

BGB  
§§ 346 I, II I Nr. 2

**Anspruch auf Wertersatz bei Rücktritt**  
**Voraussetzungen bei Belastung der Sache**  
(BGH in NJ 2009, 67; Urteil vom 10.10.2008 – VZR 131/07)

GewährIR

1. Im Falle des Rücktritts ist der **Rückgewährschuldner verpflichtet**, eine von ihm begründete **Belastung des empfangenen Gegenstandes zu beseitigen**.
2. **Wertersatz** wegen der Belastung kann der Rückgewährgläubiger **nur verlangen, wenn feststeht, dass dem Rückgewährschuldner deren Beseitigung unmöglich ist**.

**Fall:** K kauft von V mit notariellem Kaufvertrag ein Grundstück. Der Kaufpreis wird in zwei Teilbeträgen geschuldet. Zur Finanzierung des Kaufpreises nimmt K ein Darlehen bei der S auf, zu deren Sicherung eine Grundschuld im Grundbuch eingetragen wird. Die erste Kaufpreisrate wird vereinbarungsgemäß entrichtet. Eine Übereignung sollte erst nach Zahlung der zweiten Raten stattfinden. Nachdem die Zahlung der zweiten Rate trotz Fälligkeit ausblieb, forderte V den B mehrfach vergeblich unter Fristsetzung zur Zahlung des Kaufpreises auf. Schließlich erklärt V den Rücktritt vom Vertrag und verlangt unbedingt die Herausgabe des Grundstücks. K ist der Auffassung, zur Herausgabe nur Zug-um-Zug gegen Rückzahlung der ersten Kaufpreisrate verpflichtet zu sein. V hingegen macht geltend, wegen der Belastung des Grundstücks mit der Grundschuld einen Wertersatzanspruch zu haben und verrechnet den Rückzahlungsanspruch hiermit. Wie ist die Rechtslage?

V könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks nach §§ 346 I, 323 I BGB haben.

**I. Anspruch entstanden**

Die Voraussetzungen für einen wirksamen Rücktritt nach § 323 I BGB liegen vor, so dass ein Rückgewährschuldverhältnis nach § 346 I BGB und damit ein Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks entstanden ist.

**II. Anspruch nicht untergegangen**

Dieser Anspruch dürfte auch nicht untergegangen sein. Rechtsvernichtende Einwendungen werden von K nicht erhoben, so dass der Anspruch auch fortbesteht.

**III. Anspruch durchsetzbar**

Fraglich ist jedoch, ob der Anspruch des V gegen K auf **unbedingte Herausgabe** des Grundstücks auch durchsetzbar ist. K hat sich darauf berufen, dass er aus dem Schuldverhältnis seinerseits nach § 346 I BGB gegen V einen Anspruch auf Rückgewähr des Erlangten, also auf Rückzahlung der ersten Kaufpreisrate hat. Diesen Anspruch hat er nach **§§ 348, 320 BGB** dem Anspruch des V auf Herausgabe des Grundstücks einredeweise entgegen gehalten. Steht dem K diese Einrede zu, so besteht der Anspruch des V auf Herausgabe des Grundstücks nur Zug-um-Zug gegen Rückgewähr des gezahlten Kaufpreises.

**1. Entstehung des Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung der ersten Rate**

Der Anspruch des K auf Rückgewähr der ersten Kaufpreisrate ist nach § 346 I BGB wegen Vorliegens der schon geprüften Voraussetzungen entstanden.

**2. Untergang des Rückzahlungsanspruch durch Aufrechnung des V mit einem Wertersatzanspruch nach § 346 II Nr. 2 BGB**

Er könnte jedoch durch Aufrechnung des V mit einem ihm ebenfalls aus dem Rückgewährschuldverhältnis zustehenden Wertersatzanspruch nach § 346 II Nr. 2 BGB nach § 389 BGB untergegangen sein. Dies setzt jedoch voraus, dass dem V ein solcher **Wertersatzanspruch** auch zusteht. Grundsätzlich kann er nach § 346 II Nr. 2 BGB Wertersatz wegen der Belastung des empfangenen Gegenstandes verlangen. Der empfangene Gegenstand ist hier das Grundstück. Die auf dem Grundstück zugunsten der S eingetragene Grundschuld stellt auch eine Belastung dar.

- a) Die **Voraussetzungen**, unter denen ein Rückgewährgläubiger Wertersatz beanspruchen kann, sind allerdings **umstritten**.

**aa) Maßgebend ist Bestehen der Belastung, nicht Beseitigungsmöglichkeit**

„Nach einer Auffassung besteht der Wertersatzanspruch des § 346 II 1 Nr. 2 BGB immer dann, wenn einer der dort genannten Tatbestände vorliegt, der empfangene Gegenstand also veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet wurde. **Der Anspruch hänge nicht davon ab, dass es dem Rückgewährschuldner unmöglich sei, den Gegenstand in dem Zustand herauszugeben, in dem er ihn empfangen habe. Eine Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustands sei dem Gesetz nicht zu entnehmen.** Allerdings sei der Rückgewährschuldner hierzu berechtigt; er könne also beispielsweise eine Belastung beseitigen und den Gegenstand dann lastenfrei zurückgewähren (so Staudinger/Kaiser, BGB, 2004, § 346 Rn. 153f.; Gaier, in: MüKo 5. Aufl., § 346 Rn. 39; Erman/Röthel, BGB, 12. Aufl., § 346 Rn. 10; Faust, in: jurisPK-BGB, 2. Aufl., § 346 Rn. 34; Benicke, ZGS 2002, 369 [371]; Annuß, JA 2006, 184 [186]; Lorenz, Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung, S. 91f.; ders., NJW 2005, 1889 [1892f.]; vgl. auch Börner/Steimle, in: Frankfurter Hdb. z. neuen SchuldR, D.VIII., Rd. 18f.; Arnold, Jura 2002, 154 [157]).“ (BGH aaO)

**bb) Wertersatzanspruch nur bei Unmöglichkeit der Beseitigung**

„Nach der wohl überwiegenden Auffassung kommt ein Wertersatzanspruch nur in Betracht, wenn es dem Rückgewährschuldner unmöglich ist, den empfangenen Gegenstand in seiner ursprünglichen Form zurückzugeben. Die Rückgewähr in Natur sei gegenüber der Verpflichtung, Wertersatz zu leisten, vorrangig. **§ 346 II 1 Nr. 2 BGB sei daher um das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unmöglichkeit zu ergänzen** (so Palandt/Grüneberg, BGB, 67. Aufl., § 346 Rn. 8a; Grothe, in: Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, 2. Aufl., § 346 Rn. 41; Hager, in: AnwK-BGB, § 346 Rn. 37; Kohle/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, Das neue SchuldR, § 346 Rn. 16; Jauernig/Stadler, BGB, 12. Aufl., § 346 Rn. 5; Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, XXXVII; Schwab, JuS 2002, 630 [632]; Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rn 558; Looschelder, SchuldR Allgm. Teil, 5. Aufl., Rn. 840; Armbrüster EWiR 2002, 869 [870]; Schulze/Ebers, JuS 2004, 366; früher auch: Gaier WM 2002, 1 [9]; ders. ZfIR 2002, 608 [610]).“ (BGH aaO)

**cc) Stellungnahme des BGH**

Der BGH hat sich nunmehr der zuletzt genannten Auffassung angeschlossen und dies im Wesentlichen wie folgt begründet:

„Das Gesetz knüpft die Verpflichtung zum Wertersatz in § 346 II BGB an **Fälle** an, in denen die **empfangene Leistung** typischerweise **überhaupt nicht oder nur in veränderter Form zurückgewährt werden** kann. Ihre Aufzählung ist nicht abschließend zu verstehen, vielmehr kommt in Satz 1 Nr. 1 bis 3 der Norm ein allgemeiner Rechtsgedanke des Inhalts zum Ausdruck, dass der Rückgewährschuldner in allen Fällen, in denen ihm die Rückgewähr der empfangenen Leistung unmöglich ist, zum Wertersatz verpflichtet ist (BGHZ 175, 286 = NJW 2008, 2028 [2030]). Dieses Verständnis rechtfertigt umgekehrt den Schluss, dass auch in Bezug auf die in § 346 II 1 BGB genannten Fälle ebenfalls allein die Folgen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit geregelt werden sollten. Auch wenn die Vorschrift den Begriff der Unmöglichkeit nicht ausdrücklich verwendet, kann auf Grund des **systematischen Zusammenhangs** mit Abs. 1 und im Hinblick auf die **Funktion des Wertersatzanspruchs**, einen Rücktritt auch dann zu ermöglichen, wenn der Rücktrittsberechtigte zur Rückgewähr der empfangenen Leistung außerstande ist (vgl. die Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz BT-Dr 14/6040, S. 194; Schmidt-Räntsch, Das neue SchuldR, Rn. 579f.), nicht zweifelhaft sein, dass es der Sache nach um die Unmöglichkeit geht, den empfangenen Gegenstand überhaupt oder in der ursprünglichen Form zurückzugeben (vgl. Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, XXXVII).“ (BGH aaO)

Allerdings ist bei der Bestimmung des Umfangs der primären Rückgewährpflichten ist zu berücksichtigen, dass dem Schuldner keine Beschaffungspflichten auferlegt werden dürfen, die einer Schadensersatzverpflichtung gleichkommen, da §§ 346 ff BGB eben keinen Schadensersatzanspruch vorsehen, sondern nur einen Ausgleich für den geminderten oder verloren gegangenen Substanzwert geben wollen.

„Aus diesem Grund kann aus § 346 I BGB keine Verpflichtung des Rückgewährschuldners abgeleitet werden, einen nach Empfang beschädigten Gegenstand vor seiner Herausgabe an den Rückgewährgläubiger zu reparieren (vgl. Schwab, S. 633; a.A. Canaris,

Schuldrechtsmodernisierung 2002, XXXVII). Die Reparatur käme nämlich einer **Schadensersatzleistung** in Form der Naturalrestitution (§ 249 I BGB) gleich. Im Fall der **Verschlechterung** des empfangenen Gegenstands beschränkt sich der Anspruch des Rückgewährgläubigers aus § 346 I BGB daher auf dessen **Herausgabe im gegenwärtigen Zustand**; wegen der Verschlechterung steht ihm ein Anspruch auf - im Vergleich zu den Reparaturkosten nicht selten geringeren - **Wertersatz** gem. § 346 II 1 Nr. 3 i.V.m. S. 2 BGB zu.“

Die Beseitigung einer der Kreditsicherung dienenden dinglichen Belastung stellt dagegen keine einer Naturalrestitution gleichkommende ‚Reparatur‘ des empfangenen Gegenstands dar. Ein belastetes Grundstück ist nicht beschädigt, sondern wird von dem Rückgewährschuldner zum Zwecke der Kreditsicherung genutzt. Die Beseitigung der Belastung stellt sich mithin als Aufgabe einer andauernden Nutzung des herauszugebenden Grundstücks dar. Diese ist nach § 346 I BGB geschuldet. Ist die Beseitigung der Belastung möglich, kommt ein Anspruch des Rückgewährgläubigers auf Wertersatz nicht in Betracht. Denn die primären Rückgewährpflichten nach § 346 I BGB gehen der Verpflichtung zum Wertersatz nach § 346 II BGB vor (so zutr. Grothe, in: BeckOK-BGB, 2. Aufl., § 346 Rn. 41; Hager, in: AnwKomm, § 346 Rn. 33; Schwab, JuS 2002, 630 [632]; zum alten Recht: BGH, NJW 1998, 3355 [3357]).

Der Vorrang der primären Rückgewährpflichten gilt auch dann, wenn dem Schuldner die finanziellen Mittel fehlen, um das Grundpfandrecht zu beseitigen. Denn die Regelung des § 346 II 1 BGB soll - ebenso wie § 818 II BGB - die Unmöglichkeit der Herausgabe durch einen Wertersatzanspruch ausgleichen. Stehen aber der Rückgewähr des unbelasteten Leistungsgegenstands nur finanzielle Gründe entgegen, dann kann diese Illiquidität nicht durch einen Wertersatzanspruch kompensiert werden, dessen Erfüllung wiederum entsprechende Geldmittel voraussetzt. Es bleibt dann bei dem allgemeinen Grundsatz, dass jeder für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat (vgl. BGHZ 150, 187 [194] = NJW 2002, 1872).“ (BGH aaO)

## b) Anwendung auf den Fall

„Für den hier zu beurteilenden Sachverhalt folgt daraus, dass V **kein Wertersatzanspruch**, sondern ein **Anspruch auf Löschung der Grundschuld** gegen K zustand.

Die Beseitigung der Belastung war schon deshalb möglich, weil das gesicherte Darlehen von der Darlehensgeberin vorzeitig zur Rückzahlung fällig gestellt worden war. Mangels Gleichzeitigkeit der Ansprüche kommt die von dem BerGer. angenommene Aufrechnung der auf Beseitigung der Grundschuld und Rückzahlung des empfangenen Kaufpreisanteils von 307000 Euro gerichteten Forderungen somit nicht in Betracht.“ (BGH aaO)

StGB

**Amtsträgereigenschaft  
förmlicher Bestellsungsakt**

StGB

§ 11 I Nr.2c

(OLG Stuttgart in StV 2009, 77; Urteil vom 15.10.2008 – 2 Ss 371/08)

Die **Amtsträgereigenschaft** i.S.d. § 11 I Nr. 2 c StGB **setzt** einen **förmlichen Bestellsungsakt voraus, wenn** einer behördenexternen Person Aufgaben der öffentlichen Verwaltung nicht unmittelbar durch die beauftragende Behörde, sondern in einer **Kette von Unterbeauftragungen** übertragen werden.

**Fall:** Die Verwaltungsabteilung des OLG hatte 2004 die Vergabe der Ausführung von förmlichen Zustellungen der Gerichte im Oberlandesgerichtsbezirk gemäß §§ 166,176 ff. ZPO an private Unternehmen beschlossen und ausgeschrieben. Ende 2005 erteilte sie der Firma P.-GmbH, den Zuschlag. Die P.-GmbH war von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post zur gewerbsmäßigen Durchführung von förmlichen Zustellungen lizenziert.

Durch Vertrag vom 09.12.2005 erhielt die P.-GmbH seitens des Landes B.-W. die Zustellungsaufträge für das Landgericht ab dem 02.01.2006. Nach § 6 des Vertrages verpflichtete sich die P.-GmbH, mit den vorzunehmenden Zustellungen nur zuverlässiges Personal zu beauftragen. Sie hatte überdies zu gewährleisten, dass alle von ihr mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten beauftragten Personen die gesetzlichen Bestimmungen über das Zustellungswesen und über den Datenschutz beachten. Der P.-GmbH war es ferner nicht gestattet, andere Dienstleister als Subunternehmer mit der Durchführung der Zustellung zu beauftragen. Ausgenommen von dieser Regelung war die Unterbeauftragung der bundesweit und flächendeckend tätigen D.-GmbH, soweit und nur wenn der Auftraggeber die flächendeckende Durchführung der Zustellaufträge aufgrund des jeweiligen Aufkommens nicht gewährleisten kann.

Zustellaufträge des Landratsamtes wurden auf der Grundlage eines Vertrags vom 26.07./01.08.2004 ab dem 01.08.2004 von einer Firma P.-T.-GmbH, erledigt, die angeblich ebenfalls eine entsprechende Lizenz besaß. Die P.-T.-GmbH übernahm die Durchführung der ihr vom Landratsamt übergebenen förmlichen Zustellungen im Gebiet der BRD nach den einschlägigen Bestimmungen des § 3 LVwZG in Verbindung mit der ZPO. Nach § 2 des Vertrages hatte die P.-GmbH das Recht, in dringenden Ausnahmefällen andere lizenzierte Dienstleister mit der Zustellung zu beauftragen, soweit dies durch die Lizenz zugelassen war. Hierüber sollte das Landratsamt umgehend informiert werden.

Die D.-GmbH, die eine Lizenz der Regulierungsbehörde besitzt, übernahm sodann in allen dem Verfahren zugrunde liegenden Fällen nach außen hin die der P.- oder der P.-T.-GmbH seitens des Landgerichts und des Landratsamtes erteilten Postzustellungsaufträge. Kein einziger Postzustellungsauftrag wurde von der P.- oder der P.-T.-GmbH erledigt.

Jedoch führte auch die D.-GmbH die Zustellungen nicht mit eigenem Personal durch, sondern jeweils vertragswidrig durch von ihr ausgewählte und teils auf ihre Initiative hin gegründete selbstständige Servicepartner, die alle keine entsprechenden Lizenzen besaßen. Diese Servicepartner waren zum größten Teil von türkischen Mitbürgern geführte Kleinunternehmen, die zumeist keinerlei Erfahrungen im Postlieferungs- oder Zustellungswesen besaßen. Eine Anzeige des Einsatzes von weiteren Subunternehmern bei den jeweiligen Verwaltungsabteilung ihrer Auftraggeber unternahm weder die P.-GmbH noch die D.-GmbH. Durch die Einbindung der Servicepartner versuchte die D.-GmbH, einen flächendeckenden Zustellungsservice als bundesweite Alternative zur Dt. Post AG zu schaffen.

Damit dies nach außen hin nicht auffiel, autorisierte und verpflichtete die D.-GmbH mit entsprechenden Servicepartnerverträgen ihre Partner, das Corporate Design der D. für die Dauer des Vertragsverhältnisses zu führen. Demgemäß wurde von den „Servicepartnern“ auf den einzelnen Postzustellungsurkunden durchgängig der Stempel der D.-GmbH als vorgeblich zustellendes Unternehmens verwendet. Die Postzustellungsurkunden, die von dem jeweiligen Zusteller unterschrieben wurden, mussten an jedem Abend des Tages eingescannt und an die Firma D.-GmbH mit dem jeweiligen eingescannten Namen des Zustellers übersandt werden.

Einer dieser autorisierten Servicepartner war die Firma Z, die keine Zustellungslizenz der Regulierungsbehörde besaß. Auch mangelte es ihrem Inhaber, dem Zeugen C., an entsprechenden Kenntnissen über förmliche Zustellungen und behördliches Handeln, da Schulungen seitens der D. GmbH entweder unterblieben oder unzureichend waren. Der Zeuge C. hatte vor der Gründung der Z. bei einem anderen Subunternehmen der Firma D.-GmbH als Zusteller gearbeitet. Da dieses Subunternehmen insolvent wurde, empfahl die Firma D. S.-GmbH dem Zeugen C., er möge den Bezirk dieser in Insolvenz gegangenen Subunternehmerfirma übernehmen und sich mit ihrer Hilfe selbstständig machen.

Der Zeuge C. war in keiner Weise unternehmerisch geschult. Er versuchte Personen zu finden, die für ihn als selbstständige Zusteller arbeiteten. So warb er auch den Angekl. an, der froh darüber war, der Arbeitslosigkeit zu entkommen. Der unbedarfte Angekl. wurde in völlig unzureichender Weise in seine Aufgaben eingewiesen. Der Zeuge C. konnte vom Angekl. nicht einmal einen Arbeitsvertrag vorlegen. C. fuhr anfänglich ein oder zwei Tage mit dem Angekl. im Zustellfahrzeug mit. Im weiteren Verlauf überließ er den ungeschulten Angekl. sich selbst. Als der Angekl. teilweise Briefsendungen mit dem Hinweis zurückbrachte, dass das Zustellungsvolumen nicht zu schaffen sei, verwies ihn der Zeuge C. auf die Hilfe von bei ihm nicht angestellten und von ihm nicht bezahlten Familienmitgliedern des Angekl.. Dem An-

gekl. wurde keinerlei Unterstützung zuteil; das von ihm zuzustellende Briefvolumen war viel zu groß, als dass er es hätte erledigen können. Der Angekl., der von dem Zeugen C. einen Vorschuss erhalten hatte, wollte diesem gegenüber im weiteren Verlauf nicht eingestehen, dass er die Zustellaufträge wegen des zu großen Umfangs nicht mehr zuverlässig erledigen konnte. Er wusste zwar, dass es sich bei den zuzustellenden Schriftstücken um amtliche Dokumente handelte, allerdings hatte er überhaupt keine Vorstellungen darüber, welche innerbehördlichen und rechtlichen Konsequenzen eine tatsächlich unterlassene, aber als zugestellt ausgegebene Briefsendung im Einzelnen mit sich brachte. Von Tag zu Tag erhielt er mehr Sendungen, die er zustellen sollte, was ihm aber einerseits aufgrund seines zu großen Zustellgebietes, andererseits aufgrund mangelnder Routine nicht gelang.

Ab dem 29.03.2006 begann er daher, Sendungen, die in der Nähe seiner Route des kommenden Tages lagen, nicht sofort zuzustellen, sondern beiseite zu legen, um sie am darauf folgenden Tag zuzustellen. Die Zustellungsurkunde füllte er aber jeweils mit dem Datum des Tages als Zustellungsdatum aus, an dem er das jeweilige Schriftstück übernommen hatte, um seinem Arbeitgeber die Erfüllung des vorgegebenen Pensums vorzutauschen. Da er aber auch an allen weiteren Tagen mehr Sendungen zur Zustellung ausgehändigt bekam, als er zuzustellen vermochte, konnte er nicht nur die zunächst beiseite gelegten Sendungen, sondern auch jene weiteren Briefe nicht zustellen, so dass die Zahl der nicht zugestellten Sendungen wuchs. Insgesamt beurkundete der Angekl. in der Zeit vom 29.03.2006 bis zum 11.05.2006 an 31 verschiedenen Tagen auf insgesamt 193 Postzustellungsurkunden in Verfahren des Landgerichts U. bzw. des Landratsamtes G. bewusst wahrheitswidrig die tatsächlich nicht erfolgten Zustellungen. Die von ihm falsch ausgefüllten Urkunden gab er zurück in den Postlauf. Die zugehörigen Sendungen bewahrte er in Tüten bei sich zu Hause bzw. im Auto auf.

Der Angekl. war sich bewusst, dass er es voraussichtlich nicht mehr schaffen würde, die bisher nicht zugestellten Sendungen noch zuzustellen. Er wagte es nicht, seinem Vorgesetzten das Ausmaß seiner Überforderung und den Verbleib der Sendungen zu offenbaren, da er diesem dankbar war, dass er ihn aus der Arbeitslosigkeit befreit hatte, und es ihm daher peinlich war, sein Scheitern einzugestehen. Nachdem der Firma D.-GmbH bekannt wurde, dass es bei den Zustellaufträgen der Firma Z. in Bezug auf die Person des Angekl. Schwierigkeiten gab, zitierte sie den Angekl. zu sich ins Büro. Zu Gunsten des Angekl. ist davon auszugehen, dass er dort erstmals eine Verpflichtungserklärung zur Wahrung des Post- und Datengeheimnisses gemäß § 5 Bundesdatenschutzgesetz unterschrieben hat und auf seine Pflichten als Postzusteller hingewiesen wurde.

I. Fraglich ist, ob der Angekl. sich wegen **Falschbeurkundung im Amt** gem. **§ 348 I StGB** strafbar gemacht hat.

Dann müsste der Angekl. **Amtsträger nach § 11 I Nr. 2c StGB** gewesen sein.

1. Dies ist derjenige, der dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen.

Der Amtsträgerbegriff hat damit **zwei Komponenten**:

- Eine **organisatorische Komponente**, da die Amtsträgereigenschaft voraussetzt, dass der Täter bestellt ist, bei einer Behörde oder sonstigen Stelle oder in deren Auftrag zu handeln, und
- eine **funktionale Komponente**, da der Täter Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnehmen muss (BGHSt 43, 96 m. w. N.).

2. Der Angekl. nahm bei der förmlichen Zustellung von Schriftstücken einschließlich der Beurkundung des Zustellungsvorgangs **Aufgaben öffentlicher Verwaltung** wahr, da er **hoheitlich tätig** war. Deshalb ist die **funktionale Komponente des Amtsträgerbegriffs gegeben**.

- a) Gem. **§ 168 I 2 ZPO** kann die Geschäftsstelle des Gerichts oder - in Verbindung mit § 3 LVwZG - die Geschäftsstelle einer Behörde mit der Zustellung nach §§ 173 bis 175 ZPO unter anderem einen nach § 33 I des Postgesetzes beliehenen Unternehmer (Post) beauftragen. Nach § 33 I 1 PostG ist ein Lizenznehmer, der Briefzustellungsdienstleistungen erbringt, verpflichtet, Schriftstücke nach den Vorschriften der Prozessordnungen förmlich zuzustellen.

*„Im Umfang dieser Verpflichtung ist der Lizenznehmer - gleichviel ob Dt. Post AG oder privates Unternehmen - von Gesetzes wegen mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet (beliehener Unternehmer) und damit berechtigt, Zustellungen vorzunehmen (§ 33 I 2 PostG). Zur Begründung wird in den Gesetzesmaterialien auf die große Bedeutung hingewiesen, die die förmliche Zustellung für eine funktionierende Rechtspflege hat (BT-Drucksache 13/7774, S. 28). Um nämlich die nach der derzeitigen Rechtslage erforderliche öffentliche Beurkundung vornehmen zu können, muss das beauftragte Unternehmen mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet sein (vgl. OLG Rostock, 2 Ss 144/01, zit. nach Juris; Badura, PostG, 2. Aufl., § 33, Rn 14).“ (BGH aaO).*

- b) Die **postrechtliche Beleihung ist der Lizenzierung akzessorisch und besteht neben der privatrechtlichen Rechtsbeziehung** zwischen dem Auftraggeber und der die Zustellung bewirkenden Stelle, in deren Rahmen ein Entgelt geschuldet wird (Badura aaO, Rn 16). Somit waren sämtliche lizenzierten Unternehmen beliehene Unternehmen und somit Glieder der öffentlichen Verwaltung (vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., § 104, Rn 8; Schleswig-Holst. OLG, 2 W 120/05, zitiert nach Juris).
- c) Diese Aufgabe nahm der Angekl. aber weder „**bei**“ einer **Behörde** (1. Var. des § 11 I Nr. 2c StGB) noch **bei einer sonstigen Stelle** (2. Var.) wahr, denn er war nicht bei einem Gericht oder einer Behörde angestellt.

- Die mit der Zustellung beauftragten Unternehmen sind keine sonstigen Stellen.

*„Eine sonstige Stelle in diesem Sinn wird bei einer privatrechtlich organisierten Einrichtung dann bejaht, wenn sie bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben derart staatlicher Steuerung unterliegt, dass sie bei Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale gleichsam als „verlängerter Arm“ des Staates erscheint. Entscheidend hierfür ist insbesondere, ob sie im Eigentum der öffentlichen Hand steht und ihre Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln finanziert wird, sowie in welchem Umfang staatliche Steuerungs- und Einflussnahmemöglichkeiten bestehen (BGHSt 43, 370, 374 f.; BGH, NSTZ 2008, 561). Sämtliche dieser Merkmale sind bei den neben der Dt. Post AG bestehenden lizenzierten Postzustellungsunternehmen nicht gegeben. Allein die Beleihung reicht hierfür nicht aus. Mit Hoheitsrechten Beliehene nehmen vielmehr hoheitliche Aufgaben im Auftrag von Behörden oder sonstigen Stellen wahr (3. Variante des § 11 I Nr. 2c StGB; vgl. MüKo-StGB/Radtke, § 11, Rn 56).*

*Die Z. und der Angekl. übten bei der Zustellung hoheitliche Gewalt im Auftrag des Landgericht und des Landratsamtes aus.“ (BGH aaO).*

- Ein **Lizenznehmer darf** nach § 5 II Nr. 1 PostG zur Ausübung seiner Tätigkeit **Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen beauftragen**, die ihrerseits keiner Lizenz bedürfen.

*„Eine Hilfsperson kann ein Arbeitnehmer oder auch ein selbstständiger Gewerbetreibender sein. Voraussetzung einer solchen Beauftragung ist lediglich, dass die Art und Weise der Tätigkeit der Hilfspersonen der Bestimmungsgewalt des Lizenznehmers unterworfen bleibt und die mit der Lizenzierung angestrebten Garantien für die erbringenden Dienstleistungen gesichert bleiben (vgl. OLG Rostock aaO; Badura aaO, § 5 Rn 21).*

*Die in § 33 I 1 PostG geregelte Verpflichtung der Lizenznehmer, die Briefzustelldienstleistungen erbringen, spricht dafür, dass die förmliche Zustellung aus der Sicht des Postgesetzes ein Teil der Briefbeförderungsdienstleistungen ist und demgemäß auch für förmliche Zustellungen nicht lizenzierte Subunternehmer eingeschaltet werden dürfen (offen gelassen von LG Hamburg, 312 O 105/05, zitiert nach Juris). Zudem hängt die mit der Lizenzierung angestrebte Garantie für die Ordnungsgemäßheit sämtlicher vom Unternehmen zu erbringenden Dienstleistungen maßgeblich von der Kontrolle der Hilfspersonen durch das Unternehmen und nicht von der rechtlichen Ausgestaltung ihrer Beauftragung - etwa als Arbeitsvertrag (Arbeitnehmer) oder Dienstvertrag (Subunternehmer) - ab. Auch dieses Argument spricht dafür, Zustellungen durch der Bestimmungsgewalt des lizenzierten Unternehmens unterworfenen selbstständige Subunternehmen zuzulassen.*

*Die Z. und der Angeklagte waren der Bestimmungsgewalt der D.-GmbH unterworfen. Nach dem zwischen der D.-GmbH und der Z. abgeschlossenen Servicepartnervertrag war die Z. verpflichtet, die Zustellungsurkunden jeden Abend einzuscannen und der D.-GmbH mit dem Namen des jeweiligen Zustellers weiterzuleiten, was sie auch tat. Zudem erfüllten die Z. und der Angekl. die vertraglichen Verpflichtungen, das Corporate Design der D.-GmbH zu führen und deren Stempel beim Ausfüllen der Postzustellungsurkunden zu verwenden.“ (BGH aaO).*

- Die in § 5 II Nr. 1 PostG vorgesehene **Möglichkeit, sich Dritter zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben zu bedienen, kann** im Hinblick auf die einschneidenden Wirkungen, die öffentliche Urkunden entfalten, und dem damit verbundenen Bedürfnis nach Rechtssicherheit **nicht wirksam durch vertragliche Regelungen im (Innen-)Verhältnis des Auftraggebers zum lizenzierten Unternehmen beschränkt werden.**

„Folgte man nämlich der gegenteiligen Ansicht, führte dies dazu, dass die vom Angekl. ordnungsgemäß bewirkten und beurkundeten Zustellungen mangels Auftrag des Gerichts oder der Behörde nicht wirksam gewesen wären. Zudem hinge die Strafbarkeit gem. § 348 StGB von einem vertraglichen Verbot der Beauftragung von Subunternehmen bzw. dessen Fehlen ab.

Der Umstand, dass das Landgericht U die P.-GmbH und das Landratsamt die P.-GmbH und beide nicht die D.-GmbH beauftragten und die Beauftragung der D.-GmbH als Subunternehmen in beiden Verträgen nur in Ausnahmefällen, der Einsatz weiterer Subunternehmen nicht mehr gestattet war, hatte daher keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Beleihung und Beauftragung der D.-GmbH sowie die Ausübung hoheitlicher Gewalt durch den Angeklagten als deren (beliehener) Erfüllungsgehilfe. Der Angekl. handelte als der Bestimmungsgewalt der D.-GmbH Unterworfener in einer **wirksamen Beauftragungskette** im Auftrag des Landgericht bzw. des Landratsamtes.“ (BGH aaO).

3. Zweifelhaft ist jedoch, ob der Angekl. zur Wahrnehmung dieser Aufgaben bestellt war, sodass deshalb unter dem **organisatorischen Gesichtspunkt** die Amtsträgereigenschaft fehlen könnte.
  - a) Zur **Begründung der Amtsträgereigenschaft** bedarf es über den Auftrag zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben hinaus noch eines (öffentlich-rechtlichen) Bestellungsakts, der auf die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung „bei“ einer Behörde oder sonstigen Stelle oder „in deren Auftrag“ gerichtet ist.

vgl. BGHSt 43, 96; BayObLG NJW 1996, 270; zur Kritik vgl. etwa LK-Hilgendorf, § 11 Rn 36 f.

„Denn in § 11 I Nr. 2c StGB ist für die Abgrenzung des „Amtsträgers“ vom Privaten eine Eigenschaft der Person (wer bestellt ist, ...) und nicht ihre konkrete Handlung als Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung hervorgehoben. Nicht jede Person, die für eine Behörde bei der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung in deren Auftrag tätig wird, ist „Amtsträger“ i. S. des § 11 I Nr. 2c StGB (BGHSt 43, 96). Dem Regelungszusammenhang mit der Amtsträgereigenschaft der Beamten und Richter (§ 11 I Nr. 2 a StGB), der sonst in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis stehenden Personen (§ 11 I Nr. 2 b StGB) sowie der Gleichsetzung der Amtsträger mit den für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten (§ 11 I Nr. 4 StGB) ist zu entnehmen, dass die Bestellung des Privaten zum Amtsträger gem. § 11 I Nr. 2c StGB ihn entweder zu einer über den einzelnen Auftrag hinausgehenden längerfristigen Tätigkeit oder zu einer organisatorischen Eingliederung in die Behördenstruktur führen muss (BGH aaO). Das Tatbestandsmerkmal der Bestellung beschreibt demnach die Beauftragung einer Person mit der Erledigung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung und die dadurch bewirkte Einbeziehung in die Organisation der öffentlichen Verwaltung.“ (BGH aaO).

- b) Darüber hinaus **fordert die Rspr.**, dass bei der Beauftragung eines Behördenexternen durch einen **Bestellungsakt** deutlich werden soll, dass mit dem Auftrag besondere strafbewehrte Verhaltenspflichten verbunden sind, er mithin vom Privatmann zum Amtsträger wird (sog. Warnfunktion, BGHSt 43, 96; BayObLG NJW 1996, 270).

„Zwar sollen nach der amtlichen Begründung (BT-Drucksache 7/550, S. 209) zur Einführung des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB mit der „Bestellung“ alle Arten von Dienst- und Auftragsverhältnissen erfasst werden, ohne dass es auf eine förmliche Bestellung ankommt (vgl. BGH 5 StR 103/07, zitiert nach Juris; LK-Hilgendorf aaO, Rn 36). Wenn aber die Übertragung von Verwaltungstätigkeit und hoheitlichen Befugnissen im Rahmen eines Dienst- oder Auftragsverhältnisses nicht unmittelbar durch die beauftragende Behörde, sondern in einer Kette von Unterbeauftragungen erfolgt, bedarf es sowohl zur organisatorischen Anbindung des Letztbeauftragten an die beauftragende Behörde als auch zur Verdeutlichung, dass nunmehr ein Amtsträgerverhältnis mit strafbewehrten Pflichten begründet werden soll eines über den privatrechtlichen Arbeits- oder Dienstvertrag hinausgehenden förmlichen Bestellungsakts. Dies gilt umso mehr, wenn der Beauftragte einen Dienst- oder Arbeitsvertrag mit einer Person des Privatrechts und nicht mit einer Behörde, einer sonstigen Stelle i. S. des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB oder einem beliebigen Unternehmen schließt, er also nicht durch bereits durch diesen Vertrag in die Organisation der öffentlichen Verwaltung einbezogen ist.“ (BGH aaO).

Aus diesem Grund hätte der Angekl. hier **durch einen förmlichen Akt zum Amtsträger bestellt** werden müssen.

„Der Angekl. war nicht von dem mit Hoheitsgewalt beliehenen Unternehmen D.-GmbH ange stellt, sondern von dem Zeugen C. als Inhaber des Kleinunternehmens Z. angeworben und beschäftigt oder unterbeauftragt worden. Eine **vertragliche Einbindung** des Angekl. **in ein beliehenes Unternehmen als Glied der Verwaltung** fand gerade nicht statt; lediglich über den Servicepartnerschaftsvertrag zwischen der D.-GmbH und der Z. war der Angekl. der Bestim-

mungsgewalt der D.-GmbH unterworfen. Der Angekl. war organisatorisch weder unmittelbar an das Landgericht und Landratsamt als beauftragende Behörden noch an die D.-GmbH als letztes in der Kette der beliebigen Unternehmen angegliedert. Jedenfalls dann ist für eine wirksame Bestellung i. S. des § 11 I Nr. 2c StGB ein **förmlicher Bestellsakt erforderlich**. In diesem förmlichen Bestellsakt ist der Betreffende ausdrücklich auf seine Tätigkeit als Zusteller im Sinn des § 168 ZPO, die sich daraus ergebenden Pflichten und auch auf die mögliche Strafbarkeit als Amtsträger hinzuweisen.

Dies alles lag nicht vor, nicht einmal ein schriftlicher Arbeits- oder Dienstvertrag zwischen der Z. und dem Angekl. wurde geschlossen. Erst nachdem der Angekl. die Postzustellungsurkunden unrichtig ausgefüllt hatte, wurde er von der D.-GmbH auf seine Pflichten als Postzusteller hingewiesen und unterschrieb eine Verpflichtungserklärung zur Wahrung des Post- und Datengeheimnisses.“ (BGH aaO).

4. **Ergebnis:** Eine Bestellung des Angekl. und somit eine Amtsträgereigenschaft lag somit zum Zeitpunkt der Taten nicht vor, weshalb eine Strafbarkeit nach § 348 StGB nicht in Betracht kommt.
- II. Zu prüfen ist weiter, ob der Angekl. durch sein Handeln den Straftatbestand der Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses nach **§ 206 II Nr. 2 StGB** verwirklicht hat.
1. Danach kommt es nicht mehr darauf an, dass nach der BGH-Rspr. in subjektiver Hinsicht besondere Anforderungen im Hinblick auf die Amtsträgereigenschaft zu stellen sind.
  2. **Voraussetzung für eine Strafbarkeit in subjektiver Hinsicht** ist nämlich die **Bedeutungskennntnis des Täters von der Funktion als Amtsträger**.

vgl. BGH 5 StR 103/07, zitiert nach Juris, insoweit nicht abgedruckt in NSTZ 2008, 87

„Der Angekl. hatte **vor Begehung der Taten jedoch keine Kenntnis von der Bedeutung förmlicher Zustellungen und deren Beurkundung sowie deren Bedeutung für das weitere behördliche oder gerichtliche Verfahren**. Er hatte somit **keine Kenntnis von dem öffentlich-rechtlichen Bezug seines Tätigkeitsfeldes** sowie seiner sich daraus ergebenden Amtsträgereigenschaft verbunden mit strafbewehrten Verhaltenspflichten.

Er wusste zwar, dass es sich bei den zuzustellenden Schriftstücken um amtliche Dokumente handelte, er war aber niemals darüber im Einzelnen aufgeklärt worden, welche Art von Dokumenten er zustellte und welche Rechtsfolgen an die Beurkundung von Zustellungen in den Verwaltungs- und Gerichtsverfahren anknüpfen. Schon der Zeuge C. als Arbeit- oder Auftraggeber des Angekl. hatte keine Kenntnisse über förmliche Zustellungen und behördliches Handeln, die er an den Angeklagten hätte weitergeben können. Gerade der Umstand, dass der Angekl. von seinem Arbeitgeber C. aufgefordert wurde, sich bei der Zustellung der Schriftstücke der Mithilfe seiner Familienangehörigen zu bedienen, spricht eindeutig dagegen, dass dem Angekl. vermittelt worden war, welche wichtige Funktion von der förmlichen Zustellung ausgeht, wenn sie doch laut Auskunft des Arbeitgebers von jeder beliebigen Person wahrgenommen werden kann. Der Angekl. konnte ohne entsprechende Belehrung auch nicht wissen, dass es sich bei den vom der Z. als nicht lizenziertem Unternehmen erbrachten Dienstleistungen um hoheitliche Verwaltungstätigkeit handelte. Durch die Umstrukturierung der ehemaligen Deutsche Bundespost in die Deutsche Post AG, die Telekom AG und die Postbank AG ist eine umfangreiche Privatisierung eingetreten. So ist bei den Telekommunikationsdienstleistungen und den Angeboten der Deutsche Post AG von einer vollständigen materiellen Privatisierung auszugehen. Gleiches gilt für die Leistungen der Postbank AG, bei der lediglich noch bei der Briefbeförderung, für die allerdings eine Lizenz erforderlich ist, die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge angenommen wird (Krehl StV 2005, 326 f., MüKo-StGB/Radtke, § 11 Rn 41).

Erst nach Begehung seiner Falschbeurkundungen wurde der Angekl. von der Firma D.-GmbH auf seine Pflichten als Postzusteller hingewiesen. Erst ab diesem Zeitpunkt hatte er somit die Bedeutungskennntnis von seiner Funktion als Amtsträger.“ (BGH aaO).

- III. Der Angekl. ist mangels Vorsatzes auch nicht einer **mittelbaren Falschbeurkundung** gem. **§ 271 I StGB** schuldig.

„Der Angekl. hat zwar gewusst, dass es sich bei den zuzustellenden Schriftstücken um amtliche Dokumente handelte, er jedoch überhaupt keine Vorstellung hatte, welche innerbehördlichen und rechtlichen Konsequenzen eine tatsächlich unterlassene, aber als zugestellt ausgegebene Briefsendung im Einzelnen mit sich brachte. Er hatte mithin keine Kenntnis davon, dass die falsch beurkundeten Zustellungen etwa in Rechtskraftvermerken aufgrund scheinbar abgelaufener Rechtsmittelfristen in Urteilen oder Strafbefehlen Eingang finden.“ (BGH aaO).

StGB  
§§ 222, 228 f.

## Fahrlässige Tötung illegales Autorennen

StGB

(BGH in NSTZ 2009, 148; Urteil vom 20.11.2008 – 4 StR 328/08)

1. Die **Abgrenzung zwischen Selbst- und einverständlicher Fremdgefährdung** richtet sich bei Fahrlässigkeitsdelikten nach der **Herrschaft über den Geschehensablauf**.
2. Eine **rechtserhebliche Einwilligung** in die Lebensgefährdung ist nach der neueren Rspr. zwar möglich, sie ist indessen **sittenwidrig und unbeachtlich, wenn die Grenze zur konkreten Todesgefahr überschritten** ist.
3. **Im Straßenverkehr scheidet eine Einwilligung grds. auch dann aus**, wenn es um Verstöße gegen Sorgfaltspflichten geht, die dem **Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs im Allgemeinen** dienen.

**Fall:** Die Angekl. und das spätere Opfer O gehörten einer Gruppe junger Männer an, die auf öffentlichen Straßen Autorennen durchführten. Am 30.03.2007 fand ein sog. Beschleunigungstest statt, an dem der Angekl. B als Führer seines getunten VW-Golf und der Angekl. H als Führer des Pkw Porsche seines Vaters teilnahmen. Beifahrer des Angekl. B war der später getötete O; der Angekl. H wurde von dem Angekl. S begleitet, der das Geschehen mit einer Videokamera filmte. Allen Beteiligten waren die mit der Durchführung von Autorennen verbundenen Eigen- und Fremdgefahren bewusst.

Zur Durchführung des Rennens befuhren die Angekl. nebeneinander die mit 2 Richtungsfahrbahnen ausgestattete Bundesstraße B 33. Sie verringerten zunächst ihre Geschwindigkeit auf 80 km/h und beschleunigten sodann ihre Fahrzeuge auf das Startsignal des späteren Opfers hin auf über 200 km/h. Auch als der den rechten Fahrstreifen mit ca. 120 km/h befahrende Opel Astra des Zeugen G sichtbar wurde, setzten sie das Rennen fort und überholten dieses Fahrzeug mit einer Geschwindigkeit von über 240 km/h. Während des Überholvorgangs befanden sich die 3 Fahrzeuge zeitgleich nebeneinander; der Abstand zwischen VW und Porsche betrug etwa 30 cm. Dabei nahmen die Angekl. B und H die durch das Überholen realisierte Gefährdung bewusst in Kauf. Beim Überholen geriet der VW des Angekl. B ins Schleudern, überschlug sich und prallte gegen ein Verkehrszeichen. Die nicht angeschnallten Insassen wurden aus dem Fahrzeug geschleudert. O wurde getötet; der Angekl. B wurde schwer verletzt.

A. In Betracht kommt, dass die Angekl. B und H fahrlässig den Tod des O verursacht und sich damit nach **§ 222 StGB** strafbar gemacht haben.

I. **Fahrlässig handelt** ein Täter, der eine **objektive Pflichtverletzung** begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, und wenn gerade die **Pflichtverletzung objektiv und subjektiv vorhersehbar** den **Erfolg herbeigeführt** hat. Die **Einzelheiten des** durch das pflichtwidrige Verhalten in Gang gesetzten **Kausalverlaufs brauchen** dagegen **nicht vorhersehbar zu sein** (st. Rspr.; vgl. BGHSt 49, 166 m.w.N.).

1. Ihre **Pflichten als Fahrzeugführer** haben beide Angekl. **verletzt**.

*„Bereits die Durchführung des Beschleunigungstests verstieß gegen § 29 I StVO (vgl. BGHZ 154, 316, 318f.). Auch den Überholvorgang haben beide Fahrzeugführer vorschriftswidrig durchgeführt (§ 5 IV 2 StVO). Zudem war dem Angekl. H der Fahrstreifenwechsel untersagt (§ 7 V StVO) und beide Angekl. hätten nach § 1 II StVO alles unternehmen müssen, um die mit dem Überholvorgang verbundene Gefährdung zu vermeiden. Auch haben sie die im Bereich des Unfallorts zulässige Höchstgeschwindigkeit von 120 km/h erheblich überschritten.“ (BGH aaO).*

2. An der **Vermeidbarkeit des Todes** von O bei pflichtgemäßem Verhalten der Angekl. B und H bestehen keine Zweifel.

*„Insbesondere konnten beide den vor ihnen fahrenden Pkw Opel des Zeugen G so rechtzeitig erkennen, dass ein Abbrechen des Rennens „problemlos“ möglich gewesen wäre.“ (BGH aaO).*

3. Die **Vorhersehbarkeit des Todes** von O für die Angekl. B und H war ebenfalls gegeben.

*„Im Hinblick auf die während des Überholens von den Angekl. gefahrenen Geschwindigkeiten sowie den Abstand zwischen den Fahrzeugen waren ein schwerer Verkehrsunfall und der Tod*

des O nicht nur objektiv, sondern für sie subjektiv vorhersehbar. Denn dies erfordert nicht, dass die Angekl. die Folgen ihres Handelns in allen Einzelheiten voraussehen konnten; vielmehr genügt, dass sie in ihrem Gewicht im Wesentlichen voraussehbar waren (BGHSt 39, 322 mwN).“ (BGH aaO).

II. Auch die **Kausalität** zwischen dem pflichtwidrigen Handeln der Angekl. B bzw. H und dem Tod des O ist gegeben.

1. Für die Prüfung der Kausalität ist bei fahrlässigen Erfolgsdelikten der **Eintritt der konkreten Gefährdungslage maßgeblich**, die unmittelbar zum schädigenden Erfolg geführt hat (Fischer, StGB, 55. Aufl., vor § 13 Rn 33).

„Bezogen hierauf waren kausal für den Tod von O jedenfalls die Durchführung des Rennens, die Einleitung und Durchführung des Überholvorgangs, zusätzlich beim Angekl. B der Fahrfehler beim Zurücklenken des Fahrzeugs und beim Angekl. H der untersagte Fahrstreifenwechsel.“ (BGH aaO).

2. Die insbesondere von **Teilen der Lit.** (vgl. Fischer aaO, vor § 13 Rn 26, 31) geforderte Zurechnung des Todes ist ebenfalls zu bejahen. Diese könnte allenfalls dann zweifelhaft sein, wenn eine Selbstgefährdung oder eine dieser ausnahmsweise gleichzustellende Fremdgefährdung vorliegen würde.

vgl. BGHSt 39, 322; Roxin NSTZ 1984, 411f.; Schönke/Schröder/Lenckner, 27. Aufl., Vorb. §§ 32ff. Rn 107; weitere Nachw. bei Fischer aaO, vor § 13 Rn 27, 30, 36; Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele aaO, Vorb. §§ 13ff. Rn 101b

- a) Nach der **BGH-Rspr.** macht sich, sofern er nicht kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als der sich selbst Tötende oder Verletzende, grundsätzlich nicht strafbar, wer das zu einer Selbsttötung oder Selbstverletzung führende eigenverantwortliche Handeln des Selbstschädigers vorsätzlich oder fahrlässig veranlasst, ermöglicht oder fördert.

BGHSt 32, 262= NSTZ 1984, 410; BGHSt 36, 1; 37, 179; 46, 279; BGH NJW 2003, 2326; NSTZ 1985, 25; ähnlich bereits BGHSt 24, 342

Straffrei ist ein solches Handeln regelmäßig auch dann, wenn es nicht auf die Selbsttötung oder -verletzung gerichtet war, sich aber ein entsprechendes, vom Opfer bewusst eingegangenes Risiko realisiert hat.

BGHSt 32, 262; 46, 279; 49, 34; BGH NJW 2003, 2326; NSTZ 1985, 25; 1987, 406; Bay-OblG NZV 1989, 80; OLG Zweibrücken JR 1994, 518; einschränkend bei deliktischer Handlung des Täters und einsichtigem Motiv für die Selbstgefährdung BGHSt 39, 322

- b) **Maßgebliches Abgrenzungskriterium** zwischen strafloser Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. -schädigung und der - grundsätzlich tatbestandsmäßigen - Fremdschädigung eines anderen ist die **Trennungslinie zwischen Täterschaft und Teilnahme**. Liegt die Tatherrschaft über die Gefährdungs- bzw. Schädigungshandlung nicht allein beim Gefährdeten bzw. Geschädigten, sondern zumindest auch bei dem sich hieran Beteiligten, begeht dieser eine eigene Tat und kann nicht aus Gründen der Akzessorietät wegen fehlender Haupttat des Geschädigten straffrei sein (vgl. BGHSt 19, 135; 49, 34; 166, 169; auch zu den gegenteiligen Ansichten in Rspr. und Lit. BGH NJW 2003, 2326).

- c) Dies **gilt** im Grundsatz **ebenso für die Fälle fahrlässiger Selbst- bzw. Fremdgefährdung**. Dabei bestimmt sich auch hier die Abgrenzung zwischen der Selbst- und der Fremdgefährdung nach der **Herrschaft über den Geschehensablauf**, die weitgehend nach den für Vorsatzdelikte zur Tatherrschaft entwickelten objektiven Kriterien festgestellt werden kann.

vgl. BGHSt 19, 135 [wer das zum Tode führende Geschehen tatsächlich beherrscht hat]; BGH NJW 2003, 2326 [Gefährdungsherrschaft]; ähnlich Duttge in FS Otto, 2007, S. 227 [Herrschaft über die dem Schadenseintritt vorausgehende Risikosituation]; Dölling JR 1994, 520

Bei der Prüfung, wer die Gefährdungsherrschaft innehat, kommt dem unmittelbar zum Erfolgseintritt führenden Geschehen besondere Bedeutung zu.

Dölling GA 1984, 71; Puppe ZIS 2007, 247; Schönke/Schröder/Lenckner aaO, Vorb. §§ 32ff. Rn 52a, 107; LK-Rönnau, 12. Aufl., vor § 32 Rn 167

- c) Ausgehend hiervon ist vorliegend ein **Fall der Fremd- und nicht der Selbstgefährdung gegeben.**

*„Die Herrschaft über das Geschehen unmittelbar vor sowie ab dem Beginn des Überholvorgangs lag allein bei den Fahrzeugführern. Sie haben die Entscheidung getroffen und umgesetzt, nebeneinander das vom Zeugen G gesteuerte Fahrzeug zu überholen, obwohl nur 2 Fahrstreifen vorhanden waren. Allein sie haben die Geschwindigkeit der Fahrzeuge und die Lenkbewegungen bestimmt. Ihre Beifahrer waren in diesem Zeitraum dagegen - ohne die Möglichkeit, ihre Gefährdung durch eigene Handlungen abzuwenden - lediglich den Wirkungen des Fahrverhaltens der Angekl. B und H ausgesetzt. Für das zum Tod von O führende Geschehen war dessen Verhalten, insbesondere das Geben der Startzeichen und das Filmen der Rennen, gegenüber dem der Angekl. B und H von untergeordneter Bedeutung.“ (BGH aaO).*

- d) Auch **eine der Selbstgefährdung gleichzustellende Fremdgefährdung bzw. -schädigung liegt nicht vor.**

hierzu Roxin in FS Gallas, 1973, S. 241; ders. NStZ 1984, 411; ders. StrafR AT-1, 1997, § 11 Rn 107

*„Diese kann nicht allein damit begründet werden, dass es weitgehend vom Zufall abhing, wer im konkreten Fall Fahrer und wer Beifahrer war. Entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Situation beim Schadenseintritt. Ob diese Grundsätze in gleicher Weise Geltung hätten, wenn die an einem riskanten Unternehmen Beteiligten ein in etwa gleiches Maß an Tatherrschaft besessen hätten (hier die beiden Fahrer der am Rennen beteiligten Fahrzeuge im Verhältnis untereinander), hat der Senat nicht zu entscheiden, weil diese Voraussetzung im Verhältnis der Angekl. B und H zu S nicht vorliegt.“ (BGH aaO).*

### III. In seinen Tod oder in das Risiko seines Todes hat O auch nicht in rechtserheblicher Weise **eingewilligt.**

1. Während **Rspr. und herrschende Lehre** darin übereinstimmen, dass entsprechend § 216 StGB eine **Einwilligung in den von einem anderen vorsätzlich herbeigeführten Tod grundsätzlich nicht strafbefreiend** wirkt, die vorsätzliche (oder fahrlässige) Körperverletzung dagegen unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 228 StGB gerechtfertigt sein kann, werden die Zulässigkeit und Bedeutung der Einwilligung in eine Lebensgefahr nicht einheitlich beurteilt.

- In der **älteren BGH-Rspr.** wurde eine solche Einwilligung als grundsätzlich unbeachtlich angesehen, weil das Leben eines Menschen auch in § 222 StGB zum Schutz der Allgemeinheit mit Strafe bedroht sei und eine Einwilligung das mit einer fahrlässigen Tötung verbundene Handlungsunrecht nicht zu beseitigen vermöge (BGHSt 4, 88; 7, 112; BGH VRS 17, 277; BGHZ 34, 355).
- In **neueren Entscheidungen** - insbesondere zu § 227 StGB - hat der BGH dagegen darauf abgestellt, dass bei einer Einwilligung in die (vorsätzliche) Körperverletzung die Grenze zur Sittenwidrigkeit jedenfalls dann überschritten sei, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Tat der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht werde.

Für diese Eingrenzung spreche sowohl der Normzweck des § 228 StGB als auch die aus der Vorschrift des § 216 StGB abzuleitende gesetzgeberische Wertung. Sie begrenzen die rechtfertigende Kraft der Einwilligung in eine Tötung oder Körperverletzung, da das Gesetz ein soziales bzw. Allgemeininteresse am Erhalt dieser Rechtsgüter auch gegen den aktuellen Willen des Betroffenen verfolge (BGHSt 49, 34; 166, 173f. = JR 2004, 472 = JZ 2005, 100).

Diese Grundsätze hat der BGH auf die Fälle übertragen, in denen das spätere Opfer in das Risiko des eigenen Todes eingewilligt und sich dieses anschließend - im Rahmen des von

der Einwilligung „gedeckten“ Geschehensablaufs - verwirklicht hat. Auch in diesen Fällen scheidet eine Rechtfertigung der Tat durch die Einwilligung des Opfers bei konkreter Todesgefahr aus (BGHSt 49, 166).

## 2. Für gefährliches Handeln im Straßenverkehr gilt nichts anderes.

*„Zwar versucht der Gesetzgeber, den Gefahren des Straßenverkehrs durch besondere Verhaltensregeln - insbesondere in der Straßenverkehrsordnung - entgegenzuwirken; auch ist ein gefährliches Verhalten im Straßenverkehr allgemein untersagt (§ 1 II StVO).*

*Dies führt jedoch nicht dazu, dass bei einem Verstoß gegen verkehrsbezogene Sorgfaltspflichten einer Einwilligung des Betroffenen in gefährdendes Verhalten eines anderen keinerlei rechtliche Bedeutung zukommt. Eine rechtfertigende Wirkung der Einwilligung in riskantes Verkehrsverhalten scheidet nur für diejenigen Tatbestände grundsätzlich aus, die zumindest auch dem **Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs im Allgemeinen** dienen (§§ 315b, 315c StGB). Bezweckt eine Vorschrift dagegen ausschließlich den Schutz von Individualrechtsgütern (wie §§ 222, 229 StGB), so verliert die Einwilligung ihre (insoweit) rechtfertigende Wirkung nur dort, wo die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten ist, also bei konkreter Todesgefahr, unabhängig von der tatsächlich eingetretenen Rechtsgutverletzung.*

*Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu: Ob bereits durch den mit hohen Geschwindigkeiten durchgeführten „Beschleunigungstest“ auf einer öffentlichen Straße mit einer Geschwindigkeitsbegrenzung auf 120 km/h die drohende Rechtsgutgefährdung für die Insassen der an dem Rennen beteiligten Fahrzeuge so groß war, dass eine konkrete Lebensgefahr vorlag, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Jedenfalls lag eine solche Gefahr in der Fortsetzung des Rennens noch zu einem Zeitpunkt, als ein gleichzeitiges Überholen eines unbeteiligten dritten Fahrzeugs mit nicht mehr kontrollierbaren höchsten Risiken für sämtliche betroffenen Verkehrsteilnehmer verbunden war. In eine derart massive Lebensgefahr konnte O bezogen auf seine Person nicht mit rechtfertigender Wirkung einwilligen und zwar weder allgemein zu Beginn der Fahrt in dem Sinne, dass er mit einer Durchführung des Rennens „um jeden Preis“ einverstanden war, noch in der konkreten Situation bei Beginn des Überholmanövers mit den sich deutlich abzeichnenden Gefahren“ (BGH aaO).*

## B. Der Angekl. S könnte zu der vom Angekl. H begangenen vorsätzlichen Gefährdung des Straßenverkehrs **Hilfe geleistet** haben.

- I. Nach **st. Rspr.** ist als **Hilfeleistung** in diesem Sinn grds. **jede Handlung** anzusehen, **die die Herbeiführung des Taterfolges** durch den Haupttäter **objektiv fördert oder erleichtert**; dass sie für den Eintritt dieses Erfolges in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal wird, ist nicht erforderlich.

Ferner ist unerheblich, ob der Angekl. seine Unterstützungshandlungen schon längere Zeit vor der Begehung der Haupttaten in deren Vorbereitungsphase vorgenommen hatte (BGH NJW 2007, 384). Maßgeblich ist allein, dass die Beihilfehandlung die Haupttat zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung erleichtert oder gefördert hat (BGH NStZ 2008, 284).

*„Die Hilfeleistung des Angekl. S [beschränkte sich] nicht auf ein passives Dabeisein, vielmehr hat er sich an der Tat insbesondere durch das Filmen des letzten Rennens aktiv beteiligt und hiermit die Tatbegehung durch den Angekl. H unterstützt.“ (BGH aaO).*

- II. Außerdem **handelte der Angekl. S** auch (doppelt) **vorsätzlich**.

*„Dabei steht der Vorsatz des Angekl. S bezüglich seiner Hilfeleistung außer Frage. Sein Vorsatz umfasste aber auch die von ihm geförderte Haupttat, zumal er das Rennen aus dem gegenüber dem VW Golf zurückliegenden Porsche filmte, er also den Überholvorgang und die damit verbundenen Gefahren von Anfang an verfolgte und erfasste. Das Maß des tatsächlich verwirklichten Unrechts ist bei § 315c StGB kein Umstand der Tat, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört und daher - zur Begründung des Schuldspruchs wegen Beihilfe - vom Gehilfenvorsatz umfasst sein muss. Daher ist unerheblich, ob dem Gehilfen, wäre ihm der tatsächlich eingetretene Erfolg der Haupttat bewusst gewesen, dieser letztlich unerwünscht war (vgl. BGH NJW 2007, 384)“ (BGH aaO).*

GG  
Art. 4  
FStrG  
§ 8 III

**Bemessung der Sondernutzungsgebühr**  
**Berücksichtigung von Grundrechtsausübung**  
(BVerwG in VBI.BW 2009, 56; Beschluss vom 17.10.2008 – 9 B 24.08)

VerwR

1. Der Maßstab für die Bemessung von Sondernutzungsgebühren ist aus dem **Äquivalenzprinzip** als **gebührenrechtlicher Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** herzuleiten.
2. Mit Blick auf das **Äquivalenzprinzip** ist bei der Gebührenbemessung **auch auf den wirtschaftlichen Wert** der Sondernutzung abzustellen.
3. Es gibt **keinen Grundsatz** des Bundesrechts, dass die besondere, über das allgemein Zulässige hinausgehende **Inanspruchnahme öffentlicher Straßen dann gebührenfrei** sein müsse, wenn sie zum **Zwecke der Grundrechtsverwirklichung** geschieht.
4. Aus dem Äquivalenzprinzip lässt sich **kein prozentualer**, an gewerblichen Mieten für ein festes Verkaufslokal außerhalb öffentlicher Verkehrsflächen ausgerichteter **Gebührenhöchstsatz** für alle Arten von Sondernutzungen herleiten.

**Fall:** Die Church of Scientology (C) beantragte am 22.08.2002 bei der Stadt S die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für Veranstaltungen ihrer „ehrenamtlichen Geistlichen“ in drei Zelten mit einer Fläche von insgesamt 180 m<sup>2</sup>, und zwar vom 06. bis 08.09.2002 auf der K-straße, am 10.09.2002 auf dem S-platz und am 13.09.2002 auf dem M-platz in S1. Die Veranstaltung sei Teil einer einjährigen Rundreise ihrer „ehrenamtlichen Geistlichen“ durch Europa, um deren uneigennützig Arbeit vorzustellen und zur Harmonisierung von Seele und Körper anzuleiten; Verkauf oder sonstige gewerbliche Betätigung seien nicht vorgesehen. Mit Schreiben vom 29.08.2002 teilte die Beklagte ihre Absicht mit, den Antrag abzulehnen. Die Klägerin habe sich in der Vergangenheit bei ähnlichen Veranstaltungen nicht an die Vorgaben des Amts für öffentliche Ordnung gehalten, auch seien Werbeveranstaltungen grundsätzlich nur im Bereich K-/B-straße und auf dem W-platz zugelassen, die teilweise schon anderweitig belegt seien.

Nach Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Verwaltungsgericht Stuttgart (Beschluss vom 04.09.2002 - 13 K 3959/02 -) erteilte S mit Bescheid vom 05.09.2002 gemäß § 46 Abs. 1 Nr. 8 und 9 StVO und § 16 StrG die widerrufliche Ausnahmegenehmigung, mit der sie in zeitlicher und räumlicher Hinsicht dem Antrag vom 22.08.2002 entsprach. Nach Nr. 18 des Gebührenverzeichnisses zur Satzung über Erlaubnisse und Gebühren für Sondernutzungen an öffentlichen Straßen in S1 vom 06.07.1994 (SNS) setzte sie eine Sondernutzungsgebühr in Höhe von 18.568,- EUR fest. Den von C u. a. gegen die Sondernutzungsgebühr eingelegten Widerspruch, den sie damit begründete, dass die Veranstaltung ausschließlich gemeinnützigen Zwecken gedient habe und keine Werbeveranstaltung im Sinne von Nr. 18 des Gebührenverzeichnisses gewesen sei, wies S mit Bescheid vom 28.11.2003, zugestellt am 03.12.2003, unter Erläuterung der Gebührenberechnung zurück. Die hiergegen gerichtete Klage hatte ebenso wenig Erfolg wie die Berufung. Im Berufungsurteil des VGH Mannheim wurde die Revision nicht zugelassen. C erhebt Nichtzulassungsbescheide und beruft sich auf eine grundsätzlich Bedeutung der Rechtssache vor dem Hintergrund, dass sie eine Religionsgemeinschaft sei und dies bei der Bemessung der Sondernutzungsgebühr hätte berücksichtigt werden müssen. Es werden insofern folgende Fragen aufgeworfen, die nach Auffassung der C grundsätzliche Bedeutung haben:

1. Muss der Schutzbereich der Grundrechte, insbesondere aus Art. 4 und 5 GG bei Bestimmung der angemessenen Gebühr für eine straßenrechtliche Sondernutzung auch dann berücksichtigt werden, wenn der kommunale Satzungsgeber bei Erfüllung eines bestimmten Gebührentatbestandes keine Rahmen- sondern eine Festgebühr vorsieht?
2. Muss dies jedenfalls dann gelten, wenn der Grundrechtsträger im öffentlichen Straßenraum keine wirtschaftliche Tätigkeit beantragt und auch nicht durchgeführt hat?
3. Besteht zwischen einer Sondernutzungsgebühr und der Zurverfügungstellung öffentlichen Straßengrundes immer dann ein Missverhältnis (gröbliche Verletzung des Äquivalenzprinzips), wenn die Sondernutzungsgebühr mehr als 100% höher ist als die Miete, die ein Ast. an einen privaten Eigentümer für die Überlassung einer vergleichbaren Fläche zu bezahlen hätte?“

Hat die Nichtzulassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg?

Die Nichtzulassungsbeschwerde wird nach § 132 II Nr. 1 VwGO nur dann Erfolg haben, wenn die aufgeworfenen Fragen einer gerichtlichen Klärung bedürfen. Dies hat das BVerwG jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass sich die Fragen ohne weiteres auf der Grundlage geltenden Rechts beantworten lassen.

## I. Berücksichtigung von Grundrechten bei Anwendung der Sondernutzungsgebührensatzung bei Festgebühren

„Es liegt schon mit Blick auf die Gesetzesbindung der Exekutive auf der Hand, dass die **Behörde nicht befugt** ist, die **Höhe der Sondernutzungsgebühren** unter Berücksichtigung der konkreten wirtschaftlichen Auswirkungen auf eine mit der Sondernutzung verbundene Ausübung von Grundrechten **eigenständig festzulegen, wenn die Sondernutzungsgebührensatzung insoweit kein Ermessen einräumt**, sondern für bestimmte Tatbestände genau bezifferte Festgebühren vorschreibt.

Das gilt **offenkundig** auch dann, wenn diese Festbeträge grundrechtlich geschützte Sondernutzungen erfassen, mit denen **keine wirtschaftliche Betätigung** verbunden ist (Teilfrage 2).“ (BVerwG aaO)

## II. Verfassungswidrigkeit einer Sondernutzungsgebührensatzung, die eine Festgebühren vorsieht und keinen Raum für eine einzelfallbezogene Berücksichtigung der mit einer Sondernutzung verbundenen Grundrechtsausübung auf öffentlichen Straßen belässt

„Mit dieser auf die satzungsrechtliche Regelungstechnik bezogenen Rüge wird **allenfalls eine klärungsbedürftige Frage des Landesrechts** aufgezeigt, nicht jedoch des Bundesverfassungsrechts selbst (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 132 II Nr. 1 VwGO Nr. 38, S. 7).

Das gilt in gleicher Weise, soweit es der Beschwerde um die gebührenrechtliche Erfassung solcher Formen der Grundrechtsausübung auf öffentlichen Straßen geht, bei denen die wirtschaftliche Betätigung keine Rolle spielt (Teilfrage 2).“ (BVerwG aaO)

## III. Berücksichtigung von Grundrechten bei Bemessung von Sondernutzungsgebühren

Der Maßstab für die Bemessung von Sondernutzungsgebühren ist aus dem Äquivalenzprinzip als gebührenrechtlicher Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes herzuleiten.

„Danach darf eine Sondernutzungsgebühr ihrer Höhe nach weder außer Verhältnis zum Ausmaß der mit der Sondernutzung verbundenen Beeinträchtigung der gemeingebrauchlichen Nutzungsmöglichkeiten noch außer Verhältnis zu dem mit der Straßennutzung verfolgten wirtschaftlichen Interesse stehen. Diese Vorgabe schließt für den Regelfall zugleich Gebührensätze aus, die zur Unwirtschaftlichkeit der Sondernutzung führen und diese damit faktisch verhindern. Dem Verbot einer wirtschaftlich erdrosselnden Gebührenerhebung kommt daher bei Sondernutzungsgebühren neben dem Äquivalenzprinzip regelmäßig keine eigenständige Bedeutung zu (BVerwGE 80, 36 [39ff.] = NVwZ 1989, 456; BVerwGE 26, 305 [311] = NJW 1967, 1101; zum Verbot prohibitiv wirkender Verwaltungsgebühren).“ (BVerwG aaO)

## IV. Differenzierung der Gebührenhöhe nach wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung

„Es ist in der Rechtsprechung des BVerwG geklärt, dass mit Blick auf das **Äquivalenzprinzip** bei der Gebührenbemessung **auch auf den wirtschaftlichen Wert** der Sondernutzung abzustellen ist (BVerwGE 80, 36 [40] = NVwZ 1989, 456). Dem trägt etwa die Regelung des § 8 III 6 FStrG Rechnung, wonach bei der Bemessung der Sondernutzungsgebühren neben Art und Ausmaß der Einwirkung auf die Straße und den **Gemeingebrauch** auch das wirtschaftliche Interesse des Gebührenschuldners zu berücksichtigen ist. Hinsichtlich der Gebührenhöhe ist folglich danach zu **differenzieren**, ob mit der Sondernutzung **wirtschaftliche Interessen** verfolgt werden oder nicht. Dies gilt in gleicher Weise für Sondernutzungen, die der **Ausübung grundrechtlicher Freiheiten** dienen. Denn es gibt **keinen Grundsatz** des Bundesrechts, dass die besondere, über das allgemein Zulässige hinausgehende **Inanspruchnahme öffentlicher Straßen dann gebührenfrei** sein müsse, wenn sie zum **Zwecke der Grundrechtsverwirklichung** geschieht (BVerwGE 56, 63 [71] = NJW 1978, 1937).

Die Vorinstanz hat nicht festgestellt, dass die gebührenpflichtige Veranstaltung der Kl. für diese ohne wirtschaftlichen Wert war. Sie hat im Gegenteil angenommen, dass es sich um eine ‚Werbeveranstaltung‘ nach Nr. 18 des der Satzung als Anlage 1 beigefügten Gebührenverzeichnisses gehandelt habe. Mit der Veranstaltung habe bei den Passanten ein **positives Bild der C erzeugt** werden sollen mit dem Ziel, deren weitere wirtschaftliche Betätigung zu fördern (‚**Verkaufsförderung**‘). Dem stehe nicht entgegen, dass an Ort und Stelle selbst keine Kurse, Bücher oder sonstige Materialien verkauft.“ (BVerwG aaO)

## V. Ortsübliche Miete als Vergleichsgröße

Bezüglich dieser Frage bedarf es nach Auffassung des BVerwG keiner Klärung im Revisionsverfahren, da sie auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerwG eindeutig verneint wird.

„Wie ausgeführt, besagt das Äquivalenzprinzip, dass eine Sondernutzungsgebühr **weder in einem Missverhältnis zu Art und Ausmaß der Einwirkungen** auf die Straße und den Gemeingebrauch **noch zu dem mit der Sondernutzung verfolgten wirtschaftlichen Interesse** stehen darf.

Es ist nicht möglich festzustellen, dass das Äquivalenzprinzip danach unabhängig von den Umständen des Einzelfalls immer dann verletzt ist, wenn die Sondernutzungsgebühr für die Inanspruchnahme des öffentlichen Straßenraums die gewerbliche Miete für die zeitgleiche Nutzung eines Ladenlokals in derselben Straße um mehr als 100% übersteigt. Die Beschwerde lässt zum einen außer Acht, dass in die Sondernutzungsgebühr auch die **Einwirkung auf die Straße** und die Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs einfließt, was bei Geschäftsraummieten nicht der Fall ist. Dieser Aspekt kann je nach Umfang der **Inanspruchnahme des öffentlichen Straßenraums** und **Intensität** des dadurch beeinträchtigten (Fußgänger-)Verkehrs eine deutliche Differenzierung der Gebührenhöhe rechtfertigen (vgl. BVerwGE 80, 36 [37f.] = NVwZ 1989, 456).

Zum anderen bemisst sich der **wirtschaftliche Wert** einer Sondernutzung wesentlich danach, in welcher **Art und Weise** sie durchgeführt wird. Hier geht es um eine **Werbeveranstaltung** zur Förderung der wirtschaftlichen Betätigung der C. Es liegt auf der Hand, dass solche Werbeveranstaltungen im Allgemeinen **erheblich mehr Aufmerksamkeit** erzeugen, wenn sie auf öffentlichen Straßen stattfinden und nicht innerhalb eines Verkaufslokals, zumal dann, wenn zu diesem Zweck - wie hier - eine **Straße im Zentrum einer Großstadt** in Anspruch genommen wird. Das wirtschaftliche Interesse an einer solchen verkaufsfördernden Werbeaktion kann den wirtschaftlichen Wert der Nutzung eines Verkaufslokals im selben Zeitraum, wie er in der gewerblichen Miete zum Ausdruck kommt, durchaus übersteigen.

Nach allem lässt sich aus dem Äquivalenzprinzip **kein prozentualer**, an gewerblichen Mieten für ein festes Verkaufslokal außerhalb öffentlicher Verkehrsflächen ausgerichteter **Gebührenhöchstsatz** für alle Arten von Sondernutzungen herleiten.“ (BVerwG aaO)

NdsGO  
§ 108

**Schutz gegen Kommunalwirtschaft**  
**Unterlassungsanspruch privater Unternehmer**

KommR

(OVG Lüneburg in NVwZ 2009, 258; Beschluss vom 14.08.2008 - 10 ME 280/08)

1. Die **Einschränkungen für kommunalwirtschaftliche Unternehmen** aus § 108 I GO Nds **gelten nicht für Einrichtungen nach § 108 III GO.**
2. Wird ein Hallenbad um eine Sauna erweitert, handelt es sich um eine unselbständige Nebeneinrichtung zu dem Hallenbad, welches ein Einrichtungen nach § 108 III Nr.2 GO Nds von den Bindungen des Abs. 1 befreit ist.
3. Auch eine eigenständige Saunaeinrichtung ist als **Einrichtung der Erholung** eine ähnliche Einrichtung nach § 108 III Nr. 2 GO.
4. Es spricht viel gegen eine **drittschützende Wirkung des § 108 I 2 Nr. 3 GO Nds**, auch wenn keine abschließende Entscheidung getroffen wurde.

**Fall:** E ist Eigentümer und Verpächter eines Unternehmens, das den Betrieb eines Hotels, eines Bistros sowie einer öffentlich zugänglichen Saunaanlage zum Gegenstand hat. P ist Pächter dieses Unternehmens. Die Beigel. ist eine Eigengesellschaft der Stadt S. Gegenstand des Unternehmens der Beigel. ist der Betrieb von Freibädern, Hallenbädern und sonstigen Badeeinrichtungen wie Sauna, Massagen, ferner Imbiss- und Erfrischungsstuben sowie ähnliche Einrichtungen. In der Vergangenheit betrieb die Beigel. im Freizeitbad in C. eine Sauna zur Größe von ca. 9 qm. Die Beigel. beabsichtigt den Bau einer so genannten Erlebnissauna im Freizeitbad, die u.a. vier Saunakabinen zur Größe von insgesamt rd. 90 qm, ein Dampfbad (rd. 8 qm) und diverse Nebenanlagen umfasst.

E und P. haben beantragt, der S im Wege einer einstweiligen Anordnung aufzugeben, die Arbeiten zur Errichtung einer Erlebnissauna im Freizeitbad C. bis zum Abschluss des Klageverfahrens einzustellen. Wird der Antrag Erfolg haben?

Der zulässige Antrag müsste begründet sein.

Mit der Untersagung der Bauarbeiten begehren E und P die Sicherung des bestehenden Zustandes, so dass es sich vorliegend um eine Sicherungsverfügung handelt. Es müssen daher ein Sicherungsanspruch und ein Sicherungsgrund vorliegen.

### I. Sicherungsgrund

Ein Sicherungsgrund ist nach § 123 I 1 VwGO gegeben, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Fraglich ist also, ob schon bei Bau der Saunaanlage eine solche Rechtsvereitelung droht.

*„Es gibt **keinen Anhalt** dafür, dass durch den Bau der von der Beigel. geplanten Sauna die Wahrnehmung der Rechte der Ast. **vereitelt oder wesentlich erschwert** wird. **Allenfalls durch den Betrieb einer Sauna seitens der Beigel. kommt die geltend gemachte Verletzung der Rechte der Ast. in Betracht.** Erst mit **Aufnahme des Saunabetriebes** entsteht eine für die Ast. **erschwerter Konkurrenzsituation**, die gegebenenfalls zu den erwarteten Umsatzeinbußen führen könnte. Deshalb ist **nicht zu befürchten**, dass nach der **Errichtung der Sauna** die Ast. ihr **Rechtsschutzziel nur wesentlich erschwert** werden erreichen können.*

*Für die in einem **Hauptsacheverfahren** zu beantwortende Frage, ob S. mit der **Errichtung oder wesentlichen Erweiterung** eines gemeindlichen Unternehmens **gegen § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO verstößt**, ist der Umstand, dass für dieses Unternehmen die **baulichen Anlagen bereits hergestellt** worden sind, **nicht entscheidungserheblich.**“ (OVG Lüneburg aaO)*

### II. Sicherungsanspruch

E und P müssten gegen S einen Unterlassungsanspruch haben.

1. Ein solcher Anspruch könnte sich aus **§ 108 I 2 Nr. 3 GO Nds** ergeben.

Vgl. für die anderen Bundesländer: § 107 I Nr. 3 GO NW, § 102 GO BW, Art. 87 GO Bay, §§ 100, 101 GO Bbg, § 65 LHO Bln, § 121 GO Hess, § 68 KommVerf MV, § 85 GO RhLPf, § 108 Komm-SelbstverwG Saarl, § 97 GO Sachs, § 116 GO SachsAnh., § 65 LHO HB; § 65 LHO HH; § 101 GO SH, § 71 KO Thür,

Nach dieser Bestimmung dürfen Gemeinden Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn und soweit der **öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.**

Der von E und P geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht jedoch nur, soweit diese **Bestimmung anwendbar** ist und sie sich auf eine Verletzung dieser Vorschrift berufen können, d.h. soweit die Regelung Drittschutz vermittelt.

Dies kommt aber überhaupt nur in Betracht, wenn die entsprechende Einschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit nach § 108 GO Nds überhaupt Anwendung finden. Dies ist nicht der Fall, wenn es sich bei der streitgegenständlichen Erlebnissauna um eine kommunale Einrichtung nach § 108 III GO Nds handelt, für welche die Einschränkungen des Abs. 1 überhaupt nicht gelten.

#### a) Erlebnissauna als untergeordnete Nebeneinrichtung des Hallenbades

„Nach § 108 III Nr. 2 NdsGO gelten u.a. **Einrichtungen des Sports und der Erholung** sowie Einrichtungen ähnlicher Art der Gemeinden nicht als Unternehmen im Sinne des Dritten Abschnitts der Niedersächsischen Gemeindeordnung (Unternehmen und Einrichtungen), so dass sie den in diesem Abschnitt normierten Beschränkungen nicht unterliegen.

Das Unternehmen der Beigel., nämlich der Betrieb von **Freibädern, Hallenbädern** und sonstigen Badeeinrichtungen wie **Sauna** und **Massagen** (§ 2 I der Satzung über die Errichtung der Beigel.), **zählt erkennbar hierzu.** Dabei ist davon auszugehen, dass Frei- und Hallenbädern häufig Saunen als unselbstständige Nebeneinrichtungen angegliedert sind. Der Senat sieht deshalb in dem Angebot einer Sauna eine **weit verbreitete Ergänzung und Abrundung des Angebotes kommunaler Bäder** und damit die zulässige Übernahme einer **untergeordneten Annexaufgabe** durch S.

Handelt es sich aber bei der Sauna nur um eine **untergeordnete Nebeneinrichtung** des Hallenbades, so richtet sich ihre **rechtliche Einordnung** nach der der Haupteinrichtung. Dabei ist es nicht von entscheidungserheblicher Bedeutung, dass die Öffnungszeiten der Sauna nicht mit denen des Hallenbades übereinstimmen.“ (OVG Lüneburg aaO)

#### b) Erlebnissauna als eigenständige Einrichtung

„Aber selbst wenn ... hierin eine selbstständige Einrichtung sehen wollte, so handelt es sich um eine Einrichtung der Erholung i.S.d. § 108 III Nr. 2 NdsGO, jedenfalls um eine solche ähnlicher Art.

Bei einer **Sauna** handelt es sich nach allgemeinem Verständnis um ein **Heißlufttraumbad**, das der Steigerung des Wohlbefindens - durch Anregung von Kreislauf und Stoffwechsel - sowie der Widerstandskraft gegen Infekte dient. Selbst bei der von E und P geforderten **engen Auslegung** des § 108 III Nr. 2 NdsGO unterliegt es keinen Zweifeln, dass zu den **Einrichtungen der Erholung** im Sinne dieser Bestimmung der **Betrieb einer Sauna** zählt. Dass die Beigel. bemüht ist, ihr Saunaangebot attraktiv zu gestalten, indem sie etwa verschiedene Saunatypen, ein Dampfbad, eine Kneipptreppe, ein Kaminzimmer und einen Loungebereich vorsieht, nimmt der Einrichtung nicht die rechtliche Einordnung als eine Einrichtung zur Erholung i.S. des § 108 III Nr. 2 NdsGO.“

#### c) Drittschutz durch § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO

Die Entscheidung über den drittschützenden Charakter dieser Regelung hat das OVG Lüneburg offen gelassen, jedoch gleichwohl dazu ausgeführt:

„Es erscheint zweifelhaft, ob dieser Bestimmung drittschützende Wirkung zukommt. Das VG hat dies unter Bezugnahme auf die überwiegende Ansicht im Schrifttum zu § 108 NdsGO n.F. mit **beachtlichen Gründen**, auf die der Senat verweist, verneint. Zwar sind die inhaltlichen Voraussetzungen für die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung gemeindlicher Unternehmen verschärft worden. Allein daraus, dass die gesetzlichen Anforderungen angehoben worden sind, kann aber nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass sich die Zielrichtung der genannten Bestimmung maßgeblich geändert hat und ihr nunmehr auch eine drittschützende Wirkung zukommen soll.

Wäre beabsichtigt gewesen, mit der Gesetzesänderung nicht nur die inhaltlichen Anforderungen an die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden anzuheben, sondern zudem den privaten Konkurrenten zu ermöglichen, die Einhaltung dieser Bestimmung gerichtlich durchsetzen zu können, wäre zu erwarten gewesen, dass dies in den **Gesetzgebungsmaterialien zum Ausdruck** kommt. Dies ist aber **zu verneinen.** (wird ausgeführt)“

Auch **inhaltlich** ist E und P entgegenzuhalten, dass die Aussage lediglich beinhaltet, dass sich die Position der **„mittelständischen Wirtschaft“**, mithin die Gesamtheit der mittelständischen Unternehmen gegenüber der kommunalen Konkurrenz verbessern soll; dass sich - gerade in rechtlicher Hinsicht - die **Situation** des **einzelnen privaten Unternehmers** gegenüber der Gemeinde durch Einräumung einer subjektiven Rechtsposition verbessern soll, lässt sich dieser Erklärung **nicht entnehmen**.

Dies deutet darauf hin, dass in der o.a. Aussage allein die mit der Änderung des § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO erwarteten Folgen im Tatsächlichen für die Gesamtheit der Unternehmen (Reflexwirkungen) umschrieben worden sind. Dies spricht eher gegen die Annahme, dass der Bestimmung des § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO eine drittschützende Wirkung zu Gunsten privater Konkurrenten zukommt. Letztlich kann der Senat diese Frage hier aber offenlassen.“ (OVG Lüneburg aaO)

2. Ein Sicherungsanspruch könnte sich auch aus den **Grundrechten** ergeben.

In Betracht kommt hier wegen eines Eingriffs in den Wettbewerb eine Verletzung von Art. 12 oder Art. 14 GG.

**a) Art. 12 GG**

„In dem Hinzutreten des Staates oder wie hier einer Eigengesellschaft der Gemeinde als Konkurrent kann lediglich eine weitgehend systemimmanente **Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks** gesehen werden, vor der das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) nicht bewahrt, solange dadurch nicht die private Konkurrenz unmöglich gemacht wird.“ (OVG Lüneburg aaO)

**b) Art. 14 GG**

„Art. 14 GG schützt ebenfalls nicht vor dem Auftreten eines neuen, auch in öffentlicher Trägerschaft stehenden Konkurrenten, es sei denn, dass dieser durch eine behördliche Maßnahme eine unerlaubte Monopolstellung erlangt. Die Wettbewerbsfreiheit darf durch die Konkurrenz eines durch eine Gemeinde gegründeten Betriebs nicht in unerträglichem Maße eingeschränkt werden; der Privatunternehmer darf in seinen Wettbewerbsmöglichkeiten nicht unzumutbar geschädigt werden, was übrigens weitgehend bereits aus den einfachgesetzlichen Regeln des Wettbewerbsrechts folgt (vgl. BVerwG NJW 1995, 2938 = NVwZ 1996, 61 L m.w.N.).“ (OVG Lüneburg aaO)

**c) Anwendung auf den Fall**

„Vor Aufnahme des Betriebs der Sauna tritt die Beigel. aber ohnehin nicht in Konkurrenz zu E und P. Unabhängig davon erhöht sich nach Aufnahme des Saunabetriebes durch die Beigel. zwar der Konkurrenzdruck zwischen den Anbietern, jedoch fehlen Anhaltspunkte dafür, dass dadurch jegliche private Konkurrenz unmöglich oder die Beigel. mit ihrem künftigen Angebot eine Monopolstellung anstrebt oder erreichen wird.“ (OVG Lüneburg aaO)

## Kurzauslese I

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

BGB  
§ 119

### Prozessvergleich wirksam trotz Geschäftsunfähigkeit einer Partei

BGB

(OLG Hamm in MDR 2009, 193; Urteil vom 22.10.2008 – 20 U 70/07)

Der in einem Anwaltsprozess von den Prozessbevollmächtigten der Parteien geschlossene Prozessvergleich ist nicht deshalb unwirksam, weil eine Partei bei Abschluss des Vergleichs vorübergehend geschäftsunfähig war.

*Der Kl. hat hier selbst keine Willenserklärung zum Abschluss des Vergleichs abgegeben. Der Prozessvergleich ist von seinem - auch insoweit bevollmächtigten - Prozessbevollmächtigten als seinem Vertreter nach § 164 BGB geschlossen worden. Der Vertreter gibt jedoch eine eigene Willenserklärung ab; er ist der rechtsgeschäftlich Handelnde. Soweit Fragen der Geschäftsunfähigkeit (als Zustand, in dem eine Willenserklärung überhaupt nicht wirksam abgegeben werden kann) betroffen sind, so ist - nach allgemeinen Grundsätzen - auf die Person des Vertreters und nicht auf die Person des Vertretenen abzustellen. Der Kl. behauptet selbst nicht, dass sein Prozessbevollmächtigter geschäftsunfähig war. Auf Mängel der erteilten Vollmacht beruft sich der Kl. ebenfalls nicht.*

*Aus der Vorschrift des § 166 I BGB folgt nichts Anderes: Die Norm ist nur auf Willensmängel nach § 116 ff. BGB anzuwenden, nicht auf die Regeln über die Geschäftsunfähigkeit nach §§ 104, 105 BGB. Im Übrigen wäre auch dann auf die Person des Vertreters, also auf den Prozessbevollmächtigten abzustellen.*

*§ 166 II BGB ist ebenfalls nicht einschlägig: Diese Norm bezweckt den Schutz des Geschäftspartners (davor, dass durch die Bevollmächtigung eines arglosen Dritten die gesetzliche Folge der Mangelhaftigkeit eines Rechtsaktes umgangen wird, BGHZ 51, 141; BGHZ 38, 65) und nicht den Schutz des Vertretenen.*

*Daraus folgt, dass ist der Einwand einer Partei, bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts, insbesondere eines gerichtlichen Vergleichs nicht geschäftsfähig gewesen zu sein, von vornherein aussichtslos ist, wenn nicht nur die Partei selbst, sondern gleichzeitig auch ein bevollmächtigter Vertreter an dem Abschluss beteiligt war.“ (BGH aaO).*

BGB  
§ 293

### Annahmeverzug des Gläubigers Zinsanspruch

BGB

(OLG Rostock in ZMR 2009, 103; Urteil vom 16.07.2008 – 1 U 48/08)

Befindet sich der Gläubiger in Annahmeverzug gem. § 293 BGB, so ist der Schuldner während des Verzuges von jeder Zinspflicht befreit. Dies gilt für alle Arten von Zinsen, unabhängig davon, ob diese kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäft geschuldet werden.

*„Voraussetzung für die Begründung des Annahmeverzugs des Gläubigers ist ein Angebot der Leistung, so wie sie geschuldet wird am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der rechten Weise (Palandt/Heinrichs, BGB, § 294 Rn 3). Sie muss sowohl nach Art, Güte und Menge dem Inhalt des Schuldverhältnisses entsprechen.“ (OLG Rostock aaO).*

BGB  
§ 535

### Mietkaution Verwertungsfunktion

BGB

(OLG Karlsruhe in ZMR 2009, 121; Beschluss vom 18.08.2008 – 8 W 34/08)

Nach Beendigung des Mietverhältnisses hat die Kautions nicht nur Sicherungs-, sondern auch Verwertungsfunktion. Die Forderung, auf die der Vermieter sich zur Rechtfertigung der Verwertung der Kautions beruft, muss nicht unstreitig sein.

*„Nach Beendigung des Mietverhältnisses hat die Kautions nicht nur Sicherungs-, sondern auch Verwertungsfunktion. Gerade wenn die Kautions ihren Zweck erfüllen soll, dem Vermieter - nach Beendigung des Mietverhältnisses - die Möglichkeit zu geben, sich wegen noch bestehender Ansprüche auf einfache Weise befriedigen zu können, muss ihm die Kautions als Instrument zur schnellen Durchsetzung seiner Ansprüche zur Verfügung stehen (Müller/Walther, Miet- und Pachtrecht, C § 551 Rn 199). Dieser Zweck würde vereitelt, wenn der Vermieter zunächst die Klärung streitiger Ansprüche in einem Rechtsstreit herbeiführen müsste (Kluth/Grün NZM 2002, 1015).*

*Ebenso wie bei der Barkautions darf deshalb der Vermieter - bei beendetem Mietverhältnis - grundsätzlich auf die verpfändete Forderung zugreifen (LG Potsdam Grundeigentum 2007, 1253; Kluth/Grün NZM 2002, 1015; a. A. LG Darmstadt ZMR 2005, 194; LG Wuppertal NJW-RR 2004, 1309). Voraussetzung ist allerdings, dass der Vermieter bei Beendigung des Mietverhältnisses eine Abrechnung über seine noch offenen Forderungen aufstellt und diese von der Kautions abzieht.“ (OLG Karlsruhe aaO).*

BGB  
§ 323 II 5**Komfortmangel**  
**Bremsgeräusche eines Pkw**

BGB

(OLG Schleswig in MDR 2009, 200; Urteil vom 25.07.2008 – 14 U 125/07)

Ein **Komfortmangel** in Form von **wiederholten, quietschenden Bremsgeräuschen**, die auch bei geschlossenem Fenster zu vernehmen sind, stellt **bei Fahrzeugen der gehobenen Kategorie** in einer Preisklasse von 75.000 € **einen erheblichen Mangel** dar, weil die Komforteinbuße beträchtlich ist und der Käufer berechtigterweise erwarten durfte, dass eine solche nicht auftritt.

„Denn auch ein sog. Komfortmangel stellt einen erheblichen Mangel dar, wenn die **Komforteinbuße beträchtlich** ist und der Käufer berechtigterweise erwarten durfte, dass eine solche nicht auftritt. Für die Beurteilung, ob es sich nur um einen unerheblichen Mangel handelt, der den Rücktritt nicht rechtfertigen würde, ist eine umfassende Interessenabwägung nach der Verkehrsanschauung und unter Würdigung der Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Zu berücksichtigen sind dabei vor allem der für eine etwaige Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand bzw. bei nicht behebbaren Mängeln die von ihnen ausgehende funktionelle, ästhetische oder sonstige Beeinträchtigung. Da hier der Mangel als nicht behebbbar einzustufen ist, weil eine wirksame Möglichkeit zur endgültigen Behebung der Bremsgeräusche nicht dargetan ist, kommt es auf die durch den Mangel verursachten Beeinträchtigungen an. Diese sind so beträchtlich, dass der Mangel als erheblich einzuordnen ist. Ein wiederholtes Quietschen während einer längeren Phase nach Fahrtantritt, das auch bei geschlossenem Fenster zu vernehmen ist, bedeutet eine erhebliche Störung. **Bei Fahrzeugen der gehobenen Kategorie** in einer Preisklasse von 75.000 €, bei denen auch der **Fahrkomfort eine wichtige Eigenschaft** ist, kann auch berechtigterweise erwartet werden, dass solche störenden Geräusche nicht vorhanden sind.“ (OLG Schleswig aaO).

BGB  
§ 781**Schuldanerkenntnis**  
**vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung**

BGB

(BGH in NJW 2009, 580; Urteil vom 11.11.2008 - VIII ZR 265/07)

Die **vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung** stellt für sich genommen **weder die Annahme eines deklaratorischen noch eines „tatsächlichen“ Anerkenntnisses** der beglichenen Forderung dar.

„Der Umstand, dass eine Rechnung vorbehaltlos beglichen wird, enthält über seinen **Charakter als Erfüllungshandlung** (§ 363 BGB) hinaus keine Aussage des Schuldners, zugleich den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen. Das gilt auch für die tatsächlichen Grundlagen der einzelnen Anspruchsmerkmale. Zwar wird es in der Rspr. des BGH nicht als ausgeschlossen angesehen, der vorbehaltlosen Begleichung einer Rechnung zugleich eine Anerkenntniswirkung hinsichtlich der zu Grunde liegenden Forderung beizumessen. Dies **erfordert aber stets ein Vorliegen weiterer Umstände**, die geeignet sind, eine derartige Wertung zu tragen. Solche Umstände sind hier nicht festgestellt. Für sich genommen rechtfertigt die Bezahlung der Rechnung nicht die Annahme eines Anerkenntnisses (BGH in NJW-RR 2007, 530).“ (BGH aaO).

StGB  
§ 78c I 1 Nr.5**Verjährungsunterbrechung**  
**internationaler Haftbefehl**

StGB

(OLG Saarbrücken in NJW 2009, 609; Beschluss vom 14.05.2008 – 1 Ws 84/08)

Die **Abfassung eines Haftbefehls in internationaler Form** durch den hierfür **zuständigen Haftrichter** ist geeignet, die **Verjährung gem. § 78c I Nr.5 StGB zu unterbrechen**.

„Mit der GenStA teilt der Senat die Auffassung des AG und des LG, dass hierdurch eine **richterliche Entscheidung i.S. des § 78c I 1 Nr. 5 StGB** getroffen wurde, welche einen Haftbefehl aufrechterhält.

Richterliche Entscheidungen [i. S. des § 78c I 1 Nr.5 StGB] sind nach zutreffend erscheinender Auffassung nicht nur die Entscheidungen nach §§ 117ff. und 121ff. StPO und sonstige explizite Haftfortdauerentscheidungen, sondern auch solche Entscheidungen, bei denen die Haftfrage inzident geprüft wird (str., vgl. Fischer, StGB, § 78c Rn 15; Jähnke, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 78c Rn 29; MüKo-StGB/Mitsch, § 78c Rn 12; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 78c Rn 7). Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn einer Entscheidung eine Wirkung beigemessen werden kann, die als „Aufrechterhalten“ deswegen bezeichnet werden kann, weil sich der Richter mit den für die Haftfrage bedeutsamen Umständen auseinandersetzen hatte.

Dementsprechend hat auch der 5. Senat des BGH (BGHSt 39, 233 = NJW 1993,2692 = NStZ 1993, 493) die Außervollzugsetzung eines Haftbefehls und die Abänderung von Haftverschonungsaufgaben als Entscheidungen angesehen, die den Haftbefehl aufrechterhalten und die Verjährung nach § 78c I 1 Nr. 5 StGB unterbrechen. Zur Begründung hat er ausgeführt, wegen der Vorschrift des § 120 I StPO werde bei jeder Entscheidung über die Haftverhältnisse und die Haftverschonungsaufgaben inzident auch über den Bestand des Haftbefehls entschieden. Solche Beschlüsse enthielten daher auch ohne ausdrücklichen Ausdruck die Entscheidung, dass die Voraussetzungen des Haftbefehls weiterhin vorliegen. Allerdings wird man eine solche Wirkung noch nicht allein daraus entnehmen können, dass Gericht und StA gem. § 120 StPO stets von Amts wegen zu prüfen haben, ob die Fortdauer der Untersuchungshaft noch gerechtfertigt ist (vgl. hierzu Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl., § 120 Rn 2 u. § 117 Rn 2), denn diese Befassung wird aktenmäßig regelmäßig nicht dokumentiert.

Vorliegend ist die **richterliche Befassung mit der Haftfrage demgegenüber aktenmäßig dokumentiert**. Als für den Erlass eines Haftbefehls und jede Haftfortdauerentscheidung derzeit zuständiger Haftrichter (§ 126 I 1 StPO) war der Ermittlungsrichter des AG aus Anlass des Betriebens der Einlieferung des Besch. aus Italien mit der Haftfrage erneut konkret konfrontiert und befasst worden. Wenn sich auch die Befassung in der erneuten Ausfertigung des bereits bestehenden Haftbefehls zwar vordergründig lediglich in formalen Änderungen (Ausschreiben der Abkürzungen) niederschlägt, ändert dies nichts daran, dass der Haftrichter sich im Rahmen des Rechtshilfeprozesses erneut mit der Frage der Aufrechterhaltung der Haftanordnung zu befassen hatte und dies auch getan hat, indem er die Abfassung des Haftbefehls in internationaler Form veranlasst hat.

Als Haftrichter war er - anders als im Falle eines Europäischen Haftbefehls, der auf der Grundlage eines innerstaatlichen gerichtlichen Haftbefehls von der StA zu fertigen ist (vgl. Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, Internat. Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl., Vorb. § 78 Rn 29) - auch für die „Abfassung des Haftbefehls“ (RiVAST Nr. 94) in internationaler Form zu-

ständig. Dass er diese Abfassung mutmaßlich lediglich - mündlich oder schriftlich - veranlasst und nicht etwa selbst schreib-technisch bewerkstelligt hat, ändert nichts daran, dass er mit der entsprechenden Anordnung eine ihm zurechenbare richterliche Entscheidung getroffen hat.“ (BGH aaO).

StGB  
§ 185

### Beleidigung Todesdrohung

StGB

(OLG Oldenburg in NSTZ-RR 2009, 77; Beschluss vom 06.11.2008 – Ss 412/08)

Allein in der **Drohung, einem anderen Menschen das Leben zu nehmen, ist noch nicht die Kundgabe seiner Miss- oder Nichtachtung zu sehen, sodass der Tatbestand der Beleidigung dadurch nicht erfüllt wird.**

„Der Tatbestand der Beleidigung verlangt eine **Kundgabe der Missachtung**, Geringschätzung oder Nichtachtung. Vorausgesetzt wird eine Äußerung, die dem Betroffenen einen nicht vorhandenen Mangel an personalem Geltungswert ausdrücklich oder in Form einer Implikation nachsagt (Leipziger Kommentar - Hilgendorf, 11. Aufl., § 185 Rn 1). Die dem Angekl. zur Last gelegte Äußerung: „Wenn nicht Sie dort säßen, sondern der Herr X und ich eine Pistole dabei hätte - dann **würde ich ihn erschießen**“, **unterstellt dem Verwaltungsbeamten X keinen Makel**, der dessen personalen oder sozialen Geltungswert herabmindern würde: Ebenso wie nicht jede Missachtung der körperlichen Integrität oder der Willensbetätigungsfreiheit in ein Beleidigungsdelikt umgewandelt werden kann (Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 185 Rn 18), ist allein in der Drohung, einem anderen Menschen das Leben zu nehmen, noch nicht dessen Miss- oder Nichtachtung zu sehen.“ (OLG Oldenburg aaO).

StGB  
§ 263 I

### Betrug

StGB

**unterlassene Aufklärung eines Sachbearbeiters der Bundesagentur für Arbeit**

(OLG München in NSTZ 2009, 156; Urteil vom 31.10.2007 – 4 St RR 159/07)

**Teilt ein Empfänger von Sozialleistungen der zuständigen Behörde eine Änderung der für die Leistungsgewährung maßgeblichen Verhältnisse mit, leistet jedoch die Behörde irrtümlich weiterhin, so kommt eine Strafbarkeit des Betroffenen wegen Betrugs durch Unterlassen dennoch in Betracht, wenn er den zuständigen Sachbearbeiter nicht über den Irrtum aufklärt.**

„Der Angekl. hat nicht durch aktives Verhalten getäuscht. Denn es ist nicht festgestellt, dass er bei der Antragstellung oder später unrichtige Angaben gemacht hätte oder in sonstiger Weise durch sein Verhalten einen Irrtum bei den zuständigen Bediensteten der Bundesagentur für Arbeit begründet, gefördert oder unterhalten hätte. Eine aktive Täuschungshandlung ist insbesondere auch nicht darin zu sehen, dass er die ihm zu Unrecht überwiesenen Geldbeträge entgegengenommen und verbraucht hat. Dieses Verhalten stellt sich vielmehr als ein **bloßes Ausnutzen eines bei den Bediensteten der Bundesagentur für Arbeit bereits bestehenden Irrtums** dar, das von § 263 StGB nicht erfasst wird (OLG Köln NJW 1984, 1979; OLG Hamburg wistra 2004, 151 jew. mwN).

Der Angekl. hat jedoch die **Täuschung durch Unterlassen** bewirkt: Seine gem. § 13 I StGB erforderliche **Garantenpflicht folgt insoweit aus § 60 I Nr. 2 SGB I**. Die Vorschrift ist anwendbar, weil die Eingliederungsbeihilfe auf Grund der §§ 217 ff. SGB III gewährt worden war, und § 60 SGB I ausweislich der amtlichen Überschrift des 3. Abschnitts des SGB I und entsprechend der Gesetzessystematik eine gemeinsame Vorschrift für alle Sozialleistungsbereiche des Sozialgesetzbuches darstellt. Danach hatte der Angekl. die Pflicht, Änderungen in den Verhältnissen, die für die Leistung erheblich sind oder über die im Zusammenhang mit der Leistung Erklärungen abgegeben worden sind, unverzüglich mitzuteilen. Die amtsgerichtlichen Feststellungen tragen insoweit den Schuldspruch. Denn der Angekl. konnte sich nicht auf die bloße Beauftragung des Steuerberaters beschränken. Alleine mit dieser Auftragserteilung hatte er die von ihm geforderten Mitwirkungspflichten noch nicht ausreichend erfüllt. Die **Mitteilungspflicht des § 60 I Nr. 2 SGB I ist Teil einer effektiven Mitwirkungspflicht des Leistungsempfängers, auf die die Bundesagentur für Arbeit im Rahmen ihrer umfassenden Aufklärungspflicht angewiesen ist**. Adressat einer solchen Mitteilung ist die Bundesagentur für Arbeit, und ihr Zweck besteht darin, bei der Behörde irriige Vorstellungen der Personen zu beseitigen, die zugunsten des Leistungsempfängers eine Verfügung i.S.v. § 263 I StGB treffen, um wen es sich dabei im Einzelnen auch handeln mag. Dieser Zweck ist aber nicht erreicht, wenn weiterhin Zahlungen durch die Behörde erfolgen. Gehen daher in einem solchen Fall weitere Zahlungen der Behörde bei dem Leistungsempfänger ein, so liegt es nahe, dass die Mitteilung die Behörde oder zumindest den zuständigen Bediensteten nicht erreicht hat. Der **Leistungsempfänger hat dann die Pflicht, die Mitteilung in geeigneter Form zu wiederholen und auf diese Weise zu gewährleisten, dass der zuständige Bedienstete von den veränderten Umständen unverzüglich Kenntnis erhält** (vgl. NSTZ 2003, 374; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., § 263 Rn 23a). Hierfür spielt es keine Rolle, auf welchen Umständen die irrigen Vorstellungen des verfügenden Behördenmitarbeiters beruhen, ob also der Steuerberater den ihm vom Angekl. erteilten Auftrag nicht ausgeführt hat, oder ob er dies zwar getan hat, jedoch die Mitteilung an einen anderen Behördenangehörigen gelangte und aufgrund eines behördeninternen Versehens nicht den zuständigen Mitarbeiter erreichte.“ (OLG München aaO).

StGB  
§ 355

### Verletzung des Steuergeheimnisses Versendung von Steuerakten an die Staatsanwaltschaft

StGB

(OLG Hamm in NSTZ 2009, 162; Beschluss vom 22.10.2007 – 3 Ws 461/06)

**Übersendet ein Finanzbeamter einen Einspruchsbescheid in nicht anonymisierter Form an die Staatsanwaltschaft, so offenbart er Verhältnisse, die dem Schutzbereich des § 355 StGB unterfallen.**

„**Verhältnisse [i.S. des § 355 StGB]** sind nicht nur **Einkommens- und Vermögensverhältnisse, sondern auch persönliche Umstände** und sonstige steuerrechtlich relevante oder nicht relevante Verhältnisse, die nicht allgemeinkundig sind, in einer öffentlichen Gerichtsverhandlung erörtert wurden oder an deren Geheimhaltung offensichtlich kein Beteiligter ein Interesse hat (vgl. Schönke/Schröder-Perron, StGB, 27. Aufl., § 355 Rn 4). Derartige vom Schutzbereich der Norm erfasste Verhältnisse sind jedenfalls in der nicht anonymisierten Fassung des Einspruchsbescheides enthalten, die der Ast. in seiner Antragschrift in vollem Wortlaut dargetan hat.“ (OLG Hamm aaO).

TKG  
§ 67 I**Werbeanrufe mittels Telefoncomputer  
Einverständniserklärung**

öffR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2009, 159; Beschluss vom 26.09.2008 – 13 B 1331/08)

Im Wege des sog. „Listbrokings“ von Drittunternehmen eingeholte **formulärmäßige Einverständniserklärungen** der Verbraucher stellen **keine wirksamen Einwilligungen in Werbeanrufe mittels Telefoncomputern** dar.

„Die Ast. [hat] nach eigenem Vortrag vor ihren Werbeanrufern **keine individuellen Einwilligungserklärungen eingeholt**, sondern im Wege des sog. Listbrokings von Drittunternehmen (formulärmäßige) Einverständniserklärungen „angemietet“. Diese stellen **keine wirksame Einwilligung in die automatisierten Werbeanrufe** dar, wie das VG eingehend und überzeugend unter Berücksichtigung der Rspr. des BGH dargestellt hat (vgl. hierzu: BGHZ 141, 124 = NJW 1999, 1864; BGH NJW 2000, 2677; vgl. auch BGHZ 141, 137 = NJW 1999, 2279; OLG Hamm MMR 2007, 54 = K&R 2006, 524).

Die Verwendung vorformulierter Einwilligungserklärungen für spätere telefonische Werbeanrufe eines Unternehmens unterliegt der Kontrolle nach den Bestimmungen über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305ff. BGB). Derartige Einwilligungserklärungen sind **wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 II 1, II Nr. 1 BGB unwirksam**. Solche Werbeanrufe betreffen nicht das konkrete, mit der Einwilligungserklärung in Zusammenhang stehende Vertragsverhältnis, sondern Werbung für andere, zukünftige Vertragsverhältnisse. Die Wirksamkeit dieser Einwilligungen ist daher zu verneinen, weil es für den Kunden praktisch unüberschaubar ist, wer sich letztlich auf eine solche Erklärung berufen kann.

Soweit die Ast. die Entscheidung des BGH (NJW 2008, 3055), anführt, verhilft ihr dies nicht zum Erfolg: Es liegt kein Bruch mit der bisherigen Rspr. zur Einwilligung in automatisierte Werbeanrufe vor. Auch in dieser Entscheidung hat der BGH wiederum betont, dass für die Erteilung der Einwilligung in Werbung eine gesonderte Erklärung erforderlich sei, die eine zusätzliche Unterschrift oder eine individuelles Markieren eines entsprechenden Feldes verlange. Die Unangemessenheit der Klausel entfällt im Übrigen nicht dadurch, dass die vorformulierten Einwilligungserklärungen - nach dem Vortrag der Ast. - über eine kostenlose Rufnummer widerruflich seien. Die **Initiative zur Wiederherstellung der ungestörten Privatsphäre** wird damit **unzulässigerweise auf den betr. Verbraucher verlagert** (vgl. BGH NJW 2000, 2677).“ (OVG Münster aaO).

NdsSchulG  
§ 60**Gleichbehandlungsgebot  
Anforderungen an Nachschreibeklausur**

öffR

(VG Oldenburg in NVwZ-RR 2009, 164; Beschluss vom 28.08.2008 – 5 B 2228/08)

Es genügt dem **Gleichbehandlungsgrundsatz**, wenn eine **Nachschreibeklausur mit der versäumten Klassenarbeit anforderungsidentisch** ist; eine Nachschreibeklausur darf daher auch Aufgaben zu Themen enthalten, die nach dem versäumten Arbeitstermin behandelt wurden.

„Die vom Ast. nachgeschriebene Klassenarbeit [war] ihrer Konzeption und Schwierigkeit nach durchaus **mit der vom Ast. krankheitsbedingt versäumten Arbeit vergleichbar** (wird ausgeführt).

Eine solche Anforderungsidentität reicht nach Ansicht der Kammer aus, um dem vom Ast. hier angemahnten Gleichbehandlungsanspruch zu genügen. Einen Anspruch darauf, dass eine Nachschreibearbeit denselben Inhalt hat, wie die versäumte oder gar aufgabenidentisch ist, vermag das VG hingegen nicht zu sehen. Diese Konstellation könnte sogar im Gegenteil zu einer Benachteiligung der Schüler führen, die zuerst die Arbeit schrieben, da den Nachschreibenden mehr Vorbereitungszeit zur Verfügung gestanden haben könnte. Es ist daher nichts dagegen einzuwenden, wenn eine Nachschreibearbeit auch Aufgaben aus einem Stoffgebiet umfasst, welches erst nach der versäumten Klassenarbeit behandelt wurde. Dies dürfte jedenfalls dann gelten, wenn - wie hier - die Anforderungen dem Grunde nach identisch und gemessen an den Vorgaben der Rahmenrichtlinien und der Vorbereitung im Unterricht auch insgesamt angemessen sind.“ (VG Oldenburg aaO).

NIRSG Rh.-Pf.  
§ 7 I 1**Rauchverbot in Schulen  
rechtmäßig**

öffR

(VerfGH Rh.-Pf. in DöV 2009, 171; Urteil vom 30.09.2008 –VGH B 29/08)

Die Regelung des **§ 7 I 1 Nichtraucherschutzgesetzes Rh.-Pf.**, wonach ein Rauchverbot in Schulen und während schulischer Veranstaltungen gilt, ist **rechtmäßig**.

„Die Bf. [Lehrer] sind zwar auch Träger der allgemeinen Handlungsfreiheit. Dieses Grundrecht kann aber vom Landesgesetzgeber für den Bereich der Schulen einschließlich des Schulgeländes eingeschränkt werden. Der Gesetzgeber verfolgt gerade mit der Absicht, **Schülerinnen und Schüler durch präventive Maßnahmen von Anfang an vom Rauchen abzuhalten**, ein **Gemeinwohlziel**, das die den Beschwerdeführern auferlegten Beschränkungen rechtfertigt.

Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass Lehrer gem. Art. 36 der Landesverfassung gehalten sind, ihr Amt als Erzieher im Sinne der Grundsätze der Verfassung auszuüben. Hierzu zählt insbesondere die Verpflichtung des Staates nach Art. 27 II der Landesverfassung, eine geordnete Erziehung der Kinder und Jugendlichen zu sichern. Sie kann auch die Aufgabe umfassen, das Eintreten von **Gesundheitsgefahren für Schülerinnen und Schüler zu vermeiden**. Der **Gesetzgeber ist daher berechtigt, präventive Maßnahmen gegen die Gesundheitsgefahren zu ergreifen**, die mit dem Rauchen verbunden sind.“ (VerfGH Rh.-Pf. aaO).

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO

**negative Feststellungsklage**

ZPO

§ 256 I

**Kunstfreiheit und postmortales Persönlichkeitsrecht**

(BGH in NJW 2009, 751; Versäumnisurteil vom 16.09.2008 - VI ZR 244/07)

1. **Streitgegenstand** einer **negativen Feststellungsklage** ist das Rechtsverhältnis, dessen Nichtbestehen die klagende Partei gerichtlich festgestellt.
2. Ein **Feststellungsinteresse** besteht, wenn dem Recht oder der Rechtslage der klagenden Partei eine **gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit** droht und wenn das erstrebte **Urteil geeignet** ist, diese **Gefahr zu beseitigen**.
3. Die **Besonderheiten künstlerischer Ausdrucksformen** erfordern bei der Prüfung einer Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts eine **kunstspezifische Betrachtung**.
4. Ein literarisches Werk, ist zunächst als Fiktion anzusehen, das **keinen Faktizitätsanspruch** erhebt. Die Vermutung der Fiktionalität gilt im Ausgangspunkt auch dann, wenn hinter den Figuren reale Personen als Urbilder erkennbar sind.

Fall: Die Bekl. ist die Mutter der am 31.05.2004 verstorbenen F. Die damals 14 Jahre alte Tochter wurde auf einem Parkplatz von einem türkischen Heranwachsenden nach einem gemeinsam mit der 13-jährigen Freundin von F und einem Freund des Täters unternommenen Ausflug mit zahlreichen Messerstichen getötet. Die Freundin wurde von dem Freund des Täters ebenfalls mit Messerstichen lebensgefährlich verletzt. Das Tatgeschehen erregte wegen seiner Brutalität großes Aufsehen und war als so genannter „Hagener Mädchenmord-Fall“ Gegenstand bundesweiter Medienberichte. Die beiden Täter sind rechtskräftig zu langjährigen Jugendstrafen verurteilt worden. Die Kl. ist der Theaterverlag des Dramatikers Lutz Hübner, der im Jahr 2005 im Auftrag der Theater & Philharmonie E-GmbH das Jugendtheaterstück „Ehrensache“ schrieb. Die Verwertung sämtlicher Urheberrechte einschließlich aller Nebenrechte an dem Stück übertrug er der Kl., die ihrerseits Aufführungsrechte an verschiedene Theater vergab. Am 09.12.2005 wurde das Stück uraufgeführt. Die Bekl. hat sich in zahlreichen gerichtlichen Verfahren gegen Aufführungen des Stücks gewandt. Sie sieht in dem Bühnenstück „Ehrensache“ eine teilweise detailgetreue Darstellung des Geschehens um den Tod ihrer Tochter, die in der Hauptfigur der „Ellena“ unschwer wieder zu erkennen sei. Durch die Konzentration auf charakterliche und moralische Schwächen und die Hinzudichtung unwahrer Tatsachen erscheine F in der Figur der „Ellena“ in einem extrem negativen Licht, welches das Lebensbild ihrer Tochter entstelle und deren postmortalen Achtungsanspruch verletze. Die Kl. erstrebt mit einer negativen Feststellungsklage eine verbindliche Klärung ihrer Verwertungsrechte. Wird die Klage Erfolg haben?

### I. Zulässigkeit der Klage

Die negative Feststellungsklage müsste zunächst zulässig sein.

#### 1. feststellungsfähiges Rechtsverhältnis

Nach § 256 I ZPO kann Gegenstand einer Feststellungsklage grundsätzlich die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses sein. Unter Rechtsverhältnis ist eine bestimmte, rechtlich geregelte Beziehung einer Person zu anderen Personen oder einer Person zu einer Sache zu verstehen (vgl. BGHZ 22, 43 [47] = NJW 1957, 21; BGH, NJW 2000, 2663 [2664] = NZM 2000, 825; NJW 2001, 3789). Vorliegend ist das Klagebegehren dahin zu verstehen, dass die Kl. die Feststellung begehrt, dass zwischen ihr und der Bekl. ein bestimmtes Rechtsverhältnis nicht besteht.

*„Streitgegenstand einer negativen Feststellungsklage ist das Rechtsverhältnis, dessen Nichtbestehen die klagende Partei gerichtlich festgestellt wissen will (Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., Einl., Rn. 78 m.w.N). Dieses ist vorliegend der Anspruch der Bekl. auf Unterlassung der Aufführung und Verbreitung des Bühnenstücks ‚Ehrensache‘. Der Sache nach erstrebt die Kl. die Feststellung, dass dieser Anspruch nicht besteht.*

*Der Umstand, dass die Bekl. bislang nur einzelne Theater, nicht aber die Kl. auf Unterlassung in Anspruch genommen hat, bedeutet nicht, dass zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits kein Rechtsverhältnis besteht. Die Bekl. hat die von ihr gegenüber den Theatern erhobenen Unterlas-*

sungsansprüche nämlich nicht allein auf die Ausgestaltung der jeweiligen Inszenierung gestützt, sondern - ebenso wie im vorliegenden Rechtsstreit - die von ihr geltend gemachte Verletzung des Persönlichkeitsrechts in erster Linie in dem Theaterstück selbst gesehen. Ihr geht es nicht um ein Aufführungsverbot hinsichtlich bestimmter, das Persönlichkeitsrecht besonders beeinträchtigender Szenen oder Inszenierungen, sondern darum, generell eine Veröffentlichung und Verbreitung des von ihr beanstandeten Dramas in der vorliegenden Fassung zu verhindern. Die Bekl. macht nicht etwa geltend, dass die Kl. aus urheberrechtlichen Gründen das Werk nicht verbreiten dürfe (vgl. dazu BGH, NJW 2001, 3789), sondern sieht vielmehr in der Verbreitung, zu der auch die Übertragung der Verwertungsrechte zählt, eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Damit stellt sich die Frage der Zulässigkeit der Verbreitung des Werks auch zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits, denn mit der Übertragung der Verwertungsrechte ist die Kl. selbst unmittelbar an der Verbreitung beteiligt. Mithin betrifft die von der Bekl. beanspruchte Unterlassung auch ein zwischen ihr und der Kl. bestehendes Rechtsverhältnis.“ (BGH aaO)

## 2. Feststellungsinteresse

Das für die Zulässigkeit der Feststellungsklage gem. § 256 I ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor.

„Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage der klagenden Partei eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (BGHZ 69, 144 [147] = NJW 1978, 272; BGH, NJW 1986, 2507 m.w.N.). Als Inhaberin der Verwertungsrechte hat die Kl. ein schützenswertes Interesse daran, dass die durch das Vorgehen der Bekl. gegen einzelne Theater entstandene Unsicherheit bezüglich der Rechtsfrage beseitigt wird, ob das Theaterstück veröffentlicht werden darf und von den Bühnen, denen die Kl. die Verwertung der Urheberrechte übertragen hat oder zukünftig überträgt, ungehindert aufgeführt werden kann oder ob die Bekl. die Veröffentlichung und Verbreitung des Werks durch Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts verbieten lassen kann.“ (BGH aaO)

Dem steht vorliegend nicht entgegen, dass bei einer negativen Feststellungsklage das rechtliche Interesse des Kl. regelmäßig aus einer vom Bekl. aufgestellten Bestandsbehauptung („Berühmung“) der vom Kl. verneinten Rechtslage entsteht (BGHZ 91, 37 [41] = NJW 1984, 1754; BGH, NJW 1995, 2032 [2033] m.w.N.).

„Eine ausdrückliche Berühmung des potenziellen Gläubigers ist dafür nämlich nicht erforderlich. Ein Feststellungsinteresse kann bereits gegeben sein, wenn der Kl. befürchten muss, dass ihm der Bekl. auf Grund seines vermeintlichen Rechts ernstliche Hindernisse entgegensetzen werde. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Bekl. mit einer nach Treu und Glauben zu erwartenden eindeutigen Erklärung zurückhält (BGHZ 69, 37 [46] = NJW 1977, 1637 m.w.N.).

Diese Voraussetzung ist vorliegend gegeben, da die Bekl. nach den vom BerGer. getroffenen Feststellungen die von ihr verlangte Unterlassungsverpflichtungserklärung, die zur Beseitigung der entstandenen Rechtsunsicherheit geeignet gewesen wäre, nicht abgegeben hat. Im Hinblick darauf kann offen bleiben, ob das auf Seiten der Kl. erforderliche Feststellungsinteresse unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falls nicht schon im Hinblick darauf zu bejahen ist, dass die Bekl. sich gegenüber zahlreichen Theatern eines Anspruchs auf Unterlassung der Aufführung und damit auch der Verbreitung des Theaterstücks berüht hat.“ (BGH aaO)

## II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet. Der Inszenierung, Aufführung und Veröffentlichung des Bühnenwerks „Ehrensache“ stehen Persönlichkeitsrechte der Bekl. und ihrer verstorbenen Tochter nicht entgegen. Das postmortale Persönlichkeitsrecht der Tochter der Bekl. Wird nicht verletzt.

### 1. Schutzzumfang des postmortalen Persönlichkeitsrechts

„Anerkannt ist, dass die **Persönlichkeit des Menschen über den Tod hinaus geschützt** wird. Dies folgt aus dem Grundrecht des Art. 1 I GG, wonach die Würde des Menschen unantastbar ist. Demgegenüber kann das Grundrecht aus Art. 2 I GG nur einer lebenden Person zukommen, weil dieses auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit gerichtete Grundrecht die Existenz einer wenigstens potenziell oder zukünftig handlungsfähigen Person, also eines lebenden Menschen als unabdingbar voraussetzt (vgl. BVerfGE 30, 173 [194] = NJW 1971, 1645 [1647]; Senat, BGHZ 165, 203 = NJW 2006, 605 = VersR 2006, 276 m.w.N.).

Die **Schutzwirkungen des postmortalen Persönlichkeitsrechts** sind nicht identisch mit denen, die sich aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG für den Schutz lebender Personen ergeben. Postmortal geschützt wird zum einen der **allgemeine Achtungsanspruch**, der dem Menschen als solchem zusteht, zum anderen der **sittliche, personale und soziale Geltungswert**, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat (BVerfG, AfP 2008, 161; NJW 2008, 1657 L). Steht fest, dass

eine Handlung das postmortale Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, ist zugleich ihre Rechtswidrigkeit geklärt. Der Schutz kann nicht etwa im Zuge einer Güterabwägung relativiert werden (vgl. BVerfG, NJW 2001, 2957 = VersR 2001, 1252 [1254]; BVerfG, NJW 2006, 3409 = ZEV 2007, 129 = GRUR 2006, 1049).“ (BGH aaO)

## 2. Relevanz der Kunstfreiheit für das Vorliegen einer Verletzung

Ist zu untersuchen, ob ein dem Schutz des Art. 5 III GG unterstehendes Kunstwerk die Menschenwürde eines Verstorbenen beeinträchtigt, kommt es auf eine Interpretation des Aussagegehalts dieses Kunstwerks an.

„Bei dieser **Interpretation** sind die **Besonderheiten der künstlerischen Ausdrucksform** zu berücksichtigen. Zu den Spezifika literarischer Kunstformen wie etwa eines zeitgenössischen Theaterstücks gehört, dass solche Stücke zwar häufig an die **Realität anknüpfen**, der Künstler dabei aber eine **neue ästhetische Wirklichkeit schafft**. Das erfordert eine **kunstspezifische Betrachtung** zur Bestimmung des durch das Theaterstück im jeweiligen Handlungszusammenhang dem Leser nahe gelegten Wirklichkeitsbezugs, um auf dieser Grundlage die Schwere der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts bewerten zu können. Die künstlerische Darstellung ist an einem kunstspezifischen, ästhetischen Maßstab zu messen. Dabei ist zu beachten, ob und inwieweit das ‚**Abbild**‘ gegenüber dem ‚**Urbild**‘ durch die **künstlerische Gestaltung** des Stoffs und seine Ein- und Unterordnung in den Gesamtorganismus des Kunstwerks **so verselbstständigt** erscheint, dass das Individuelle, Persönlich-Intime zu Gunsten des Allgemeinen, Zeichenhaften der ‚**Figur**‘ objektiviert ist. Ein **literarisches Werk**, vorliegend ein Theaterstück, ist **zunächst als Fiktion** anzusehen, das **keinen Faktizitätsanspruch** erhebt. Die Vermutung der Fiktionalität gilt im Ausgangspunkt auch dann, wenn hinter den Figuren reale Personen als Urbilder erkennbar sind (BVerfGE 119, 1 = NJW 2008, 39 [42] = GRUR 2007, 1085; Senat, NJW 2008, 2587 = VersR 2008, 1080 [1081]).“ (BGH aaO)

## 3. Fallbezogene Erwägungen

Bei kunstspezifischer Betrachtung wird die Menschenwürde der verstorbenen Tochter der Bekl. durch das Theaterstück nicht angetastet.

„Dem Theaterstück ‚**Ehrensache**‘ dienen die Ereignisse um die Tötung der Tochter der Bekl. als Vorlage. In dem Stück werden episodenhaft und zum Teil in Form von Rückblenden der Ablauf des Tages bis zur Tat und Ereignisse aus dem Leben der getöteten „**Ellena**“ erzählt, deren Figur an die Tochter der Bekl. angelehnt ist. Soweit diese beanstandet, in dem Theaterstück würden Begebenheiten gezeigt, die sich so nicht zugetragen hätten, begründet dies keine Verletzung der Menschenwürde. Mit dieser Begründung macht die Bekl. dem Autor des Theaterstücks gerade die **Fiktionalität** seines Werks **zum Vorwurf**. Nicht schon dadurch, dass eine bestimmte **Person** erkennbar **Vorbild einer Figur** in einem literarischen Kunstwerk ist, wird dem Leser oder Zuschauer nahe gelegt, alle Handlungen und Eigenschaften dieser Figur dieser Person zuzuschreiben. Für ein **literarisches Werk**, das **an die Wirklichkeit anknüpft**, ist vielmehr kennzeichnend, dass es **tatsächliche und fiktive Schilderungen vermengt**. Unter diesen Umständen verfehlte es den Grundrechtsschutz solcher Literatur, wenn man die Persönlichkeitsrechtsverletzung bereits in der Erkennbarkeit als Vorbild einerseits und in bestimmten negativen Zügen der Figur andererseits sähe (vgl. BVerfGE 119, 1 = NJW 2008, 39 [42] = GRUR 2007, 1085; Senat, NJW 2008, 2587 = VersR 2008, 1080 [1081]).“

Schließlich bedarf das postmortale Persönlichkeitsrecht der Tochter der Bekl. auch **nicht deshalb besonderen Schutzes**, weil sie zum Zeitpunkt ihres Todes noch **minderjährig** war. Der verstärkte Schutz des Persönlichkeitsrechts Minderjähriger findet seinen Grund in dem Bedürfnis, deren **weitere Persönlichkeitsentwicklung** zu gewährleisten (vgl. BVerfGE 101, 361 [385f.] = NJW 2000, 1021 = VersR 2000, 773 [775]; BVerfGE 119, 1 = NJW 2008, 39 [41] = GRUR 2007, 1085; Senat, BGHZ 160, 298 = NJW 2005, 215 = VersR 2005, 125 [126] m.w.N.), was bei einer **Verstorbenen nicht in Betracht** kommt.“ (BGH aaO)

ZPO  
§§ 130, 130a

## Versendung von Schriftsätzen per E-Mail Fristwahrung nur nach § 130a ZPO

ZPO

(BGH in MMR 2009, 99; Beschluss vom 04.12.2008 - IX ZB 41/08)

1. Die Vorschriften über die **vorbereitenden Schriftsätze** gelten auch für die **Berufungsbegründung**.
2. Ein per **Telefax** übermittelter Schriftsatz wahrt die **Schriftform des § 130 ZPO**.
3. Für die **Fristwahrung** mittels Telefax kommt es darauf an, ab welchem Zeitpunkt der Schriftsatz beim Empfänger **vollständig vorliegt**.
4. Ein **elektronisches Dokument (E-Mail)** wahrt **nicht** die für bestimmende Schriftsätze vorgeschriebene **Schriftform nach § 130 ZPO**.
5. Eine **E-Mail** fällt unter **§ 130a ZPO**. Ob hiermit die Schriftform gewahrt werden kann, hängt davon ab, ob das entsprechende Gericht nach einer Rechtsverordnung des Landes schon **am elektronischen Rechtsverkehr teilnimmt**.

**Fall:** Rechtsanwalt R erhebt gegen M eine Honorarklage über 1.500,00 €, die in der ersten Instanz abgewiesen wird. Gegen dieses Urteil legt er fristgerecht Berufung ein. Rechtzeitig vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist beantragt er eine Fristverlängerung. Die Berufungsbegründungsfrist wird daraufhin bis zum 16.01.2008 verlängert.

Am 16.01.2008 um 23:55 Uhr schickt R die Berufungsbegründung per E-Mail an das Berufungsgericht. Am 17.01.2008 geht die Berufungsbegründung um 00:02 Uhr per Fax beim Berufungsgericht ein.

Ist die Berufungsbegründung noch fristgerecht eingegangen?

Die Berufungsbegründung ist nach § 520 III 1 ZPO in einem Schriftsatz beim Berufungsgericht einzureichen. Die allgemeinen Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze (§§ 129 ff. ZPO) sind auch auf die Berufungsbegründung anzuwenden (§ 520 V ZPO). Das gilt insbesondere für die §§ 130, 130a ZPO.

### I. Eingang der Berufungsbegründung per Fax

Die Berufungsbegründungsfrist könnte durch das am 17.01.2008 um 00:02 Uhr eingegangene Telefax gewahrt worden sein.

Zwar wahrt eine Zusendung eines Schriftsatzes per Telefax, grundsätzlich die Schriftform, fraglich ist jedoch, ob der Eingang hier noch rechtzeitig erfolgt ist.

*„Für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Eingangs eines per **Telefax** übersandten Schriftsatzes kommt es darauf an, ob die gesendeten Signale **noch vor Ablauf** des letzten Tages der Frist vom Telefaxgerät des Gerichts **vollständig empfangen** (gespeichert) worden sind (BGHZ 167, 214, 219 ff.)“*  
(BGH aaO)

Das war hier nicht der Fall.

### II. Eingang der Berufungsbegründung per E-Mail

Der Schriftsatz ist per E-Mail rechtzeitig beim Berufungsgericht eingegangen. Allerdings fällt eine E-Mail nicht unter § 130 ZPO, sondern **unter § 130a ZPO**.

*„Dass ein elektronisches Dokument die in § 130 ZPO vorausgesetzte Schriftform für vorbereitende und bestimmende Schriftsätze nicht wahrt, folgt bereits aus der **Systematik des Gesetzes**:*

*Die Vorschrift des § 130a ZPO wäre nicht erforderlich, wenn das elektronische Dokument bereits von § 130 ZPO erfasst würde. Die **elektronische Form** ist durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr v. 13.07.2001 (BGBl. I, S. 1542) ausdrücklich **als Option zur Schriftform** eingeführt worden (so die aml. Begr. BT-Drs. 14/4987, S. 12). § 130a I 1 ZPO ‚versteht das elektronische Dokument als modifizierte Schriftform‘ und sollte den Parteien erst die Möglichkeit eröffnen, Schriftsätze und Erklärungen ‚als elektronisches Dokument bei Gericht einzureichen‘ (BT-Drs. 14/4987, aaO).*

*Das elektronische Dokument ist eingereicht, sobald die für den Empfang bestimmte Einrichtung des Gerichts es aufgezeichnet hat (§ 130a III ZPO). Es wahrt jedoch nur dann die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform, wenn es für die **Bearbeitung durch das Gericht geeignet** ist (§ 130a I 1 ZPO).*

Die **Landesregierungen** bestimmen für ihren Bereich durch Rechtsverordnung den Zeitpunkt, von dem an elektronische Dokumente bei den Gerichten eingereicht werden können, sowie die für die Bearbeitung der Dokumente geeignete Form (§ 130a II 1 ZPO). Die **niedersächsische Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr in der Justiz (ERVVOJust)** v. 08.07.2006 (Nds. GVBl. 2006, S. 247) betrifft nicht das Berufungsgericht. Als elektronisches Dokument war die E-Mail folglich nicht geeignet, die für eine Berufungsbegründung vorgeschriebene Schriftform zu wahren.“ (BGH aaO).

- II. Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht aus den **Entscheidungen des BVerfG (NJW 2002, 3534) und des BGH (NJW 2005, 2086)**, denn diese Entscheidungen haben jeweils Fälle zum Gegenstand, in denen ein Rechtsmittel oder eine Rechtsmittelbegründung durch einen Telefaxdienst übermittelt worden war. Telekopien werden von der ZPO als schriftliche Dokumente eingeordnet.

„Das folgt einerseits aus der Vorschrift des **§ 130 Nr. 6 ZPO**, der für Telekopien die Wiedergabe der Unterschrift in der Kopie vorschreibt, andererseits aus § 174 II – IV ZPO, wo zwischen der Zustellung eines Schriftstücks durch Telekopie einerseits, eines elektronischen Dokuments andererseits unterschieden wird. Fernkopie und E-Mail unterscheiden sich im Wesentlichen dadurch, dass die Fernkopie allein der Übermittlung eines vorhandenen Dokuments dient, welches beim Empfänger erneut in schriftlicher Form vorliegen soll. Die **elektronische Speicherung** tritt für sich genommen nicht an die Stelle der Schriftform, sondern ist nur ein **Durchgangsstadium**; das Gericht kann erst dann von einem gefaxten Schriftsatz Kenntnis nehmen, wenn er ausgedruckt vorliegt (BGHZ 167, 214).

Dass eine einzuhaltende Frist bereits durch den vollständigen Empfang der gesendeten Signale vom Telefax des Gerichts gewahrt ist, hängt wesentlich damit zusammen, dass der Empfänger keinen Einfluss darauf hat, wann der Ausdruck erfolgt (BGHZ 167, 214).

Die **E-Mail besteht** demgegenüber allein **aus der in einer elektronischen Datei enthaltenen Datenfolge**. Sie kann ausgedruckt, aber auch am Bildschirm gelesen, gespeichert, verändert oder gelöscht werden, dient folglich nicht nur der Übermittlung eines bereits vorhandenen schriftlichen Dokuments und ist nicht notwendig dazu bestimmt, in ein solches „zurückverwandelt“ zu werden.

Wegen der ‚**Flüchtigkeit**‘ und **spurenlos möglichen Manipulierbarkeit eines elektronischen Dokuments** hat der Gesetzgeber die qualifizierte elektronische Signatur des Absenders vorgeschrieben (§ 130a I 2 ZPO), um so dem Dokument eine dem Papierdokument vergleichbare dauerhafte Fassung zu verleihen ‚(Perpetuierungsfunktion‘, vgl. BT-Drs. 14/4987, S. 24). Eine E-Mail, welche diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht geeignet, die gesetzliche Frist für einen bestimmenden Schriftsatz zu wahren.“ (BGH aaO)

Die Berufungsbegründungsfrist ist demnach nicht eingehalten worden.

(LG Hamburg StV 2009, 70; Beschluss vom 08.01.2008 – 619 Qs 1/08)

Verbleiben **E-Mails** nach dem Abruf durch den Empfänger in dessen Mailbox, so kann **auf diese** auch weiterhin nur **nach Maßgabe des § 100a StPO** zugegriffen werden.

**A. Grundlagenwissen: Der strafprozessuale Zugriff auf E-Mail-Kommunikation**

Es ist **in Rspr. und Lit. umstritten, welche Eingriffsermächtigungen** für den strafprozessualen Zugriff auf E-Mail-Kommunikation **heranzuziehen sind**.

I. Besonders umstritten ist die Frage bei Zugriff auf E-Mails während der **Zwischenspeicherung** in der Empfänger-Mailbox.

Nach der ersten Phase der Übertragung vom Sender aus in diese Mailbox lagert die Nachricht in der zweiten Phase dort im virtuellen Briefkasten des Empfängers, der die Nachricht jedoch noch nicht gelesen hat. Da sich die Mailbox in der Sphäre des E-Mail-Providers befindet, ist für den Abruf und die Kenntnisnahme der darin befindlichen Nachrichten durch den Empfänger ein weiterer Vorgang als dritte Phase erforderlich.

- **Teilweise** wird eine Unterbrechung des TK-Vorgangs in der Phase der Zwischenspeicherung angenommen und der grundrechtliche Schutz durch Art. 10 GG verneint, in dieser Phase soll ein Zugriff mittels einfacher Beschlagnahme nach § 94 StPO zulässig sein (grundlegend Palm/Roy in NJW 1996, 1791 ff.).
- Nach einer **anderen Ansicht** ist bereits in dem Eingang der E-Mail in der Empfänger-Mailbox ein endgültiges Ende der Telekommunikation gegeben (Jäger in StV 2002, 243).
- Schließlich will eine **weitere Ansicht** den gesamten Vorgang ab der Übertragung vom Sender bis zum endgültigen Zugang beim lokalen Rechner des Empfängers als durchgehende, von Art. 10 GG geschützte Telekommunikation ansehen; auch während der Zwischenspeicherung gelte die Nachricht damit als Kommunikation und sei nur nach Maßgabe von § 100a StPO zugreifbar.

II. Das **BVerfG** hat die Frage des strafprozessualen Zugriffs in dieser Phase der Endspeicherung noch nicht beantwortet; themenverwandte, frühere Entscheidungen lassen sich nicht in abschließend klärender Weise übertragen.

**B. Der zulässige Zugriff auf gespeicherte E-Mails (LG Hamburg in StV 2009, 70)**

Nach **LG Hamburg aaO** ist **Rechtsgrundlage für den ermittlungsbehördlichen Zugriff auf E-Mail-Postfächer**, die dem Nutzer von einem Provider zur (Zwischen-)Speicherung seiner elektronischen Nachrichten bereitgestellt werden, die Regelungen der **§§ 100a, 100b StPO**.

Die Ansicht, für eine solche Maßnahme stehe nach geltendem Recht eine geeignete Ermächtigungsgrundlage in der StPO nicht zur Verfügung und ein darauf gerichteter Antrag sei daher abzulehnen, wird von LG Hamburg aaO abgelehnt.

I. Aufgrund der **rechtlichen Würdigung der technischen Gegebenheiten**, wie sie sich bei der (Zwischen-)Speicherung von E-Mails in einem servergestützten Postfach darstellen, unterfällt diese Form der Kommunikation dem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz des Fernmelde- bzw. TK-Geheimnisses nach Art. 10 I GG.

1. Das **BVerfG** hat die Hauptsache in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren, welches sich gegen die Entscheidung des LG Braunschweig v. 12.04.2006 (6 Qs 88/06) richtet und das die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme und Auswertung von gespeicherten E-Mails auf dem Server eines Providers durch

die Ermittlungsbehörden zum Gegenstand hat (2 BvR 902/06), noch nicht entschieden.

In einer in diesem Verfahren ergangenen Eilentscheidung (BVerfG MMR 2007, 169) hat das BVerfG dazu dennoch zwei Fragen aufgeworfen, aber vorerst noch offen gelassen:

- (1) ob in den Schutzbereich des Art. 10 I GG eingegriffen wird, wenn die Ermittlungsbehörden die auf dem Server eines Kommunikationsunternehmens oder Serviceproviders gespeicherten E-Mails eines Kommunikationsteilnehmers kopieren und die so erlangten Daten auswerten und
- (2) welche Anforderungen von Verfassungen wegen (Art. 10 II 1 GG) an die gesetzliche Eingriffsgrundlage zu stellen sind, um einerseits dem sich aus dem Fernmeldegeheimnis ergebenden besonderen Schutzbedürfnis Rechnung zu tragen, andererseits wirksame Ermittlungsmaßnahmen der Strafverfolgungsbehörden zu ermöglichen.

2. **LG Hamburg aaO** ist insoweit der Überzeugung, dass der Schutzbereich des Art. 10 I GG in einem solchen Fall eröffnet ist und die einfach-gesetzlichen Vorschriften der **§§ 100a, 100b StPO** eine **hinreichende Eingriffsermächtigung** darstellen.

*„Das **verfassungsrechtlich geschützte Fernmeldegeheimnis**, das auch in Art. 8 I EMRK seinen Niederschlag gefunden hat, soll die vertrauliche Nutzung des Kommunikationsmediums gewährleisten (BVerfGE 107, 299) und vermeiden, dass der Meinungs- und Informationsaustausch mittels TK-Anlagen deswegen unterbleibt oder nach Form und Inhalt anders verläuft, weil die Beteiligten damit rechnen müssen, dass staatliche Stellen sich in die Kommunikation einschalten und Erkenntnisse über die Kommunikationsbeziehungen oder -inhalte gewinnen (BVerfGE 100, 313; BVerfGE 107, 299).*

*Dieses Bedürfnis, **freie Kommunikation zu gewährleisten**, besteht auch dann, wenn sich ein Kommunikationsteilnehmer der E-Mail-Kommunikation unter Einsatz von serverbasierten E-Mail-Postfächern bedient. In diesem Fall begibt er sich seiner alleinigen Herrschaftsbefugnis über die elektronischen Daten; insbesondere der E-Mail-Provider und damit auch die Ermittlungsbehörden sind in der Lage, auf diese Daten beliebig und jederzeit zuzugreifen. Dieser Mangel an Beherrschbarkeit unterscheidet den Nutzer eines servergestützten E-Mail-Postfachs auch von demjenigen, der die Nachrichten vom Server abrufen und auf seinen eigenen Computer gelangen lässt. Jedenfalls dann unterstehen die Daten nur noch seinem alleinigen Gewahrsam, sodass jedenfalls der Schutzbereich von Art. 10 I GG nicht mehr eröffnet ist (BVerfG MMR 2006, 217).*

*Diesen Überlegungen steht zudem nicht entgegen, dass im Zeitpunkt der Speicherung bzw. „Lagerung“ der E-Mail auf dem Server des Providers ein eigentlicher TK-Vorgang, der das Ausenden oder Empfangen von Daten zum Gegenstand hat, nicht (mehr) gegeben ist. Bei einem weiten Verständnis aber ist auf die vom BVerfG hervorgehobene Einheitlichkeit des gesamten Übertragungsvorgangs abzustellen, der unter Zugrundelegung eines sog. Phasenmodells mit dem Absenden der Nachricht beim Absender beginnt (Phase 1) und mit deren Übertragung zum Empfänger (Phase 3) jedenfalls technisch beendet ist. Den Zustand des Ruhens der E-Mail auf dem Server bzw. deren dortige Speicherung (Phase 2) aus diesem Gesamtvorgang in rechtlicher Sicht herauszunehmen, trägt dem **Schutzgedanken des Fernmelde- bzw. TK-Geheimnisses**, das insoweit einen ganzheitlichen, homogenen Ansatz verdient, nicht hinreichend Rechnung; dies vor dem Hintergrund, dass der Postfach-Nutzer seine E-Mails nach Belieben in eine erneute Übertragungsphase überführen kann. I.Ü. kommt es für diese (verfassungs-) rechtliche Betrachtung auch nicht darauf an, ob der Nutzer die in seinem Postfach lagernden E-Mails nur zwischengespeichert, oder - nach Kenntnisnahme - endgültig abgespeichert hat. In beiden Fällen ist der Nutzer gleichermaßen schutzbedürftig, weil jeweils keine Änderung der Gewahrsams- und Herrschaftsverhältnisse an den physisch beim Provider befindlichen Daten erfolgt. Es ist zudem für Dritte (Provider oder Ermittlungsbehörden) nicht möglich zu erkennen, ob die von dem Zugriff betroffene E-Mail nur zwischen- oder endgültig abgespeichert ist. Eine solche, an Zufälligkeiten orientierte Bewertung ließe außer Betracht, dass es nicht auf den (subjektiven) Bestimmungszweck der Nachrichten, sondern auf ihre - in beiden Fällen für den Nutzer nur unvollkommene - Beherrschbarkeit ankommt.“ (LG Hamburg aaO).*

II. Hinsichtlich des ermittelungsbehördlichen Zugriffs auf die bei einem Provider in einem Server-Postfach gespeicherten E-Mails kommen damit auf Grund der vorgenannten Erwägungen allein die §§ 100a, 100b StPO als gesetzliche, den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Eingriffsgrundlage in Betracht (so auch LG Hanau NJW 1999, 3647; LG Mannheim StV 2002, 242).

Die bloße Anwendung der Beschlagnahmenvorschriften nach näherer Maßgabe der **§§ 94, 98, 99 StPO** (vgl. LG Ravensburg NStZ 2003, 325) würde die spe-

zifischen, o.g. Anforderungen, die der staatliche Zugriff auf E-Mail-Kommunikation voraussetzt, unterlaufen.

*„Einerseits sind die **Eingriffsvoraussetzungen dieser Normen vergleichsweise gering** (vgl. dagegen die Beschränkung der TK-Überwachung auf „schwere Straftaten“; § 100a I Nr. 1 und II StPO), andererseits **tragen sie den Besonderheiten dieser Kommunikationsform** - insbesondere dem Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung (vgl. § 100a IV StPO) - **nicht hinreichend Rechnung**.“ (LG Hamburg aaO).*

- III. Einer Anwendbarkeit der §§ 100a, 100b StPO **steht hier auch nicht entgegen, dass nach dem Wortlaut von § 100a I StPO nur „die Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet“ werden darf.**

*„Die Auslegung dieser Norm nach ihrem Wortlaut bildet kein Hindernis, auch den ermittlungsbehördlichen Zugriff auf E-Mail-Postfächer davon zu erfassen. In einem solchen Fall liegt jedenfalls unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertungen „Telekommunikation“ vor. I.U. ist der Überwachung eines solchen im Grunde inaktiven Vorgangs auch dessen Untersuchung immanent, sodass durch den Zugriff auf ruhende elektronische Nachrichten ebenfalls Telekommunikation i.S.v. § 100a Abs. 1 StPO dadurch „überwacht“ werden kann, dass Kenntnis von den Inhalten der E-Mails genommen wird und diese ausgewertet werden. Ferner erfasst die Regelung in § 100a StPO nach ihrem Sinn und Zweck nahezu alle Fälle, in denen durch staatliches Handeln in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses eingegriffen wird. Zwar hat der Gesetzgeber mit den jüngst überarbeiteten Regelungen in den §§ 100a ff. StPO zur hier zu beurteilenden Problematik keine eigenständige gesetzliche Regelung getroffen. Dieser Umstand lässt aber nicht den Schluss zu, dass Auslegung und Anwendung des § 100a StPO den Stand der technischen Entwicklung sowie neue Kommunikationsformen unberücksichtigt lassen sollen.“ (LG Hamburg aaO).*

VwGO  
§ 80 V, VI

## Aussetzungsantrag an Behörde Nachholbarkeit im gerichtl. Verfahren

ProzR

(VGH München in BayVBl. 2009, 116; Beschluss vom 09.06.2008 Az. 8 CS 08.1117)

1. Der **formularmäßige Hinweis** der Behörde auf die Möglichkeit der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen ist **nicht ausreichend**, um ein **Drohen der Vollstreckung** nach § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO mit der Folge anzunehmen, dass ein vorheriger Aussetzungsantrag an die Behörde entbehrlich ist.
2. Der **Aussetzungsantrag** an die Behörde nach § 80 VI 1 VwGO kann auch noch **während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt** werden.

**Fall:** K hat eine Sondernutzungserlaubnis für ein Straßencafé in der kreisfreien Stadt M beantragt und erhalten. Für die Benutzung erhielt er einen Gebührenbescheid über die Sondernutzung. Nachdem waren monatliche Gebühren zu zahlen. Nachdem zunächst keine Zahlung erfolgte, wurde ihm am 30.10.2007 eine Mahnung mit dem Hinweis zugestellt, dass bei nicht fristgerechter Zahlung auch Vollstreckungsmaßnahmen eingeleitet werden können. Gleichwohl zahlte K erst am 14.01.2008, ohne geltend zu machen, nur wegen der drohenden Vollstreckung zu zahlen. Eine weitere Mahnung gleichen Wortlauts erhielt er für einen Folgebetrag am 18.02.2008, auf die wiederum ohne Vorbehalt am 20.02.2008 zahlte.

Gegen den Gebührenbescheid legte K Widerspruch ein und beantragte beim zuständigen Verwaltungsgericht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO. Einen vorherigen Aussetzungsantrag an die Behörde stellte er nicht. Ist der Antrag zulässig?

Der Antrag nach § 80 V VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Es wird um eine Sondernutzungsgebühr gestritten, die nach Kommunalabgabenrecht zu beurteilen ist, so dass öffentliches Recht streitentscheidend ist. Da auch keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

### II. Statthaftigkeit des Antrags nach § 80 V VwGO

Das Verfahren nach § 80 V VwGO hat nach § 123 V VwGO Vorrang vor dem Verfahren nach § 123 I VwGO. Es ist einschlägig, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist und um den Suspensiveffekt gestritten wird.

Der Gebührenbescheid ist ein belastender Verwaltungsakt, so dass in der Hauptsache die Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Alt VwGO einschlägig ist. Nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO entfällt zu dem bei öffentlichen Abgaben, zu denen auch Gebühren zählen, der Suspensiveffekt. Antrag nach § 80 V VwGO ist daher statthaft.

### III. Antragsbefugnis, § 42 II analog

Die analog § 42 II VwGO erforderliche Antragsbefugnis ergibt sich nach der Adressatentheorie daraus, dass K als Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes jedenfalls in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt sein kann.

### IV. richtiger Antragsgegner, § 78 VwGO analog

Der Antrag ist nach § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. den jeweiligen Ausführungsgesetzen gegen die Behörde zu stellen, welche den sofort vollziehbaren Verwaltungsakt erlassen ist, hier also gegen den Oberbürgermeister der Stadt M.

### V. Rechtsschutzbedürfnis

K muss auch ein schutzwürdiges Interesse an der Anrufung des Gerichts haben.

Der Streit, ob zunächst vor Einleitung des Verfahrens nach § 80 V VwGO in der Hauptsache ein Rechtsbehelf eingelegt sein muss, kann dahinstehen, da K hier zuvor schon Widerspruch eingelegt hatte. Dieser ist auch nicht offensichtlich unzulässig.

Fraglich ist allerdings, ob K nicht nach § 80 VI VwGO zuvor erfolglos bei der Behörde um Aussetzung der Vollziehung hätte ersuchen müssen.

Nach § 80 VI 1 VwGO ist in den Fällen des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO grundsätzlich erforderlich, der hier einschlägig ist. Allerdings wurde ein solcher Antrag nicht gestellt.

### 1. Entbehrlichkeit nach § 80 VI 2 VwGO

Er könnte jedoch nach § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO entbehrlich sein, wenn bereits die Vollstreckung drohte. Fraglich ist, ob der entsprechende Hinweis im Gebührenbescheid hierzu ausreicht.

*„Eine Vollstreckung in diesem Sinn droht nur dann, wenn die Behörde den **Beginn von Vollstreckungsmaßnahmen** für einen **unmittelbar bevorstehenden Termin ankündigt** oder **konkrete Vorbereitungen** für eine alsbaldige Durchsetzung des Anspruchs trifft (vgl. BayVGH vom 25.03.1993, BayVBl. 1993, 499/500; vom 02.12.1999, BayVBl. 2000, 724/725). K wurde eine Mahnung der S vom zugestellt, die den **formularmäßigen Hinweis** auf Vollstreckungsmaßnahmen bei nicht fristgerechter Zahlung enthielt. K hat daraufhin seine Zahlung trotzdem erst am 14.01.2008 geleistet, **ohne geltend zu machen**, dass er nur **zur Abwendung einer drohenden Vollstreckung** leistete. Auf eine weitere Mahnung der Antragsgegnerin vom 18. 2. 2008 mit formularmäßigem Vollstreckungshinweis hin hat er den geforderten Betrag am 20.02.2008 ebenfalls geleistet, ohne auf eine Abwendung der Vollstreckung hinzuweisen. Bereits aus diesem Ablauf der Mahnungen und der Zahlungsvorgänge ist zu ersehen, dass weder die S konkrete Vollstreckungsmaßnahmen vorbereitete noch der K mit solchen wirklich rechnete. Nachdem K damit die geforderten Sondernutzungsgebühren einschließlich der für das Jahr 2008 sowie die Säumniszuschläge und Mahngebühren geleistet hat, ist nicht ersichtlich, inwieweit eine Vollstreckung seitens der Antragsgegnerin noch drohen sollte.“ (VGH München aaO)*

Danach war ein Antrag nach § 80 VI VwGO nicht entbehrlich.

### 2. Nachholbarkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Fraglich ist jedoch, ob dieser Antrag nicht noch während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann.

*„Nach **wohl herrschender Meinung** soll dieser Aussetzungsantrag bei der Behörde während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens auch **nicht mehr nachgeholt** werden können (vgl. Nachweise bei Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., Rn. 185 Fußn. 354).*

*Dieser Auffassung begegnen jedoch **erhebliche Bedenken** im Hinblick auf die **Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG**. Denn Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine **tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle**; er verbietet, den Zugang zu Gericht in einer unzumutbaren, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise zu erschweren (vgl. BVerfGE 77, 275/284; 78, 88/99 = BayVBl. 1988, 593/594; 103, 142/146).*

*Die an die finanzgerichtliche Rechtsprechung angelehnte **herrschende Meinung schickt** den Rechtsschutzsuchen den dagegen **auf einen unnötigen ‚Instanzenweg‘** (vgl. Eyermann/Jörg Schmidt, VwGO, 12. Aufl., § 80 Rn. 60). Die Ansicht, der Aussetzungsantrag könne während des gerichtlichen Verfahrens nicht mehr nachgeholt werden, stellt einen **reinen Formalismus** dar, der keinen Gewinn in der Sache für die Beteiligten bringt, wie er etwa bei der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens erwartet werden könnte (vgl. insoweit Kopp/Schenke aaO, Vorbem. § 68 Rn 11).“ (VGH München aaO)*

K hat jedoch im vorliegenden Verfahren **nicht vorgetragen**, dass er wenigstens nachträglich einen Aussetzungsantrag bei der Antragsgegnerin gestellt hätte. Damit hat er die Zugangsvoraussetzung des § 80 VI 1 VwGO auch nicht nachträglich erfüllt.

VwGO  
§ 123

## Kommunalverfassungsstreit Voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung

ProzR

(VG Düsseldorf in NwVBl. 2009, 73; Beschluss vom 15.08.2008 - 1 L 1272/08)

1. Bei einem **Kommunalverfassungsstreit** sind **an die Bejahung des Anordnungsgrundes besondere Anforderungen** zu stellen.
2. Das Gewicht der in die Abwägung einzustellenden Belange bemisst sich nicht nach **dem objektiven Funktionsinteresse der Kommune** am Erlass der einstweiligen Anordnung, sondern allein an den **objektiven Interessen der einzelnen Organe oder Organteile**.
3. Eine seit mehreren Jahren **gleichförmig ausgeübte Praxis**, in Wahlkampfzeiten den Plenarsaal des Rates nur restriktiv und nicht für öffentliche Veranstaltungen an Fraktionen zu vergeben, ist **nicht zu beanstanden**.

**Fall:** Ratsfraktion R begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung, dem Rat der Stadt E aufzugeben, ihr am 28.08.2008 den Plenarsaal der Stadt E für eine Veranstaltung ihrer Fraktion unter Beteiligung von Experten und Betroffenen zum Thema „Hartz IV in E - Anforderungen an Politik und Verwaltung“ zur Verfügung zu stellen. Das lehnte der Rat der Stadt E mit dem Hinweis ab, die Vergabe des Ratssaales für öffentliche Veranstaltungen von Fraktionen werde restriktiv gehandhabt. Eine allgemeine Regelung hierzu hat der Rat nicht getroffen. Insbesondere werde er in Wahlkampfzeiten für solche Veranstaltungen seit dem Jahre 2004 nicht mehr vergeben. Es sei daher unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes sowie des Willkürverbotes nicht zu beanstanden, wenn sämtliche Fraktionen, die den Ratssaal für öffentliche Veranstaltungen im Vorfeld einer Wahl — hier der Oberbürgermeisterwahl am 31.08.2008 — nutzen wollten, auf andere Veranstaltungsorte verwiesen würden. Wird der Antrag Erfolg haben?

### I. Zulässigkeit

Der Streit um Kommunalverfassungsrecht ist ohne weitere öffentlich-rechtlich und auch nicht (staats-) verfassungsrechtlich, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist. Der Antrag nach § 123 I VwGO ist auch statthaft, da im keine Außenrechtsbeziehung gestritten wird und eine Anfechtungsklage daher nicht in Betracht kommt, so dass die Verfahren nach §§ 80 V, 80a VwGO nicht nach § 123 V VwGO vorrangig sind. Auch die analog § 42 II VwGO erforderliche Antragsbefugnis liegt vor.

*„Die im einstweiligen Rechtsschutzverfahren entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO zu fordernde **Antragsbefugnis** gebietet hier, dass das geltend gemachte Recht dem klagenden Organ oder Organsteil als **wehrfähiges subjektives Organrecht zur eigenständigen Wahrnehmung zugewiesen** ist (vgl. OVG NRW, Urt. v. 5. 2. 2002 - 15 A 2604/99 m.w.N.; OVG NRW, Beschl. v. 21. 5. 2002 - 15 B 238/02).*

*Danach ist es jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, dass das **dem allgemeinen Gleichheitssatz immanente Willkürverbot**, das als Element des objektiven Gerechtigkeitsprinzips der Rechtsstaatlichkeit innewohnt und auch zu Gunsten von Fraktionen gem. § 56 GO gilt (vgl. so für Ratsmitglieder OVG NRW, Beschl. v. 2. 4. 2008 - 15 B 499/08 - m. w. N.), durch die Weigerung des Rates, den Plenarsaal der Stadt E am 28. 8. 2008 an die Antragstellerin zu vergeben, - träge ihre Rechtsauffassung zu — rechtswidrig nicht beachtet wurde.“ (VG Düsseldorf aaO)*

### II. Begründetheit

#### 1. Anordnungsgrund

Ein Anordnungsgrund ist gegeben, wenn eine Regelung „um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint“ (vgl. § 123 I 2 VwGO).

*„Die beiden benannten Beispiele des Anordnungsgrundes belegen, dass mit den generalklauselartig umschriebenen **anderen Gründen**‘ nur solche gemeint sind, deren **Gewicht ‚wesentlich‘** ist oder gar der Anwendung von Gewalt gleichkommt. **Nicht ausreichend** ist, dass jene **Rechtsbeschränkung droht**, die regelmäßig aus den dem Klageverfahren strukturell immanenten Verzögerungen folgt, also allein darin liegt, dass ein schon jetzt fälliges Recht erst später verwirklicht werden kann. Nachteile in diesem Sinne hat F nicht benannt.“ (VG Düsseldorf, aaO)*

Dabei gelten für einen Kommunalverfassungsstreit, wie er hier vorliegt, besondere Anforderungen, weil nicht um **subjektive Individualrechte**, sondern über in-

**nerorganisatorische Kompetenzen** von Organen oder Organteilen gestritten wird, die **weder aus den Grundrechten herzuleiten noch im Schutzbereich der Rechtsweggarantie** des Art. 19 Abs. 4 GG angesiedelt sind. Es kommt daher darauf an, ob die einstweilige Anordnung **im Interesse der Körperschaft objektiv notwendig ist**.

*„Entscheidend ist neben der Bedeutung der konkreten Angelegenheit für die Gemeinde vor allem der Rang des Rechtssatzes, dessen Verletzung durch die einstweilige Anordnung abgewendet werden solle (vgl. OVG NRW, Beschl., v. 27.09.2002 - 15 B 855/02; v. 20. 7. 1992 - 15 B 1643/92; v. 12.06.2006 - 15 B 2283/92; v. 27.04.1989 - 15 B 1412/89; v. 29.11.1988 - 15 B 3259/88 -jew. m.w.N.)“* (VG Düsseldorf aaO)

Hierbei ist jedoch angesichts des Umstandes, dass es sich um einen **intrasubjektivem Prozess zwischen verschiedenen Kompetenzträgern derselben juristischen Person handelt**, das Interesse des klagenden Organs oder Organteils für das Gewicht des verteidigten Belangs bestimmend.

*„Im Rahmen der anzustellenden **Interessenabwägung** steht **nicht das objektive Funktionsinteresse** der Kommune am Erlass der einstweiligen Anordnung im Vordergrund, sondern es sind allein die **objektiven** (auch unter dem Funktionsvorbehalt der Gesamtkörperschaft stehenden) **Interessen der einzelnen Organe** oder Organteile sowie deren Mitglieder für die Abwägung maßgeblich.“*

*Aus den kommunalen Rechtssätzen, die die Organ(teil)stellung normieren (etwa §§ 42, 43, 56 GO NRW) und die um den Willen der Gewähr der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die innere Struktur der öffentlichen Verwaltung existieren, folgt vielmehr unmittelbar, dass den von den Adressaten dieser Rechtssätze wahrzunehmenden Kompetenzen - ungeachtet der Zuordnung zur Gesamtkörperschaft und der unzweifelhaft fehlenden Subjektivierung - **zugleich eigenständige und rechtserhebliche Interessen von Verbandsmitgliedern** entsprechen.*

*Es kommt bei der notwendigen Interessenabwägung somit nicht entscheidend auf das Interesse der Körperschaft an der Wahrnehmung der Mitwirkungsrechte der Organe und Organteile an. Maßgeblich ist vielmehr, welche Bedeutung diese - verobjektivierten - Mitwirkungsrechte für die Wahrnehmung der Aufgaben haben, die den Organen und Organteilen als Repräsentanten ihrer Verbandsmitglieder, d. h. der Bürgerschaft der Kommune, eingeräumt sind.“* (VG Düsseldorf aaO)

Einen Grund, der gemessen an diesen Maßstäben den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnungen rechtfertigen könnte, hat F nicht dargelegt.

*„Dies gilt umso mehr, als das Anliegen der Antragstellerin auf die vollständige **Vorwegnahme der Hauptsache** zielt. Denn die begehrte Überlassung der Räumlichkeit nähme eine zusprechende Entscheidung im Hauptsacheverfahren in vollem Umfang vorweg und stellte die Antragstellerin gleich einem Obsiegen in der Hauptsache.“* (VG Düsseldorf aaO)

Zwar ist auch in diesen Fällen der Erlass einer Anordnung i. S. v. § 123 I 2 VwGO unter dem Gesichtspunkt der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG nicht von vornherein ausgeschlossen. Die Rechtsprechung stellt aber sowohl an die Glaubhaftmachung des Anordnungsgrundes wie des Anordnungsanspruches gesteigerte Anforderungen.

*„Eine **Vorwegnahme der Hauptsache** ist daher nur dann ausnahmsweise zulässig, wenn die Anordnung **schlechterdings notwendig** ist, d. h. wenn eine Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes die Antragstellerin bei einer **hohen Obsiegenswahrscheinlichkeit** im Hauptsacheverfahren **irreversibel schwer und unzumutbar belasten** würde (vgl. etwa BVerfG, Beschl., v. 19. 10. 1977 - 2 BvR 42/76 -; BVerfG, Beschl., v. 19. 10. 1987 - 2 BvR 947/87. Dafür ergeben sich keine Anhaltspunkte (wird ausgeführt).“* (VG Düsseldorf aaO)

Es besteht daher schon kein Anordnungsgrund.

## II. Anordnungsanspruch

Ein Anordnungsanspruch setzt voraus, dass ein Obsiegen in der Hauptsache anzunehmen ist, ob F also einen Anspruch auf Benutzung des Plenarsaales für die geplante Veranstaltung hat.

*„Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Plenarsaal der Stadt E für Veranstaltungen vergeben wird, richtet sich in erster Linie nach den vom Rat der Stadt E getroffenen Regeln und, sofern diese fehlen, nach **allgemeinen Grundsätzen**.“* (VG Düsseldorf aaO)

Eine Benutzungsordnung für die Nutzung des Plenarsaales besteht nicht. Ebenfalls ist keine Festlegung einer ausdrücklichen oder konkludenten Zweckbestim-

mung im Sinne der Eröffnung einer allgemeinen, öffentlichen Nutzung für jegliche Veranstaltungen (Widmung als öffentliche Einrichtung) erfolgt.

*„Entgegen der Ansicht der F lässt sich eine solche **Zweckbestimmung** insbesondere nicht aus der in § 48 II 1 I GO NRW bestimmten regelmäßigen **Öffentlichkeit** der im Plenarsaal stattfindenden Ratssitzungen herleiten. Denn die Zugänglichkeit einer Ratssitzung für die Öffentlichkeit ist **Ausfluss der demokratischen Kontrolle** des Rates durch die Bürgerschaft, ändert aber nichts daran, dass der Plenarsaal den Einwohnern im Übrigen nicht zur Verfügung steht.“*

*F kann sich für die begehrte Überlassung des Plenarsaales schließlich nicht auf § 56 III 1 GO NRW berufen. Danach ist die Kommune verpflichtet, den Fraktionen und Gruppen aus Haushaltsmitteln Zuwendungen zu den **sächlichen und personellen Aufwendungen** für ihre Geschäftsführung zu gewähren. Aus der Vorschrift lässt sich weder ein Anspruch auf eine bestimmte Räumlichkeit - hier den Plenarsaal - ableiten noch hat der Rat der Stadt E der F das Recht abgesprochen, die Veranstaltung überhaupt durchzuführen.“ (VG Düsseldorf aaO)*

Ein Zulassungsanspruch der Antragstellerin kann sich daher allenfalls als Ausformung des **allgemeinen Gleichheitssatzes** nach Art. 3 I GG und des ihm immanenten **Willkürverbotes** ergeben, das auch bei innerorganschaftlichen Streitigkeiten gilt. Der dort normierte Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet dazu, wesentlich **Gleiches nicht willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches nicht ohne sachlichen Grund gleich** zu behandeln (vgl. Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl., Art. 3 Rn. 4 ff. m.w.N. auf die st. Rspr. des BVerfG).

*„Voraussetzung für die Feststellung von Ungleichbehandlungen ist zunächst eine hinreichend **manifestierte Verwaltungspraxis**, die sich zu einem Vergleich mit dem zu beurteilenden Sachverhalt eignet. Differenzierungen sind dabei nicht ausgeschlossen, wenn sie in der tatsächlichen Verschiedenheit der Lebenssachverhalte ihren Grund haben, deren Berücksichtigung aber für eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise notwendig oder zumindest sachlich vertretbar erscheint (vgl. bereits BVerfG, Beschl. v. 21. 7. 1955 - I BvL 33/51 -; Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl., Art. 3 Rn. 26, 33, 35 m. w. N.).*

*Daran gemessen spricht Vieles dafür, dass der Antragstellerin zu Recht die Benutzung des Plenarsaals für ihre Veranstaltung zum Thema „Hartz IV in E - Anforderungen an Politik und Verwaltung“ verweigert wurde. Es fehlt an einer plausiblen Darlegung, dass der Antragsgegner gleichartige mit Öffentlichkeitsbezug stattfindende Veranstaltungen anderer Fraktionen in ständiger Praxis im Plenarsaal zuließe (wird ausgeführt).“ (VG Düsseldorf aaO)*

## Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 278 I

### unrichtige Sachbehandlung Urteilsverkündung trotz Vergleich

ZPO

(OLG Koblenz in AnwBl 2009, 152; Beschluss vom 26.08.2008 – 14 W 518/08)

**Teilt ein Prozessbevollmächtigter** unmittelbar vor dem Verkündungstermin **dem Gericht mit, dass die Parteien sich verglichen haben**, kann eine **unrichtige Sachbehandlung** vorliegen, **wenn das Gericht** gleichwohl das bereits fertig gestellte **Urteil verkündet**.

„Die **Dispositionsmaxime betrifft die Verfügungsfreiheit der Parteien über den Streitgegenstand** und damit über Gang und Inhalt des Verfahrens. Die Parteien eröffnen durch Klage (Antrag, Gesuch) bzw. Rechtsmittel das Verfahren oder eine weitere Instanz und beenden sie durch Rücknahme oder Vergleich. Sie bestimmen im Urteilsverfahren den Umfang der rechtlichen Nachprüfung durch die Sachanträge, durch Anerkenntnis, Verzicht und Säumnis (Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 29. Aufl., Einl. I Rn 5). Den Parteien ist es daher anheim gestellt, den Prozess einvernehmlich im Wege des Vergleichs zu beenden.

**§ 278 I ZPO hebt in diesem Zusammenhang den Auftrag an die Zivilgerichte hervor, auf eine übereinstimmende Bereinigung des zwischen den Parteien bestehenden Konflikts hinzuwirken.** Sie dient dem Ziel, Prozesse in einem möglichst frühen Stadium zu beenden, darf aber nicht allein unter Entlastungsgesichtspunkten gesehen werden. **Gesetzgeberisches Motiv** war vielmehr auch die Erkenntnis, dass eine **gütliche Streitbeilegung dem Rechtsfrieden nachhaltiger dienen kann als eine streitige Entscheidung**. In jeder Lage des Verfahrens ist nach Möglichkeiten einer gütlichen Beilegung zu suchen; die bereits geschlossene mündliche Verhandlung kann zu diesem Zweck nach § 156 I ZPO wieder eröffnet werden (vgl. Zöller/Greger, § 278 ZPO Rn 1 und 4 mwN.).

Der Abschluss des Vergleichs wird durch § 278 VI ZPO erleichtert. Die Parteien müssen nicht mehr vor Gericht erscheinen, sondern können einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz annehmen oder dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten.

Das LG hat den Parteien geraten, sich insbesondere aus Kostengründen vergleichsweise zu einigen. In Höhe von 12500 Euro haben sich die Parteien geeinigt. Den konkreten Vergleich teilte der Klägervertreter schriftlich mit und bat, den Verkündungstermin aufzuheben und, nach gleichlautender Äußerung des Beklagtenvertreters, nach § 278 VI ZPO vorzugehen. Außerdem vergewisserte er sich telefonisch bei einem Richter der Kammer, dass dieser der Schriftsatz vor der Verkündung des Urteils vorlag. Wenn das LG unter diesen Umständen dennoch das Urteil verkündete, liegt hierin ein grober Verfahrensverstöß in Form eines Eingriffs in die Dispositionsfreiheit der Parteien und darüber hinaus ein Verstoß gegen die Pflicht, in jeder Lage des Verfahrens auf eine einvernehmliche Streitbeilegung hinzuwirken (vgl. auch OLG Schleswig OLG-Report 1996, 240). Nichts hätte näher gelegen, als den Verkündungstermin zu verschieben, wenn der Kammer die einseitige Erklärung der Kl., aus welchen Gründen auch immer, nicht ausreichend war.“ (OLG Koblenz aaO).

ZPO  
§ 718

### Vollstreckbarkeitserklärung Überprüfbarkeit

ZPO

(KG in MDR 2009, 165; Urteil vom 20.11.2008 – 12 U 202/08)

**Im Rahmen der Entscheidung über einen Antrag nach § 718 ZPO findet eine Prüfung der Hauptsache nicht statt**; vielmehr ist die Vollstreckbarkeitserklärung selbst nur auf ihre Richtigkeit nach §§ 708 ff. ZPO hin zu überprüfen.

„Dieser **eingeschränkte Prüfungsumfang** ergibt sich aus dem **Wortlaut und der Systematik des Gesetzes**: In den §§ 708 ff. ZPO finden sich Vollstreckbarkeitsregelungen als Rechtsfolgenanordnungen für verschiedene, dort im Einzelnen aufgeführte Urteilsarten. Zur Statthaftigkeit dieser Urteile in den jeweiligen Verfahrensarten regeln diese Vorschriften nichts; sie setzen ihren Erlass als Tatbestandsvoraussetzungen jeweils voraus und nehmen ihn hin. Damit ist das nachfolgend geregelte Verfahren nach § 718 I ZPO, in dem „über die vorläufige Vollstreckbarkeit“ vorab zu verhandeln und zu entscheiden ist, nicht dazu bestimmt, weitergehend die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungstitel oder auch nur deren verfahrensmäßige Zulässigkeit oder Statthaftigkeit als Voraussetzung für die Vollstreckbarkeitsentscheidung zu überprüfen, sondern nur diese Entscheidung selbst.

Soweit der Beklagte in der mündlichen Verhandlung auf die Gefahr hingewiesen hat, dass die Wirkungen eines rechtsfehlerhaft ergangenen erstinstanzlichen Urteils mit existenzbedrohenden Folgen durch eine unzutreffend „korrigierte“ Vollstreckbarkeitsentscheidung noch vertieft werden könnten, **führt dies nicht zur Verlagerung von Maßstäben des vollstreckungsrechtlichen Rechtsschutzes in dieses besondere Verfahren**: Denn es findet im Rahmen des § 718 ZPO nicht einmal eine summarische Überprüfung der Erfolgsaussichten der Berufung in der Hauptsache statt. Insoweit wird Rechtsschutz vielmehr - unter weiteren besonderen Voraussetzungen, die nicht durch eine Entscheidung im Verfahren nach § 718 ZPO übergangen werden dürfen - durch andere vollstreckungsrechtliche Vorschriften (z. B. §§ 719, 707 ZPO) gewährleistet.“ (KG aaO).

ZPO  
§§ 935, 940

### einstweilige Verfügung Abgabe einer Willenserklärung

ZPO

(OLG Zweibrücken in MDR 2009, 221; Beschluss vom 11.08.2008 – 4 W 66/08)

Ein Antragsgegner kann **im Wege der einstweiligen Verfügung nicht dazu verurteilt** werden, eine **Willenserklärung abzugeben**.

„§ 935 ZPO ist als **Rechtsgrundlage** für das Begehren der Ast. **nicht geeignet**. Nach dieser Vorschrift ist eine einstweilige Verfügung in Bezug auf den Streitgegenstand zulässig, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Vorliegend besteht nicht die Gefahr, dass sich ein bestehender Zustand zum Nachteil der Ast. verändert, sondern die Ast. wünscht gerade eine Veränderung, welcher sich die Ag. widersetzt.

§ 940 ZPO gestattet es nicht, die Abgabe einer Willenserklärung einstweilen zu regeln. Nach dieser Bestimmung sind einstweilige Verfügungen nur zulässig, um einen einstweiligen Zustand in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zu regeln, sofern diese Regelung nötig erscheint. Erforderlich ist insoweit, dass eine einstweilige Regelung möglich ist. Das ist nicht der Fall. Wie sich aus § 894 ZPO ergibt, gilt nach einer Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung die Erklärung erst als abgegeben, soweit das Urteil Rechtskraft erlangt hat. Dieser Gedanke verbietet es, die Ag. einstweilen zur Abgabe einer Willenserklärung bzw. Abschluss eines Zulassungsvertrages zu verurteilen. Die Verurteilung der Ag. zu einem Vertragsschluss mit der Ast. würde eine **endgültige Regelung bedeuten**, welcher der **Sinn und Zweck des § 894 ZPO entgegensteht**. Zudem entstände ein der Rechtssicherheit abträglicher **Schwebezustand**, weil eine im einstweiligen Verfügungsverfahren ergangene Entscheidung durch ein späteres Urteil im Prozess um die Hauptsache wieder geändert werden könnte (vgl. zu allem OLG Nürnberg NJW 2007, 2053; Hanseatisches OLG Hamburg MDR 1990, 1022; Musielak/Huber, ZPO, 6. Aufl. § 940 Rn 26; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl. § 940 Rn 46 „Willenserklärung“).

Soweit nach einer weitergehenden Auffassung ein Antrag auf Erlass einer auf Abgabe einer Willenserklärung gerichteten einstweiligen Verfügung für zulässig erachtet wird, wenn der Ast. auf die sofortige Erfüllung seines Anspruchs dringend angewiesen ist und eine Ablehnung der einstweiligen Verfügung einer Rechtsverweigerung gleich käme (vgl. dazu OLG Köln NJW-RR 1997, 59), liegen diese Voraussetzungen nicht vor (wird ausgeführt).“ (OLG Zweibrücken aaO).

StPO  
§ 261

### Indiztatsachen keine Anwendung des Zweifelssatzes

StPO

(LG Mosbach in NSTZ 2009, 176; Beschluss vom 05.12.2008 – 1 Qs 75/08)

Der **Grundsatz des Zweifelssatzes** („in dubio pro reo“) ist auf **einzelne Elemente der Beweiswürdigung grds. nicht anzuwenden**; insbesondere gilt er nicht für **entlastende Indiztatsachen**.

„Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angekl. **Tatvarianten** zu unterstellen, für deren Vorliegen **keine zureichende Anhaltspunkte erbracht** sind (vgl. nur BGH NSTZ-RR 2003, 371; NSTZ 2004, 35; NJW 2007, 2274). Der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist keine Beweis-, sondern eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung von der Täterschaft des Angekl. zu gewinnen vermag. Auf **einzelne Elemente der Beweiswürdigung** ist er grundsätzlich nicht anzuwenden. Keinesfalls gilt er für **entlastende Indiztatsachen** (st. Rspr.).“ (LG Mosbach aaO).

StPO  
§ 244 VI

### Beweisantrag Konnexität zwischen Beweisbehauptung und Beweismittel

StPO

(BGH in StV 2009, 57 = NSTZ 2009, 49; Urteil vom 10.06.2008 – 5 StR 38/08)

Zur Wahrheitserforschung sind nur Beweisanträge geeignet, die eine Plausibilität für das mögliche Gelingen der Beweiserhebung darlegen; dazu gehört die mögliche Wahrnehmung in Bezug auf die Beweisbehauptung. An der **Konnexität zwischen Beweisbehauptung und Beweismittel** fehlt es daher dann, wenn der Antrag die **Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen nicht konkret genug bezeichnet**.

„Das **Gebot einer Konkretisierung der Wahrnehmungssituation unter Einbeziehung der Ergebnisse der bisher durchgeführten einschlägigen Beweisaufnahme** erschließt sich aus dem Rechtsgrund und dem Wesen des Beweisantragsrechts von selbst. Das **Recht, Beweisanträge zu stellen**, ist verfassungsrechtlich etabliert und umfasst einen Anspruch auf Beweisteilnahme (BVerfG NJW 2001, 2245 und 2007, 204). Dieser ist aber **nicht grenzenlos gewährt**, sondern auf den Zweck des Strafverfahrens zur Wahrheitserforschung ausgerichtet (vgl. Herdegen NSTZ 2000, 1). Dies kann **nur mit geeigneten Anträgen** geschehen, die eine Plausibilität für das mögliche Gelingen der Beweiserhebung darlegen.

Beim Zeugenbeweis ist hierfür die mögliche Wahrnehmung in Bezug auf die Beweisbehauptung eine wesentliche Voraussetzung. Erst wenn es plausibel erscheint, dass der benannte Zeuge in der Lage gewesen ist, etwas wahrzunehmen, kann die namentlich im Blick auf den Ablehnungsgrund der völligen Ungeeignetheit gem. § 244 III 2 StPO wesentliche weitere Frage beantwortet werden, ob dies unter Umständen geschehen sein soll, die nach den Fähigkeiten des Zeugen eine Reproduktion des Wahrgenommenen nach der Lebenserfahrung erwarten lässt, der Zeuge mithin ein geeignetes oder völlig ungeeignetes Beweismittel sein wird (vgl. BVerfG NJW 2004, 1443; BGH NSTZ 2000, 156; StV 2005, 115; vgl. Widmaier NSTZ 1993, 602; NJW 2005, 1985). Auch die Frage nach einer möglichen tatsächlichen Bedeutungslosigkeit der Beweisbehauptung (§ 244 III 2 StPO) lässt sich unter Umständen nur bei konkreter Angabe der unter Beweis gestellten Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen beurteilen (Widmaier NSTZ 1993, 602).

Bei fortgeschrittener Beweisaufnahme kann sich der Anspruch auf weitere Beweiserhebung nur auf eine Ausweitung oder Falsifizierung, nicht aber auf eine bloße nicht weiter ergebige Wiederholung (vgl. BGHSt 46, 73 mwN) des bisher erhobenen Beweisstoffs beziehen. Die **weitere Beweiserhebung steht** also in diesem Sinne **in unlösbarem Zusammenhang mit der bisher durchgeführten**. Solches kann aber auch eine Modifizierung des Erfordernisses der Konnexität beim Zeu-

genbeweis erfordern. Die Darlegung der Eignung des Begehrens für eine weitere Sachaufklärung hat auf der Grundlage des bisherigen Beweisergebnisses zu erfolgen und kann beim Zeugenbeweis die Darlegung der Wahrnehmungssituation des Zeugen auf der Grundlage des Verständnisses des Ast. von der erreichten Beweislage erfordern, sofern sich solches nicht von selbst versteht.

Der Ast. begibt sich dabei mit dem Gericht und anderen Verfahrensbeteiligten in eine Art **Dialog über die Eignung und die Notwendigkeit der erstrebten Beweiserhebung**. Legitime Aufklärungsinteressen der Antragsteller werden hierdurch nicht eingeschränkt. Möglicherweise werden sie in die Anträge ablehnenden Beschlüssen - wie auch hier - auf deren Defizite hingewiesen; sie erhalten hierdurch die Möglichkeit, die Anträge sachgerecht zu ergänzen (vgl. BGHSt 43, 212). Bei Hilfsanträgen kann es der Fairnessgrundsatz gebieten, die Antragsteller auf die nicht ausreichend dargelegte Konnexität hinzuweisen (vgl. BGHR StPO § 244 VI Beweisantrag 38).“ (BGH aaO).

StPO  
§ 153 I 3

### Anhörungsrecht wirksamer Verzicht

StPO

(LG Arnsberg in Rpfleger 2009, 171; Beschluss vom 16.10.2008 – 2 Qs 89/08)

Das **Schweigen des Verurteilten** auf ein Anschreiben des Gerichts ("Falls Sie eine mündliche Anhörung wünschen, teilen Sie dies bitte umgehend dem Gericht mit. Sodann wird ein Termin zur Anhörung bestimmt") kann **nicht als Verzicht auf sein Anhörungsrecht** ausgelegt werden.

„Nach **§ 453 I 3 StPO** soll das Gericht dem Verurteilten **Gelegenheit zur mündlichen Anhörung** geben, wenn es über einen Widerruf der Strafaussetzung wegen Verstoßes gegen Auflagen oder Weisungen gemäß § 56 f I Nr. 2 und 3 StGB zu entscheiden hat. Der Verurteilte soll dadurch Gelegenheit erhalten, den Vorwurf zu entkräften, er habe gegen Auflagen oder Weisungen gröblich oder beharrlich verstoßen. Zwar handelt es sich bei der durch das 23. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 13.04.1986 (BGBl I, 393 ff.) geänderten Bestimmung um eine **Sollvorschrift**. Diese ist jedoch dahin aufzufassen ist, dass **generell eine mündliche Anhörung für den Fall des Widerrufs einer Strafaussetzung zur Bewährung wegen Verstoßes gegen Auflagen oder Weisungen zu erfolgen hat**. Dadurch sollte nach dem Willen des Gesetzgebers dem Umstand Rechnung getragen werden, dass ein Verurteilter beachtenswerte Gründe für die Nichterfüllung von Auflagen oder Weisungen haben kann, aber nicht in der Lage ist, diese Gründe schriftlich in einer das Gericht überzeugenden Weise darzustellen. Die Ausgestaltung als Sollvorschrift eröffnet deshalb dem Gericht nicht etwa nur die Möglichkeit, sondern **begründet gleichzeitig seine Pflicht zur mündlichen Anhörung**, von der nur ausnahmsweise aus schwerwiegenden Gründen abgesehen werden kann (vgl. OLG Hamm NSTz 1987, 247; Meyer-Goßner, StPO, § 453, Rn 7)

Als schwerwiegender Grund für die Nichtdurchführung einer mündlichen Anhörung kommt allenfalls ein Verzicht des Verurteilten auf das Anhörungsrecht in Betracht. Ein solcher setzt aber voraus, dass der Verurteilte ausdrücklich und eindeutig erklärt, er wolle nicht mündlich angehört werden. Bestehen hingegen Zweifel an der uneingeschränkten Ablehnung des Verurteilten, sich einer mündlichen Anhörung zu stellen, so muss sich das mit dem Widerruf befasste Gericht wegen des Ausnahmecharakters des Absehens von der mündlichen Anhörung zunächst die Überzeugung verschaffen, ob der Verurteilte wirklich nicht mündlich angehört werden will (vgl. OLG Karlsruhe StV 2003, 344).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt: Zwar hat das AG in dem Schreiben vom 21.08.2008 dem Verurteilten Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen gegeben und hinzugefügt: „Falls Sie eine mündliche Anhörung wünschen, teilen Sie dies bitte umgehend dem Gericht mit. Sodann wird ein Termin zur Anhörung bestimmt.“ Der Verurteilte hat auf dieses - nicht förmlich zugestellte - Schreiben nicht reagiert. Das **Schweigen des Verurteilten kann nicht als Verzicht auf sein Anhörungsrecht ausgelegt werden**. Die **Nichtbeantwortung der Frage kann vielerlei Gründe haben**, insbesondere auf Nachlässigkeit oder Gleichgültigkeit beruhen. Ein ausdrücklicher und eindeutiger Verzicht kann daraus nicht hergeleitet werden. Der Hinweis des Amtsgerichts an den Verurteilten, er könne einen mündlichen Anhörungstermin beantragen, würde im Übrigen dem vorgeschriebenen Regelungsgehalt des § 453 I 3 StPO nicht gerecht. Der Verurteilte ist vielmehr grundsätzlich zu einem vom Gericht bestimmten Anhörungstermin zu laden (LG Saarbrücken NSTZ-RR 00, 245; LG Berlin NSTz 1989, 245; Karlsruher Kommentar zur StPO, §§ 453, Rn 7 ff).“ (LG Arnsberg aaO).

StPO  
§§ 337 ff., 344 II

### Revision zulässige Sachrüge

StPO

(OLG Hamm in StV 2009, 67; Beschluss vom 20.05.2008 – 2 Ss 176/08)

Eine **zulässig erhobene Sachrüge** setzt voraus, dass die **Revision zweifelsfrei erkennbar auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützt** werden soll. Sie **muss** daher die - zumindest schlüssige - **Behauptung enthalten, dass** auf den im Urteil vom Tatgericht festgestellten Sachverhalt das **materielle Recht falsch angewendet worden ist**.

„Dies lässt sich der Revisionsbegründung des Angekl. nicht entnehmen: Die Revisionsbegründung enthält lediglich die Ausführung, dass die Verletzung materiellen Rechts gerügt wird, der sich dann jedoch **nur Ausführungen zur landgerichtlichen Beweiswürdigung** anschließen. Daraus folgt, dass sich die **Angriffe der Revision allein gegen die Beweiswürdigung** richten und der Angekl. eine eigene Beweiswürdigung vornimmt, die an die Stelle der landgerichtlichen Beweiswürdigung treten soll. Der Angekl. führt im Wesentlichen lediglich aus, dass das Landgericht der Aussagen der Zeugin M. hätte nicht folgen dürfen, weil diese nicht zweifelsfrei seien. Damit wird aber die landgerichtliche Beweiswürdigung weder als widersprüchlich, lückenhaft noch unklar beanstandet. Allein auf solche Mängel kann jedoch das Revisionsgericht die tatrichterliche Beweiswürdigung überprüfen.“ (OLG Hamm aaO).

VwGO  
§ 86 I**Amtsermittlungsgrundsatz**  
**Übernahme tatsächlicher Feststellungen**

VwGO

BDG (BVerwG in BayVBl 2009, 120 = DöV 2009, 176; Beschluss vom 04.09.2008 – 2 B 61/07)  
§ 57 II

Das **Verwaltungsgericht darf die in einem anderen gesetzlich geordneten Verfahren getroffenen tatsächlichen Feststellungen** nach § 57 II BDG seiner Entscheidung **nur dann** ohne erneute Prüfung **zugrunde legen, wenn sie nicht bestritten** werden.

„Gem. § 58 I BDG erhebt das Gericht die erforderlichen Beweise. Demnach hat es **grds. selbst** diejenigen **Tatsachen festzustellen**, die für den Nachweis des Dienstvergehens und die Bemessung der Disziplinarmaßnahme von Bedeutung sind (vgl. auch BTDrucks 14/4659 S. 49, zu § 58 BDG). Entsprechend § 86 I VwGO folgt daraus die Verpflichtung, diejenigen Maßnahmen zur Sachaufklärung zu ergreifen, die sich nach Lage der Dinge aufdrängen. Dies gilt gemäß § 65 I 1 BDG auch für die Berufungsinstanz.

Der **Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung**, der an die Stelle des früher gemäß § 75 II 1 BDO geltenden Grundsatzes der mittelbaren Beweiserhebung getreten ist, verpflichtet das Verwaltungsgericht, alle erforderlichen Beweise selbst zu erheben. Es kann deshalb grundsätzlich nicht mehr eine bestrittene, beweisbedürftige Tatsache durch Verlesen von Vernehmungsprotokollen des behördlichen Disziplinarverfahrens oder anderer gesetzlich geordneter Verfahren feststellen. Von Zeugen hat es sich in der mündlichen Verhandlung selbst einen unmittelbaren persönlichen Eindruck zu verschaffen.

Diese **Aufklärungspflicht** wird durch § 58 II, § 65 III BDG begrenzt, die die Ablehnung verspätet gestellter Beweisanträge ermöglichen. Ferner kann das Berufungsgericht nach § 65 IV BDG vom Verwaltungsgericht erhobene Beweise seiner Entscheidung ohne erneute Beweisaufnahme zugrunde legen. Das Berufungsgericht hat seine Ablehnung der Beweisanträge aber nicht auf § 65 III oder IV BDG gestützt, sondern auf § 57 II BDG. Danach sind die in einem anderen gesetzlich geordneten Verfahren getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht bindend, können aber der Entscheidung ohne erneute Prüfung zugrunde gelegt werden. Diese Vorschrift rechtfertigt es nur dann, von einer gerichtlichen Beweisaufnahme abzusehen, wenn die anderweitig festgestellten Tatsachen im gerichtlichen Disziplinarverfahren nicht mehr bestritten werden. Dieser eingeschränkte Bedeutungsgehalt des § 57 II BDG wird durch das im Wortlaut angelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis und den systematischen Zusammenhang mit dem nachfolgenden § 58 I BDG vorgegeben (BVerwGE 83, 221 und BVerwGE 93, 255). Danach ist im vorliegenden Fall für die Anwendung des § 57 Abs. 2 BDG kein Raum.

Ob Aufklärungsmaßnahmen den beabsichtigten Erfolg haben werden, lässt sich erst nach ihrer Durchführung beurteilen. Das Absehen von einer weiteren Sachaufklärung mit der Begründung, etwa in Betracht kommende Beweismittel würden voraussichtlich nicht den gewünschten Aufschluss erbringen, stellt eine unzulässige Vorwegnahme der Beweismittelwürdigung und damit eine Verletzung der Verpflichtung des Gerichts gem. § 86 I VwGO, § 58 I i.V.m. § 65 I BDG dar, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen (vgl. BVerwGE 106, 263). Die nach Einschätzung des Gerichts geringe Wahrscheinlichkeit, dass Aufklärungsmaßnahmen zu weiteren Erkenntnissen führen werden, begrenzt nicht die Amtsermittlungspflicht. Dies gilt erst recht, wenn ein Gericht jegliche Beweisaufnahme ablehnt, weil es bereits vorher vom Gegenteil überzeugt ist. Das Berufungsgericht wird daher die Zeugen auch zu den von der Beklagten aufgezeigten Widersprüchen zu befragen haben.“ (BVerwG aaO).

VwGO  
§§ 101 I, 138 Nr.3**Entscheidung ohne mündliche Verhandlung**  
**fehlendes Einverständnis der Beteiligten**

VwGO

(BVerwG in NVwZ 2009, 59; Urteil vom 15.09.2008 – 1 C 12/08)

Wird im Urteilsverfahren trotz fehlenden Einverständnisses der Beteiligten ohne Durchführung einer **mündlichen Verhandlung entschieden**, ist nicht nur ein **Verstoß gegen § 101 I VwGO** gegeben, sondern auch eine **Gehörsverletzung i.S. des § 138 Nr. 3 VwGO**.

„Das BerGer. bedarf gem. § 125 I 1 i.V. mit § 101 II VwGO des Einverständnisses der Bet., wenn das Urteil ohne mündliche Verhandlung ergehen soll. Ein Verstoß gegen dieses Gebot verletzt zugleich den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs (§ 108 II VwGO), denn **den Bet. wird die Möglichkeit weiteren Vorbringens abgeschnitten** (BVerwG NVwZ-RR 1998, 525). Vorliegend haben die Bet. im Berufungsverfahren nicht auf die Durchführung der mündlichen Verhandlung verzichtet. Die irrtümliche Annahme des VG, ein Verzicht läge vor, ist für das Vorliegen des Verfahrensverstößes ohne Bedeutung (BVerwG BayVBl 2003, 671).“ (BVerwG aaO).

SGB II  
§ 31 I Nr.1**Rechtsfolgenbelehrung**  
**widersprechende Rechtsfolgenbelehrungen**

SGB

(OVG Bremen in NJW 2009, 616; Beschluss vom 10.10.2008 – 2 B 458/08)

Eine **ordnungsgemäße „Belehrung über die Rechtsfolgen“ i.S. des § 31 I Nr. 1 SGB II** ist **nicht gegeben**, wenn dem Betroffenen **mehrere, einander widersprechende Rechtsfolgenbelehrungen erteilt** worden sind.

„Ihre Funktion, den Betroffenen die unmittelbaren und konkreten Auswirkungen vor Augen zu führen, erfüllt eine Rechtsfolgenbelehrung dann nicht mehr, wenn dem Betroffenen eine zweite Belehrung zugeht, die in Bezug auf dieselbe Maßnahme völlig andere Rechtsfolgen aufzeigt, ohne deutlich zu machen, in welchem Verhältnis sie zur ersten Belehrung steht. In dieser Situation ist für einen verständigen Adressaten **nicht mehr erkennbar, welche Rechtsfolge** im Fall, dass er der Aufforderung nicht nachkommt, **tatsächlich eintreten wird**. Eine Rechtsfolgenbelehrung muss daher, um wirksam zu sein, vor allem widerspruchsfrei sein (BSG, Urt. v. 1. 6. 2006 - B 7a AL 26/05 R, BeckRS 2006, 43032).“ (OVG Bremen aaO).

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

RVG  
§ 46

#### PKH-Vergütung fehlende Beschränkung im Beordnungsbeschluss

RVG

(OLG Naumburg in MDR 2009, 234; Beschluss vom 15.07.2008 – 8 WF 111/08)

Ist die **Beordnung des PKH-Anwalts ohne den Zusatz „zu den Bedingungen eines ortsansässigen Anwalts“** erfolgt, so ist für die Festsetzung der Anwaltsvergütung **allein der Inhalt des Beschlusses maßgeblich**.

„Soweit der erkennende Senat (OLG Naumburg FamRZ 1999, 1683) und der 14. Zivilsenat des OLG Naumburg (OLGR Naumburg 2001, 486) davon ausgehen, durch Beordnung eines auswärtigen und vor allen Familiengerichten postulationsfähigen Rechtsanwalts entstehende Mehrkosten seien unabhängig von der Aufnahme eines einschränkenden Zusatzes gem. § 121 III ZPO in den Prozesskostenhilfebewilligungs- und Beordnungsbeschluss nicht vergütungsfähig, kann daran nach Inkrafttreten des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes nicht festgehalten werden, auch wenn der Beschluss über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nur das Verhältnis zwischen der Partei und der Staatskasse, nicht aber das Rechtsverhältnis zwischen dem beigeordneten Rechtsanwalt und der Staatskasse betrifft, denn eine dem § 126 I 2 BRAGO, dem man entnehmen konnte, dass die Einschränkung „zu den Bedingungen eines ortsansässigen Rechtsanwalts“ nur deklaratorische Bedeutung hatte, entsprechende Vorschrift enthält das RVG nicht. Es gilt vielmehr **§ 6 I RVG**, dem zufolge dem beigeordneten Rechtsanwalt **Fahrtkosten und Abwesenheitsgelder** zu vergüten sind, die **zur sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der von ihm vertretenen Partei erforderlich** waren.

Für die [gegenteilige Ansicht] streitet auch nicht der Beschluss des BGH vom 10.10.2006 (BGH FamRZ 2007, 37): Nach dieser Entscheidung enthält der Beordnungsantrag eines auswärtigen Rechtsanwalts regelmäßig ein konkludentes Einverständnis mit einer dem Mehrkostenverbot des § 121 III ZPO entsprechenden Einschränkung der Beordnung nur zu den Bedingungen eines am Prozessgericht zugelassenen Rechtsanwalts. Aus der Entscheidung des BGH ist somit zu entnehmen, wie der Antrag eines auswärtigen Rechtsanwalts auf Beordnung auszulegen ist; für die Auslegung der richterlichen Entscheidung in Gestalt eines Beordnungsbeschlusses ergibt sich aus ihr nichts. Der Grundsatz der Klarheit von Kostenentscheidungen gebietet es daher, vom Wortlaut des Beordnungsbeschlusses und damit einer einschränkungslosen Beordnung des auswärtigen Anwalts auszugehen, soweit ein einschränkender Zusatz gem. § 121 III ZPO fehlt.“ (OLG Naumburg aaO).

RVG  
§ 46

#### Reisekosten und Abwesenheitsgeld Berücksichtigung bei gewährter Prozesskostenhilfe

RVG

(OLG Brandenburg in MDR 2009, 175; Beschluss vom 01.04.2008 – 6 W 203/07)

Ein im Rahmen einer **Prozesskostenhilfeentscheidung** beigeordneter auswärtiger Anwalt hat Anspruch auf Reisekosten und Abwesenheitsgeld.

- I. Zwar enthält das Gesetz ein sog. **Mehrkostenverbot in § 121 III ZPO** und deshalb ist grds. ein beim Prozessgericht zugelassener Rechtsanwalt nicht beizuordnen.

„Setzt sich jedoch das über die Prozesskostenhilfebewilligung entscheidende Gericht über diese gesetzliche Vorschrift hinweg, so ist für die Festsetzung der Vergütung nach § 48 RVG **ausschließlich der Inhalt des Bewilligungsbeschlusses maßgeblich**.

Der Ansicht, eine Beschränkung i. S. des § 121 II ZPO müsse nicht ausdrücklich ausgesprochen werden, vielmehr sei ein solcher Ausspruch lediglich deklaratorischer Art, kann ebenfalls nicht gefolgt werden:

Zum einen enthält § 121 III ZPO kein generelles Verbot der Beordnung eines auswärtigen Anwaltes; vielmehr betrifft die zitierte Vorschrift nur den Fall, dass durch die Beordnung des auswärtigen Anwaltes weitere Kosten entstehen. Zum anderen ergibt sich aus § 46 I RVG, dass dem beigeordneten Rechtsanwalt **Fahrtkosten und Abwesenheitsgelder** zu vergüten sind, die **zur sachgemäßen Wahrnehmung der Parteiinteressen erforderlich** waren.“ (OLG Brandenburg aaO).

- II. Auch die Entscheidung des BGH (RPfl 2007, 83) führt nicht zu einer anderen Bewertung.

„Der der zitierten Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich von dem hier zur Entscheidung vorliegenden: Nach der Entscheidung des BGH enthält ein **Beordnungsantrag eines auswärtigen** (nicht beim Prozessgericht zugelassenen) **Rechtsanwalts** regelmäßig ein **konkludentes Einverständnis mit einer dem Mehrkostenverbot des § 121 III ZPO entsprechenden Einschränkung der Beordnung nur zu den Bedingungen eines am Prozessgericht zugelassenen Anwaltes**. Zur Begründung hat der BGH ausgeführt, dass ein Rechtsanwalt bei Stellung seines Beordnungsantrages davon ausgehen müsse, seinem Antrag werde nur im gesetzlich zulässigen Umfange unter Berücksichtigung von § 121 II ZPO stattgegeben werden. Demzufolge könne das entscheidende Gericht auf einen solchen Antrag hin eine beschränkte Beordnung aussprechen. Aus dieser Entscheidung kann allenfalls hergeleitet werden, wie der Antrag eines auswärtigen Anwaltes auf Beordnung zu interpretieren ist. Die zitierte Entscheidung kann aber keinesfalls für eine Auslegung der richterlichen Entscheidung herangezogen werden.“ (OLG Brandenburg aaO).

RVG  
§ 2 II**Berufungsverfahren**  
**Verfahrens- und Einigungsgebühr**

RVG

(OLG Düsseldorf in AnwBI 2009, 72; Beschluss vom 14.08.2008 – I-24 W 62/08)

- I. Im Berufungsverfahren fällt die **Verfahrensgebühr** bereits dann an, **wenn der Rechtsanwalt** des Berufungsbeklagten von diesem **Informationen** zur Verteidigung gegen das eingelegte Rechtsmittel **entgegennimmt**.

*„Das Entstehen der Verfahrensgebühr II. Instanz setzt voraus, dass in dieser Instanz ein Prozessrechtsverhältnis entstanden ist. Dies ist mit Einlegung der Berufung und deren Zustellung geschehen.*

*Im Übrigen erhält der Anwalt die Gebühr für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information (Vorbem. 3 II VV RVG). Auch diese Voraussetzung liegt vor. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten hat die Informationen seiner Mandantin zur Erledigung des Berufungsverfahrens entgegengenommen und mit dem anwaltlichen Vertreter der Klägerin korrespondiert. Eine Bestellung war nicht erforderlich.“ (OLG Düsseldorf aaO).*

- II. Stimmt der Berufungsbeklagte der Berufungsrücknahme mit einer von den gesetzlichen Regelungen abweichenden Kostenfolge zu und wird anschließend die Berufung zurückgenommen, so entsteht zu dem eine **Einigungsgebühr**.

*„Nach Nr. 1000 I 1 VV RVG entsteht die Einigungsgebühr, wenn der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis durch Abschluss eines Vertrages unter Mitwirkung des Rechtsanwalts beseitigt wird, es sei denn, der Vertrag beschränkt sich auf ein Anerkenntnis oder einen Verzicht.*

*So liegen die Dinge hier aber nicht: Denn die Parteien haben eine Vereinbarung i. S. von Nr. 1000 I 1 VV RVG geschlossen. Das Angebot des Prozessbevollmächtigten der Beklagten zur von der gesetzlichen Regelung abweichenden Verteilung der entstandenen Kosten bei Rücknahme der Berufung durch die Klägerin hat diese angenommen und mit der Rücknahme der Berufung bestätigt.“ (OLG Düsseldorf aaO).*

VV RVG  
Nr. 1008**Streitgenossen**  
**Gebühren des beigeordneten PKH-Anwalts**

VV RVG

(OLG Zweibrücken in Rpfleger 2009, 88; Beschluss vom 04.09.2008 – 6 WF 115/08)

**Vertritt ein Rechtsanwalt mehrere Streitgenossen** und ist **einem von ihnen Prozesskostenhilfe ohne Einschränkung bewilligt** worden, so **kann er die Gerichtskasse wegen der vollen** auf diesen Streitgenossen entfallenden **Kosten in Anspruch nehmen**.

- I. Ob in diesem Falle dennoch der Anspruch des beigeordneten Prozessbevollmächtigten gem. **§ 121 BRAGO** auf die gesetzliche Vergütung der Höhe nach beschränkt werden kann, wird in der Rspr. kontrovers diskutiert.

- **Teilweise** wird die Ansicht vertreten, dem Rechtsanwalt stehe auch dann nur die Erhöhungsgebühr zu (OLG Koblenz JurBüro 2004, 384; OLG Sachsen-Anhalt OLGR 2004, 175).
- Nach einer **anderen Ansicht** wird der Vergütungsanspruch des beigeordneten Rechtsanwalts auf die Mithaftungsquote des Streitgenossen entsprechend seiner wertmäßigen Beteiligung am Streitgegenstand (ThürOLG OLGR 2007, 163) bzw. den auf ihn im Innenverhältnis entfallenden Anteil (OLG Zweibrücken OLGR 2004, 139; OLG Köln OLGR 1998, 438) gekürzt.
- Die **überwiegende Mehrzahl der OLG** hat sich jedoch dafür ausgesprochen, dass jedenfalls bei einer uneingeschränkten PKH-Bewilligung der beigeordnete Rechtsanwalt die Gebühren in voller Höhe verlangen kann.

OLG Hamm Rpfleger 2003, 447; OLG Schleswig OLGR 1998, 234; OLG München OLGR 1996, 207; OLG Düsseldorf OLGR 1997, 340; OLG Stuttgart JurBüro 1997, 200

- II. **OLG Zweibrücken aaO** schließt sich der letztgenannten Ansicht an.

*„Die Überlegungen, die bei der Erwägung anzustellen sind, ob und in welchem Umfang einer Partei Prozesskostenhilfe zu bewilligen ist, können keine Rolle mehr spielen, wenn PKH einmal uneingeschränkt bewilligt worden ist. Die ohne Einschränkung erfolgte **Gewährung von Prozesskostenhilfe** im Festsetzungsverfahren **nachträglich auf die Erhöhungsgebühr zu beschränken, würde zu Rechtsfolgen führen, die das Gesetz nicht vorgesehen hat, und dem Gebot des Vertrauensschutzes widersprechen. Es ist für die Partei bei uneingeschränkter Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht vorhersehbar, dass er dann im Festsetzungsverfahren in seinen Ansprüchen eingeschränkt wird. Auch die mittellose Partei, die sich im Vertrauen auf die uneingeschränkte Gewährung von Prozesskostenhilfe auf die Prozessführung eingelassen hat, sieht sich unter Umständen der Inanspruchnahme durch den Rechtsanwalt oder Ausgleichsansprüchen der Streitgenossen in nicht unerheblicher Höhe ausgesetzt. Es hat deshalb im Falle uneingeschränkter Prozesskostenhilfebewilligung bei der vollen Erstattungspflicht der Gerichtskasse zu verbleiben.“*** (OLG Zweibrücken aaO).

VV RVG  
Nr. 2300**Einholung einer Deckungszusage**  
**gebührenrechtliche Angelegenheit**

RVG

(LG München I in AnwBI 2009, 238; Urteil vom 06.05.2008 – 30 O 16917/07 und  
LG Schwandorf in AnwBI 2009, 239; Urteil vom 11.06.2008 – 2 C 0189/08)

- I. Die Einholung einer Deckungszusage gegenüber der Rechtsschutzversicherung des Mandanten stellt eine **eigene Angelegenheit** dar, sodass die hierfür anfallenden Rechtsanwaltskosten von dem Anspruchsgegner zu erstatten sind (LG München I aaO).
- II. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Gegner sich zum Zeitpunkt der Deckungsanfrage mit der Hauptforderung in Verzug befunden hat (AG Schwandorf aaO).

VV RVG  
Nr. 2300**Selbstständiges Beweisverfahren**  
**Anrechnung der Geschäftsgebühr**

VV RVG

(BGH in NJW-RR 2008, 1528; Beschluss vom 03.06.2008 – VI ZB 55/07)

Auch im selbstständigen Beweisverfahren wird die wegen desselben Streitgegenstandes entstandene **Geschäftsgebühr auf die im selbstständigen Beweisverfahren entstehende Verfahrensgebühr angerechnet**.

- I. Nach der **Rspr. des BGH** ist eine wegen desselben Gegenstands **entstandene Geschäftsgebühr** nach Vorbem. 3 IV zu Nr. 3100 RVG VV anteilig **auf die in dem anschließenden gerichtlichen Verfahren anfallende Verfahrensgebühr anzurechnen**.

BGH NJW 2008, 1323; NJW 2007, 2049 = VersR 2007, 1098; NJW 2007, 2050; NJW 2007, 3500; ebenso VGH München NJW 2006, 1990; OLG Hamburg MDR 2007, 1224 = BeckRS 2007, 19312

Für die Anrechnung ist dabei **ohne Bedeutung, ob die Geschäftsgebühr auf materiell-rechtlicher Grundlage vom Prozessgegner zu erstatten und ob sie unstreitig, geltend gemacht, titulierte oder bereits beglichen ist** (BGH NJW 2008, 1323; vgl. auch Streppel MDR 2008, 421). Entscheidend für die Anrechnung und damit die von selbst einsetzende Kürzung ist nach dem Wortlaut der Anrechnungsbestimmung vielmehr, ob und in welcher Höhe eine Geschäftsgebühr bei vorausgesetzter Identität des Streitgegenstandes entstanden ist, der Rechtsanwalt zum Zeitpunkt des Entstehens der Verfahrensgebühr also schon einen Anspruch auf eine Geschäftsgebühr aus seinem vorprozessualen Tätigwerden erlangt hatte.

- II. Diese **Grundsätze gelten** nach BGH aaO **entsprechend für das selbstständige Beweisverfahren**, denn das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz enthält insoweit **keine Sondervorschriften**.

Soweit wegen desselben Gegenstands eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 RVG VV entstanden ist, wird diese Gebühr zur Hälfte, höchstens mit einem Gebührensatz von 0,75, auf die Verfahrensgebühr des selbstständigen Beweisverfahrens angerechnet. Ist ein Verfahrensbevollmächtigter in dieser Sache bereits vorgerichtlich tätig geworden, muss die 1,3-Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 RVG VV wegen der Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 RVG VV auf eine 0,65-Gebühr gekürzt werden.

VV RVG  
Nr. 2503**Trennungsfolgen: Unterhalt und Hausrat**  
**gebührenrechtlich zwei Angelegenheiten**

RVG

(OLG Düsseldorf in AnwBI 2009, 69; Beschluss vom 14.10.2008 – II-10 WF 13/08)

Dem Rechtsanwalt stehen im Rahmen der Beratungshilfe für die **Trennungsfolgen Hausrat und Unterhalt zwei Gebühren** zu.

*„Der Senat hält insoweit an seiner zu § 7 III BRAGO ergangenen Rspr. (MDR 1986, 157) fest. Danach genügt es nicht, dass die verschiedenen Trennungsfolgesachen ihren gemeinsamen Grund in der Trennung der Eheleute haben, weil die Gegenstände der Folgesachen nicht nur in unterschiedlichen Verfahren geltend gemacht werden, sondern sich auch völlig auseinander entwickeln können. Bereits die Existenz des § 7 III BRAGO zeigte, dass es einer Norm bedurfte, um beim Scheidungsverband das Gesamtverfahren kostenrechtlich als Einheit zu behandeln. Dies wiederum indiziert, dass es sich der Sache nach bei allen Verfahren trotz der gemeinsamen Ursache der Scheidung um selbstständige Angelegenheiten handelte.*

*An dieser Betrachtungsweise hat die nunmehr maßgebliche Norm des § 16 Nr. 4 RVG nichts geändert: Auch hier wird für die Scheidungssache und die Folgesachen bestimmt, dass diese gebührenrechtlich als dieselbe Angelegenheit i. S. des RVG gelten. Diese Regelung wäre überflüssig, wenn der Gesetzgeber bei Schaffung des § 16 Nr. 4 RVG von der bis dato streitigen Ansicht ausgegangen wäre, das Vorliegen einer einzigen Angelegenheit ergebe sich bereits daraus, dass die verschiedenen Gegenstände ihren Ursprung in dem einheitlichen Lebenssachverhalten des Scheiterns der Ehe hätten.*

*Für die Trennung und deren Folgen fehlt es an einer dem § 16 Nr. 4 RVG entsprechenden Regelung. Eine **Anwendung des § 16 Nr. 4 RVG kommt weder direkt noch analog in Betracht**. Der Zeitraum der Trennung liegt vor der Ehescheidung; sie gehört damit nicht zu der Scheidung und deren Folgen, insbesondere werden die Folgen der Trennung nicht für den Fall der Scheidung getroffen.*

*Eine **unbewusste Regelungslücke liegt nicht vor**. Dem Gesetzgeber war bei Schaffung des § 16 Nr. 4 RVG die bereits zu § 7 III BRAGO geführte kontroverse Diskussion um den Begriff der „Angelegenheit“ bekannt (vgl. Überblick bei Gerold/Schmidt-Mayer, Nr. 2500-2508 VV RVG Rn 27 Fußnote 65). Dennoch hat er dies nicht zum Anlass genommen, eine abweichende Norm zu schaffen. Entsprechend ist bei einer Beratungshilfetätigkeit für die Trennung und deren Folgen gebührenrechtlich von verschiedenen Angelegenheiten auszugehen (ebenso: OLG Stuttgart JurBüro 2007, 21).“ (OLG Düsseldorf aaO).*

VV RVG  
Nr. 3104**Anwaltshonorar**  
**vorzeitige Mandatskündigung**

RVG

(AG München in BRAK-Mitt. 2009, 21; Urteil vom 28.05.2008 – 222 C 30394/07)

Die **vorzeitige Beendigung des Auftrags bzw. Mandatsverhältnisses** ist **gebührenrechtlich ohne Einfluss auf bereits entstandene anwaltliche Gebühren**.

„Die von einem Anwalt übernommene Tätigkeit stellt, da sie auf einem besonderen Vertrauensverhältnis beruht, eine Dienstleistung höherer Art in Sinne des § 627 I BGB dar (BGH NJW 1985, 41).

Bei einem solchen Vertragsverhältnis ist eine **Kündigung für beide Vertragsparteien ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist jederzeit möglich**, § 627 I BGB.

Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen schlechter Erfüllung des Anwaltsvertrages oder eine Ersatzpflicht nach § 627 II 2 BGB wurden vom Bkl. nicht schlüssig vorgetragen: Zwar musste der Bkl. [nach der Beendigung des Mandatsverhältnisses] einen anderen Anwalt beauftragen, an den er erneut eine Prozessgebühr zu leisten hatte. Für diesen Schaden hat der Kl. jedoch nicht einzustehen. Entgegen der Auffassung des Bkl. wurde die Kündigung nicht zur Unzeit ausgesprochen. Der Kl. hat den Termin vor dem LG wahrgenommen und trotz bereits vorher bestehender Meinungsverschiedenheiten erst nach der Wahrnehmung des Termins niedergelegt. Fristversäumnisse drohten nicht.

Der Kl. hat daher gegen den Bkl. einen Anspruch auf Bezahlung des Anwaltshonorars.“ (AG München aaO).

ZPO  
§ 91 I 1

### Berufungsverfahren notwendige Kosten der Rechtsverteidigung

ZPO

(BGH in Rpfleger 2009, 172; Beschluss vom 02.10.2008 – I ZB 111/07)

**Beantragt der Berufungsbeklagte** nach Einlegung und Begründung des Rechtsmittels dessen **Zurückweisung**, so sind die **dadurch entstehenden Anwaltsgebühren** auch dann als **notwendige Kosten der Rechtsverteidigung** zu erstatten, **wenn** der Berufungsbeklagte sich **mit der Berufungsbegründung inhaltlich nicht auseinandersetzt**.

„Durch den Antrag auf Zurückweisung der Berufung ist nach §§ 2, 13 RVG i.V. mit Nr. 3200 VV RVG eine 1,6-fache Verfahrensgebühr entstanden.

Die 1,6-fache **Verfahrensgebühr** nach Nr. 3200 RVG VV entsteht nach Teil 3 Vorbem. 3 II VV RVG **für das Betreiben des Geschäfts**. Zum Betreiben des Geschäfts zählt das **Einreichen von Schriftsätzen bei Gericht**. Die Verfahrensgebühr ermäßigt sich zwar bei einer vorzeitigen Beendigung des Auftrags nach Nr. 3201 VV RVG auf eine 1,1-fache Gebühr. Als eine vorzeitige Beendigung des Auftrags ist auch die Beendigung durch Rücknahme der Berufung anzusehen. Hat der Rechtsanwalt aber bereits einen Schriftsatz eingereicht, der Sachanträge oder Sachvortrag enthält, kommt - wie sich aus Nr. 3201 S. 1 Nr. 1 VV RVG ergibt - eine vorzeitige Beendigung des Auftrags und damit eine Ermäßigung der Gebühr nicht mehr in Betracht. Der Regelung der Nr. 3201 S. 1 Nr. 1 RVG ist zudem zu entnehmen, dass allein die Stellung der Sachanträge die volle Verfahrensgebühr auslöst, auch wenn der Schriftsatz keinen Sachvortrag zur Begründung der Anträge enthält.

Der Antrag auf Zurückweisung der Berufung war **zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung i. S. des § 91 I 1 HS. 2 ZPO notwendig**: Bei einer nur zur Fristwahrung eingelegten Berufung ist nach der Rspr. des BGH allerdings ein die (volle) Verfahrensgebühr auslösender Antrag auf Zurückweisung des Rechtsmittels im erstattungsrechtlichen Sinne nicht notwendig, solange ein Berufungsantrag nicht gestellt und eine Berufungsbegründung nicht eingereicht worden ist. Ein solcher Zurückweisungsantrag kann sich inhaltlich nicht mit dem Antrag und der Begründung auseinandersetzen und das Verfahren nicht durch einen entsprechenden Gegenantrag fördern (vgl. BGH NJW 2003, 1324 ; NJW 2003, 2992; NJW 2007, 3723). Ist dagegen ein Berufungsantrag gestellt und eine Berufungsbegründung eingereicht worden, ist ein Antrag auf Zurückweisung der Berufung auch dann im erstattungsrechtlichen Sinne notwendig, wenn das Berufungsgericht noch nicht über eine mögliche Zurückweisung der Berufung durch Beschluss entschieden hat (vgl. BGH NJW 2004, 73). Dies gilt auch dann, wenn der Prozessbevollmächtigte des Rechtsmittelgegners - wie hier - nur einen Zurückweisungsantrag gestellt und sich nicht inhaltlich mit der Berufungsbegründung auseinandergesetzt hat (vgl. OLG Stuttgart JurBüro 2007, 36; OLG Hamburg OLGR 2006, 814; zweifelnd Gerold/Schmidt, RVG, 18. Aufl., Nr. 3200 VV RVG Rn 74). Ein solcher Antrag kann die **Position des Mandanten im Prozess fördern** und auf die Entscheidung des Gerichts einwirken. Ein derartiger Gegenantrag stellt klar, dass der Rechtsmittelgegner die Zurückweisung des Rechtsmittels in vollem Umfang erstrebt. Das reicht aus. Die Ausgestaltung der anwaltlichen Gebühren als im Wesentlichen streitwertabhängige Pauschalen verbietet eine Prüfung, welcher Aufwand mit der Stellung und der Begründung des Gegenantrags für den Anwalt verbunden war. Es ist deshalb **kostenrechtlich ohne Belang, ob sich die zur Rechtfertigung des Zurückweisungsantrags vorgebrachten Argumente in bloßen Wiederholungen erschöpften** (BGH NJW 2004, 73). Dementsprechend ist es auch nicht von Bedeutung, ob der Zurückweisungsantrag überhaupt mit einer Begründung versehen war.“ (BGH aaO).

GKG  
§ 45 I 2

### Streitwertbestimmung § 45 I 2 GKG gilt auch für Anwaltsgebühren

GKG

(OLG Köln in OLGR 2009, 158; Beschluss vom 23.07.2008 – 22 U 141/07)

**§ 45 I 2 GKG**, wonach nur beschiedene Hilfsanträge für den Streitwert des Verfahrens von Bedeutung sind, **gilt auch für Anwaltsgebühren**.

„Nach §§ 32 I RVG, 45 I 2 GKG bleibt der Wert der Hilfswiderklage bei der Festsetzung des Streitwerts für das Verfahren unberücksichtigt. Ein Fall des § 33 I RVG liegt nicht vor (Hartmann § 33 RVG, Rn 5). Die Gegenmeinung (Gerold-Schmidt/Müller-Rabe, Nr. 3100 VV RVG Rn 129; ähnlich zum früheren Recht LAG Hamm MDR 89, 852; LAG Düsseldorf JurBüro 94, 359) vermag nicht zu überzeugen.

Nicht nur die Prozessbevollmächtigten, auch das Gericht hat sich bei der Vorbereitung eines Verhandlungstermins und seiner Durchführung mit Haupt- und Hilfsanträgen gleichermaßen zu befassen. Deshalb gilt § 45 I 2 GKG, wonach nur beschiedene Hilfsanträge für den Streitwert des Verfahrens von Bedeutung sind, über § 32 RVG auch für die Anwaltsgebühren.“ (OLG Köln aaO).

## Aus der Praxis

UWG  
§§ 2, 3, 5

**unlauterer Wettbewerb**  
**Anwaltsbriefkopf mit dem Zusatz:**  
**„Vertretungsbefugt bei allen Amts-, Land- und Oberlandesgerichten“**  
(LG Aschaffenburg in BRAK-Mitt. 2009, 37; Urteil vom 20.11.2008 – 1 HKO 159/08)

RA/Nt

Der **Zusatz auf dem Briefkopf** von Anwaltsschriftsätzen „Vertretungsbefugt bei allen Amts-, Land- und Oberlandesgerichten“ ist nicht irreführend und daher **wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden**.

- I. Unabhängig von der Intensität des damit verbundenen Werbeeffects ist festzuhalten, dass die **Gestaltung und Verwendung des Briefkopfes oder -bogens** einer Anwaltskanzlei ein **werbendes Verhalten** darstellt, das darauf abzielt, den Verkehr für die Inanspruchnahme von Leistungen dieser Kanzlei zu gewinnen (vgl. BGH NJW 1997, 3236; BGH NJW 2003, 345).
- II. Gem. **§ 2 Nr. 3 UWG** ist Mitbewerber jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht.

Ein **konkretes Wettbewerbsverhältnis** in diesem Sinne setzt eine Betätigung auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt voraus (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl., § 2 UWG, Rn 63 - 72, unter Hinweis auf BGH GRUR 2001, 78).

*„Der vorliegende Rechtsstreit ist im Zuge einer rechtlichen Auseinandersetzung in anderer Sache aufgetreten, bei der die Parteien als jeweilige anwaltlichen Vertreter ihrer Mandanten aufgetreten sind. Gerichtsbekannt wendet sich der rechtsuchende Bürger nach Aufhebung der früheren Zulassungsbeschränkungen bundesweit, d. h. unabhängig von der räumlichen Nähe der Kanzlei zu seinem Wohnort, orientiert an der erwarteten Sachkunden an Rechtsanwälte seiner jeweiligen Wahl.*

*Unter den gegebenen Umständen besteht an einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien kein Zweifel.“* (LG Aschaffenburg aaO).

- III. Bei dem Hinweis: „Vertretungsbefugt bei allen Amts-, Land- und Oberlandesgerichten“ handelt es sich unstreitig um die **Darstellung der Rechtslage**, wie sie in aller Regel für alle Rechtsanwälte in der Bundesrepublik Deutschland zutreffend ist.

1. Die **Aussage beinhaltet** damit eine **Selbstverständlichkeit**. Im Wettbewerbsrecht ist anerkannt, dass auch die Werbung mit Selbstverständlichkeiten eine **Irreführung i. S. des § 5 UWG** darstellen kann (vgl. Baumbach/Hefermehl, § 5 UWG, Rn 2).

*„In der Sache liegt deshalb grundsätzlich auch mit dem Hinweis „Vertretungsbefugt bei allen Amts-, Land- und Oberlandesgerichten“ eine irreführende Werbung über die geschäftlichen Verhältnisse, insbesondere die Art, die Eigenschaften und die Rechte des Werbenden im Sinne des § 5 II Nr. 3 UWG vor, da die Personengruppe der rechtsuchenden Bürger und Unternehmen, also die durch die Werbung auf dem Briefkopf angesprochenen Verkehrskreise, zu der fehlerhaften Vorstellung gelangen könnten, die Beklagten seien mit weitergehenden Rechten ausgestattet, als dies bei anderen Rechtsanwälten der Fall ist.“* (LG Aschaffenburg aaO).

2. Dennoch ist LG Aschaffenburg aaO der Auffassung, dass der Hinweis der Bekl. auf ihrem anwaltlichen Briefkopf im Ergebnis wettbewerbsrechtlich nicht angreifbar ist, da ein typischer Fall der **Bagatellklausel nach § 3 UWG** vorliegt, die von der Kl. angegriffenen, konkrete **Wettbewerbsbehandlung** also **nicht geeignet** ist, den **Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer**, nicht nur unerheblich **zu beeinträchtigen**.

*„Bei dieser Würdigung verkennt das Gericht nicht, dass nach herrschender obergerichtlicher Auffassung die Werbung mit Selbstverständlichkeiten nicht zwangsläufig zu einer Einordnung als Bagatellfall führt: Vielmehr erscheint zutreffend, dass von der Werbung mit Selbstverständlichkeiten keine geringere Gefahr ausgeht, als dies bei sonstiger irreführender Werbung gegeben ist (vgl. hierzu Baumbach/Hefermehl, § 5 UWG Rn 2 unter Hinweis auf OLG Düsseldorf WRP 1995, 1029).*

*Dennoch geht die Kammer aus anderen Gründen davon aus, dass die **Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG** im Zusammenhang mit dem angegriffenen Briefkopf der Bekl. nicht überschritten ist: Festzuhalten ist, dass von der Kl. nicht die Werbung der Bekl. mit dem streitgegenständlichen Hinweis auf dem Kanzleischild bzw. im Internet angegriffen wird. Den Werbeformen auf einem Kanzleischild bzw. im Internet ist gemein, dass sie sich - sei es nun gegenüber dem konkret rechtsuchenden Bürger oder gegenüber dem nur zufällig mit der Aussage auf einem Kanzleischild konfrontierten Passanten - an einen zahlenmäßig unbegrenzten Personenkreis richten. Demgegenüber wird sich in aller Regel mit dem Briefkopf der Bekl. nur ein **untergeordneter Teil rechtsuchender Personenkreise** auseinandersetzen.“* (LG Aschaffenburg aaO).

3. Außerdem hält es LG Aschaffenburg aaO für äußerst zweifelhaft, ob die Angabe „Vertretungsbefugt bei allen Amts-, Land- und Oberlandesgerichten“ überhaupt objektiv geeignet ist, die **Stellung der Bekl. im Wettbewerb mit anderen Anwaltskanzleien in relevantem Umfang zu fördern**.

*„Dabei wird nicht verkannt, dass bei einem kleinen Teil des Publikums zwar das **Missverständnis** entstehen könnten, dass Anwälte ohne diesen Hinweis im Briefkopf an den konkret genannten Gerichten nicht zugelassen sein würden, der Hinweis aber in gleichem Maße auch die Gefahr birgt, der die Angabe verwendende Anwalt sei ausschließlich bei diesen Gerichten zugelassen.*

Auch wenn eine Vergleichbarkeit des vorliegend zu beurteilenden Falles mit dem geschilderten Sachverhalt im Einzelnen nicht gegeben ist, hält die Kammer jedoch die **Beurteilung der Nachhaltigkeit der Relevanz der Wettbewerbshandlung** uneingeschränkt für übertragbar.

Im Ergebnis erachtet die Kammer die Werbewirkung der angegriffenen Hinweise auf dem Briefkopf eines Rechtsanwalts „aufgrund der Einbindung in einem quasi geschlossenen Kreislauf“ als in solchem Maße gering, dass sich in der Tat die Frage stellt, warum die Bekl. sich durch die Verwendung des Hinweises dem Risiko einer Abmahnung - im Zuge einer anwaltlichen Vertretung in anderer Sache (!) - überhaupt aussetzen. Unter diesen Umständen jedenfalls erscheint es glaubwürdig, wenn die Bekl. in der mündlichen Verhandlung, ohne dass dies allerdings zum einvernehmlichen Abschluss des vorliegenden Verfahrens führen konnte, zugesichert haben, den entsprechenden Passus zukünftig aus ihrem Briefkopf zu nehmen.“ (LG Aschaffenburg aaO).

BGB  
§§ 249, 675

### anwaltlicher Beratungsfehler Kausalität

BGB

(BGH in DB 2009, 448; Urteil vom 18.12.2008 – IX ZR 179/07)

**Weist der Berufungsanwalt nicht auf ein die Rechtsauffassung seines Mandanten stützendes Urteil des BGH hin** und verliert der Mandant deshalb den Prozess, so **wird der Zurechnungszusammenhang** zwischen dem Anwaltsfehler und dem dadurch entstandenen Schaden **nicht deshalb unterbrochen, weil auch das entscheidende Gericht die Entscheidung des BGH übersehen hat.**

- I. Nach **gefestigter Rspr. des BGH** ist der mit der Prozessführung betraute Rechtsanwalt seinem Mandanten gegenüber verpflichtet, dafür einzutreten, dass die zugunsten des Mandanten sprechenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte so umfassend wie möglich ermittelt und bei der Entscheidung des Gerichts berücksichtigt werden (BGH NJW 1988, 3013; NJW 1996, 2648; WM 2007, 1425; ZMR 2008, 602; Zugehör NJW 2003, 3225).

„Zwar weist die ZPO die **Entscheidung und damit die rechtliche Beurteilung des Streitfalles dem Gericht zu; dieses trägt für sein Urteil die volle Verantwortung**. Es widerspräche jedoch der **rechtlichen und tatsächlichen Stellung der Prozessbevollmächtigten** in den Tatsacheninstanzen, würde man ihre Aufgabe allein in der Beibringung des Tatsachenmaterials sehen. Der Möglichkeit, auf die rechtliche Beurteilung des Gerichts Einfluss zu nehmen, entspricht im Verhältnis zum Mandanten die Pflicht, diese Möglichkeit zu nutzen (BGH aaO). Mit Rücksicht auf **das auch bei Richtern nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums ist es Pflicht des Rechtsanwalts, nach Kräften dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken** (BGHZ 174, 205; BGH NJW 1974, 1865). Dies entspricht auch dem Selbstverständnis der Anwaltschaft (§ 1 III BORA).“ (BGH aaO).

1. Diese **Pflicht** hat die Bekl. **verletzt**, indem sie weder in der schriftlichen Berufungserwiderung noch in der mündlichen Verhandlung noch in einem auf ihren Antrag nachzulassenden Schriftsatz auf die Entscheidung des BGH (NJW-RR 2000, 1463) zur konkludenten Vereinbarung über die Umlegung von Nebenkosten durch jahrelange Übung hingewiesen hat.

„Die Bekl. hätte in der Berufungserwiderung auf [die genannte Entscheidung des BGH] hinweisen müssen: Der Senat hat bereits entschieden, dass der Rechtsanwalt, der die Vertretung der beklagten Partei in einem Zivilprozess übernimmt, zu prüfen hat, ob die gegnerische Klage eventuell schon an der fehlenden Schlüssigkeit scheitert. Sind bei **verkehrsüblicher Sorgfalt** solche Mängel erkennbar, so hat der Prozessbevollmächtigte sie grundsätzlich im Rechtsstreit geltend zu machen. Übernimmt der Anwalt die Vertretung eines Berufungsbekl., hat er ebenso zu prüfen, ob die mit der Berufung verfolgte Rechtsverteidigung schon aus Rechtsgründen aussichtslos ist (oder umgekehrt ohne weiteres Erfolg hat, so dass eine Klagerücknahme angezeigt ist). Der Hinweis auf eine die Rechtsauffassung der Kl. stützende Entscheidung des BGH war geeignet, der gegnerischen Berufung den Boden zu entziehen. Das Gericht hätte sich ihr anschließen können. Hätte es abweichen wollen, hätte es zur Sicherung einer einheitlichen Rspr. (§ 543 II 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO) die Revision zulassen müssen; hätte es die Entscheidung deshalb, weil der vom BGH entschiedene Fall das gewerbliche Mietrecht und nicht das Wohnraummietrecht betraf, für nicht einschlägig gehalten, wäre der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung erfüllt gewesen (§ 543 II 1 Nr. 1 ZPO). Eine unterbliebene Zulassung hätte wegen des Entzugs des gesetzlichen Richters (Art. 101 I GG) und wegen Verletzung des Rechts auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG) mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden können.“ (BGH aaO).

2. Ein mit **verkehrsüblicher Sorgfalt** arbeitender Rechtsanwalt hätte die fragliche Entscheidung im Zuge der Bearbeitung des Mandats auch ohne sonderliche Mühe auffinden und verarbeiten können, denn sie war in dem Zeitpunkt, als die Bekl. die Vertretung der Kl. übernahm, bereits in mehreren juristischen Zeitschriften veröffentlicht worden (NJW-RR 2000, 1463; NZM 2000, 961; Grundlegendum 2000, 1614) und wurde zudem in einem gängigen Kommentar zum BGB nachgewiesen (Palandt/Weidenkaff, BGB 63. Aufl. § 535 Rn 87).
3. Unabhängig von den an eine sorgfältige Berufungserwiderung zu stellenden Anforderungen war die Bekl. außerdem **verpflichtet, auf den Hinweis des Berufungsgerichts im Ausgangsprozess zu reagieren** und dabei die der Rechtsauffassung des Gerichts entgegenstehende Entscheidung des BGH zu zitieren.

„In der mündlichen Verhandlung über die Berufung der Mieter wies das Berufungsgericht darauf hin, dass seiner Ansicht nach eine stillschweigende Abänderung der im schriftlichen Mietvertrag getroffenen Vereinbarungen über die Nebenkosten nicht in Betracht komme. Es bezog sich dabei auf eine „herrschende Meinung“ und zitierte zwei landgerichtliche Urteile aus den Jahren 1982 und 1989 sowie eine Kommentierung aus dem Jahre 1979 (Stornel, Mietrecht 2. Aufl. 1979, II 72; LG Darmstadt WuM 1989, 582; LG Wuppertal WuM 1982 Heft 11). Bei ordnungsgemäßer Vorbereitung der mündlichen Verhandlung wäre die Bekl. in der Lage gewesen, auf anders lautende jüngere Rspr. und Lit. hinzuweisen. Konnte sie dies nicht, hätte sie Schriftsatznachlass beantragen,

sich in das Problem einarbeiten (vgl. BGH WM 2005, 2197) und im nachgelassenen Schriftsatz auf den aktuellen Meinungsstand sowie insbesondere die Entscheidung des BGH hinweisen können. Gem. § 139 V ZPO soll das Gericht dann, wenn einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich ist, eine Frist bestimmen, in der die Partei die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann. Einen Antrag auf Schriftsatznachlass hat die Beklagte jedoch nicht gestellt.“ (BGH aaO).

4. Diese **Pflichten entfallen auch nicht** deshalb, **weil das Gericht seinerseits zur umfassenden rechtlichen Prüfung** des Falles unter Auswertung der einschlägigen Rspr. und Lit. **verpflichtet war**.

„Schon nach der ZPO ist **Aufgabe des Anwalts** nicht nur die **Beibringung der Tatsachengrundlage** für die vom Richter zu treffende Entscheidung. Das zeigt etwa die Vorschrift des **§ 137 II ZPO**, die gem. § 525 ZPO auch im Berufungsrechtszug gilt. Nach § 137 II HS 2 ZPO haben die Vorträge der Parteien das Streitverhältnis auch in rechtlicher Beziehung zu umfassen. Der in diesem Zusammenhang oft zitierte Satz "iura novit curia" betrifft das Verhältnis der juristisch nicht gebildeten Naturalpartei zum Gericht (vgl. Medicus AnwBl. 2004, 257). Der Anwalt hat dagegen - ebenso wie der Richter - die Befähigung zum Richteramt oder eine gleichwertige Qualifikation (§ 4 I BRAO). Der Anwaltszwang (§ 78 ZPO), der die Prozessparteien mit zusätzlichen Kosten belastet und ihren Zugang zu den staatlichen Gerichten einschränkt, wäre nicht zu erklären, wenn Aufgabe des Anwalts allein die Beibringung des Tatsachenmaterials wäre und nicht **auch die rechtliche Durchdringung des Falles**. Vor allem aber richten sich die Pflichten des Anwalts nicht nur nach der ZPO, sondern auch und sogar in erster Linie nach dem zwischen ihm und dem Mandanten geschlossenen Vertrag. Ein Vertrag über die Vertretung in einem Berufungsverfahren umfasst das nach der ZPO für die Wahrung der Rechte des Mandanten notwendige Minimum, also insbesondere die Wahrnehmung der mündlichen Verhandlung und die Antragstellung, erschöpft sich hierin jedoch nicht. Nach der Verkehrsauffassung (§§ 133, 157 BGB) kann der Mandant, der einen Anwalt mit der Wahrnehmung seiner Rechte im Berufungsverfahren beauftragt hat, mehr als nur die schlichte Antragstellung verlangen. Der Mandant erwartet und darf erwarten, dass der Anwalt auch die rechtlichen Grundlagen des Falles durchdenkt.“ (BGH aaO).

- II. Um die **Ursächlichkeit der Pflichtverletzung** eines Rechtsanwalts für den geltend gemachten Schaden festzustellen, ist zu **prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten**.

1. Ist im Haftpflichtprozess die Frage, ob dem Mandanten durch eine schuldhafte Pflichtverletzung des Rechtsanwalts ein Schaden entstanden ist, **vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig**, muss das Regressgericht selbst prüfen, wie jenes Verfahren richtigerweise zu entscheiden gewesen wäre.

BGHZ 133, 110; BGHZ 145, 256; BGHZ 163, 223; BGHZ 174, 205; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Anwaltshaftung, 7. Aufl., Rn 801; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rn 1062 ff

Welche rechtliche Beurteilung das mit dem Vorprozess befasste Gericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hätte, ist ohne Belang. Vielmehr ist die Sicht des Regressgerichts maßgeblich. Dies gilt selbst dann, wenn feststeht, welchen Ausgang das frühere Verfahren bei pflichtgemäßem Verhalten des Anwalts genommen hätte (BGHZ 174, 205).

2. Eine **Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden** ist **nicht** deshalb **ausgeschlossen, weil das Gericht „eigenverantwortlich“ und „autonom“ entschieden hat**.

„Von einem fehlenden Kausalzusammenhang könnte man ausgehen, wenn das Gericht den [in Frage stehenden] Beschluss des BGH gesehen, aber bewusst unberücksichtigt gelassen hätte oder bewusst von ihm abgewichen wäre (BGHZ 174, 205). Das hat die Bekl. in den Tatsacheninstanzen jedoch nicht behauptet.“ (BGH aaO).

3. Der **Zurechnungszusammenhang** zwischen Pflichtverletzung und Schaden ist schließlich auch **nicht durch** den in der unzulänglichen rechtlichen Aufarbeitung des Ausgangsprozesses liegenden **gerichtlichen Fehler unterbrochen** worden.

- a) Beruht ein Schaden haftungsrechtlich auf **mehreren Ursachen**, die von verschiedenen Personen gesetzt worden sind, so haften diese grundsätzlich als Gesamtschuldner. Zivilrechtlich wird in diesen Fällen nicht danach unterschieden, ob einzelne Ursachen wesentlicher sind als andere.

Das gilt grds. auch dann, wenn eine Ursache für sich allein den Schaden nicht herbeigeführt hat, es dazu vielmehr des Hinzutretens weiterer Ursachen im Sinne einer kumulativen Gesamtkausalität bedurfte. Demgemäß ist der Schaden ebenfalls zu ersetzen, der letztlich erst durch das Eingreifen eines Dritten, hier des Gerichts des Vorprozesses, eintritt (vgl. BGHZ 174, 205).

- b) Die Zurechenbarkeit fehlt in derartigen Fällen aber dann, wenn das Eingreifen des Dritten den Geschehensablauf so verändert, dass der Schaden bei wertender Betrachtung in keinem **inneren Zusammenhang** zu der vom Rechtsanwalt zu vertretenden Vertragsverletzung steht.

„Der **Zurechnungszusammenhang** zwischen der Pflichtverletzung des Anwalts und dem eingetretenen Schaden kann insbesondere dann **unterbrochen** sein, **wenn dem Gericht des Vorprozesses ein Fehler unterläuft**. Das Gericht ist für die Beachtung der ihm im öffentlichen Interesse obliegenden Verpflichtung, nach den Regeln der Verfahrensvorschriften möglichst zu einer richtigen Entscheidung zu gelangen, unabhängig von der Leistung des Anwalts verantwortlich. Der gerichtliche Aufgabenbereich der Rechtsfindung muss in die im Rahmen der Zurechnung gebotene wertende Betrachtungsweise einbezogen werden (BGHZ 174, 205).

Auf der anderen Seite ist der Anwalt allerdings verpflichtet, seinen Mandanten vor Fehlentscheidungen der Gerichte zu bewahren. Soweit sich deshalb in der gerichtlichen Fehlentscheidung das allgemeine

Prozessrisiko verwirklicht, das darin liegt, dass das Gericht bei ordnungsgemäßem Vorgehen trotz des Anwaltsfehlers richtig hätte entscheiden können und müssen, ist dem Anwalt der Urteilschaden haftungsrechtlich zuzurechnen (BGHZ 174, 205; Fahrendorf aaO, Rn 795; Fischer aaO, Rn 1024 u. 1029).

Im vorliegenden Fall haben die Fehler der Bekl. die **Rechtsfindung nicht erschwert**: Das Gericht war eigenständig zur Prüfung der Sach- und Rechtslage verpflichtet. Es hätte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt selbst den Beschluss des BGH finden und sich mit ihm auseinandersetzen müssen. Der **Schadensbeitrag des Gerichts überwiegt denjenigen der Bekl. jedoch nicht** so weit, dass letzterer dahinter ganz zurücktritt. Dem Gericht ist ein ähnlicher Fehler unterlaufen wie der Bekl.. Das Gericht hat auch nicht unter völlig ungewöhnlicher, sachwidriger und daher grober, schlechthin unvertretbarer Verletzung seiner besonderen Pflichten eine Schadensursache gesetzt, welche die vorangegangene anwaltliche Pflichtverletzung mit Rücksicht auf Art, Gewicht und wechselseitige Abhängigkeit der Schadensbeiträge so sehr in den Hintergrund rückt, dass bei wertender Betrachtung gleichsam nur der Gerichtsfehler als einzige, endgültige Schadensursache erscheint und der Anwaltsfehler nach dem Schutzzweck der vertretenden Vertragspflicht keine ins Gewicht fallende Bedeutung gegenüber der vom Gericht zu verantwortenden Schadensursache hat (vgl. BGHZ 174, 205). Die Pflicht des Anwalts zur Rechtsprüfung und zu Rechtsausführungen im Prozess dient auch und gerade dazu, den Mandanten vor Fehlentscheidungen infolge nachlässiger Arbeit des zur Entscheidung berufenen Richters zu bewahren; genau dieses Risiko hat sich verwirklicht. Die Frage, ob ein Anwalt Vorsorge dagegen treffen muss, dass ein Gericht zur Begründung seiner Entscheidung nur 15 bis 20 Jahre alte Rspr. und Lit. heranzieht, stellt sich hier nicht. Es geht nicht darum, welche Entscheidungsgrundlagen das Gericht verwandt hat, sondern darum, dass es eine einschlägige höchstrichterliche Entscheidung aus neuerer Zeit übersehen hat. Spätestens nachdem das Gericht den Hinweis erteilt hatte, aus dem sich ergab, dass die von ihm herangezogene Rspr. und Lit. deutlich veraltet war, hätte die Bekl. eingreifen müssen.“ (BGH aaO).

ZPO  
§ 788 II

### Kostenfestsetzungsverfahren kein Auslagenvorschuss erforderlich

ZPO

(LG Essen in NJOZ 2009, 82; Beschluss vom 27.10.2008 – 16a T 145/08)

Für die **Durchführung eines Kostenfestsetzungsverfahrens** nach § 788 II ZPO ist die **Zahlung eines Auslagenvorschusses nicht erforderlich**.

„Die Befugnis des Gerichts, für bestimmte Handlungen einen Auslagenvorschuss zu verlangen und die Vornahme dieser Handlung sogar von der Zahlung eines solchen Vorschusses abhängig zu machen, ist in § 17 GKG geregelt.

Eine Befugnis, die Durchführung des Festsetzungsverfahrens von der Einzahlung eines Auslagenvorschusses abhängig zu machen, besteht nicht: § 17 GKG unterscheidet zwischen Handlungen, die nur auf Antrag einer Partei erfolgen (Abs. 1 und 2) und solchen, die von Amts wegen vorzunehmen sind (Abs. 3). In den erstgenannten Fällen besteht die Vorschusspflicht von Gesetzes wegen; das Gericht soll die Vornahme der Handlung von der Zahlung des Vorschusses abhängig machen. **Handlungen, die von Amts wegen vorzunehmen sind, dürfen niemals von der Zahlung eines Vorschusses abhängig gemacht werden** (Meyer, § 17 Rn 26). Das Gericht kann zur Deckung der Auslagen nach Nr. 9000ff. KV-GKG einen Auslagenvorschuss verlangen.

Das **Kostenfestsetzungsverfahren nach § 788 ZPO ist kein Verfahren nach § 17 I GKG** (Hartmann, KostenG, 37. Aufl. [2007], § 17 GKG Rn 8), so dass es auch ohne die Einzahlung eines Vorschusses durchzuführen ist. § 17 I GKG meint Anträge auf Eröffnung eines neuen Verfahrens (z. B. Klageerhebung, öffentliche Zustellung) oder auf Durchführung einer Beweisaufnahme oder bestimmter verfahrensleitender Anordnungen (vgl. Hartmann, § 17 GKG Rn 7; Oestrich/Winter/Hellstab, GKG, Stand: Juli 2008, § 17 Rn 6ff.). Das Kostenfestsetzungsverfahren gehört kostenrechtlich zur ersten Instanz (vgl. MüKo-ZPO/Belz, 2. Aufl. [2000], § 104 Rn 62) und ist mit den aufgezählten Fällen nicht vergleichbar.

Die von Zöller/Herget (ZPO, 26. Aufl. 2007, § 104 Rn 7) vertretene Auffassung steht dem nicht entgegen. Dort wird - ohne nähere Begründung - vertreten, dass der Ast. die Zustellungskosten vorzuschießen „hat“, wenn sie nicht unter die Freistellungspauschale fallen. Dies wird allerdings mit § 17 III GKG belegt. Damit scheidet auch nach dieser Auffassung ein „Abhängigmachen“ i.S. des § 17 I GKG aus.“ (LG Essen aaO).

JVEG  
§ 22

### Zeugenentschädigung nicht für Auszubildende

JVEG

(AG Berlin-Tiergarten in NSTZ-RR 2009, 96; Beschluss vom 27.11.2008 – (310 OWi) 3034 PLs 9750/08)

Ein als Zeuge vernommener Auszubildender enthält **keine Entschädigung** wegen eines Verdienstaustausfalls nach § 22 JVEG.

- I. Die von § 22 JVEG gesetzten Voraussetzungen für eine derartige Entschädigung sind nicht erfüllt: Das JVEG hat - anders als das abgelöste ZSEG - an die Entschädigungsleistung in § 22 JVEG eindeutig die Voraussetzung verknüpft, dass einem Zeugen ein Verdienstaustausfall tatsächlich entstanden ist. Liegt aber eine derartige **wirtschaftliche Beeinträchtigung** nicht vor, kann eine Entschädigung nicht gewährt werden.

„Das JVEG hat damit Abstand genommen von § 2 III ZSEG, wonach niedergelegt worden war, dass ein Zeuge die (nach dem geringsten Satz bemessene) Entschädigung auch dann erhält, wenn ein Verdienstaustausfall nicht eingetreten ist. Daher war in der Rspr. auch anerkannt, dass ein Auszubildender, der als Zeuge vernommen wurde, entsprechend dem Ausfall seiner Auszubildendenvergütung (§ 10 BBiG) nach § 2 II und III ZSEG zu entschädigen war.

Das JVEG hat die Fälle der **Erstattungsansprüche**, die auch **ohne Verdienstaustausfall** aus einem Arbeitsverhältnis bestehen, **abschließend geregelt**. Nur Gefangene werden in Höhe der entgangenen Zuwendung der Vollzugsbehörde gleichgestellt. Damit hat das JVEG eine Ausnahmeregelung, die bereits in § 2 IV ZSEG bestand, **positiv übernommen**. Eine **Regelungslücke** im JVEG, die eine erweiternde Auslegung und damit Ausdehnung auf Auszubildende ermöglichen könnte, **besteht also nicht**.“ (AG Berlin-Tiergarten aaO).

- II. Die Versagung der Erstattung ist vorliegend auch sachgerecht, denn der Zeugin ist ein **Verdienstaussfall** überhaupt **nicht entstanden**.

„Sie erlitt infolge ihrer Heranziehung als Zeugin **keinerlei Nachteil**. Der **Beschäftigungsgeber** ist zur **Kürzung ihrer Ausbildungsvergütung nicht berechtigt**. Denn sie bekommt als Auszubildende kein Entgelt für eine von ihr erbrachte wirtschaftliche Gegenleistung, also für den Einsatz ihrer Arbeitskraft beim Beschäftigungsgeber, Entgelt, das dieser dann infolge Nichterbringung der Gegenleistung kürzen könnte. Sondern die Zeugin V bezieht (nur) eine Ausbildungsvergütung. Der Leistungszweck ist vom Gesetz klar umschrieben und begrenzt. Denn nach § 1 III BBiG hat die Berufsausbildung die für die Ausübung einer qualifizierten beruflichen Tätigkeit in einer sich wandelnden Arbeitswelt notwendigen beruflichen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten (berufliche Handlungsfähigkeit) in einem geordneten Ausbildungsgang zu vermitteln. Sie hat ferner den Erwerb der erforderlichen Berufserfahrungen zu ermöglichen. Dafür wird nach § 17 I BBiG eine **Vergütung** gezahlt, die **leistungsunabhängig** ist. Es ist gerade nicht niedergelegt, dass die Vergütung sich nach der Anzahl der geleisteten Arbeit richtet.

Mangels eigenem wirtschaftlichen Nachteil und damit mangels eigenem Erstattungsanspruch gegen die Landeskasse hat der Ausbilder keine Forderung durch Abtretung erworben.“ (AG Berlin-Tiergarten aaO).

StPO  
§ 140 II

### Jugendgerichtsverfahren notwendige Pflichtverteidigerbeordnung

StPO

(OLG Hamm in StV 2009, 85; Beschluss vom 24.04.2008 – 2 Ss 164/08)

Im **Jugendgerichtsverfahren** ist dem angeklagten Jugendlichen immer dann ein **Pflichtverteidiger beizubordnen**, wenn der **Jugendliche nicht ausreichend fähig war, sich selbst zu verteidigen**. Insoweit ist auch der dem Angekl. gemachte **strafrechtliche Vorwurf** und der **Umfang des Verfahrensstoffs** von Bedeutung.

„Jedenfalls gebietet es der **Grundsatz des fairen Verfahrens**, im Jugendrecht einem 16-jährigen Jugendlichen dann wegen **Unfähigkeit der Selbstverteidigung** einen Pflichtverteidiger beizuordnen, wenn alle anderen Verfahrensbeteiligten anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen (vgl. zur Beordnung eines Pflichtverteidigers im Erwachsenenrecht dann, wenn der Verletzte sich eines anwaltlichen Beistandes bedient, OLG Bremen StV 2004, 585; OLG Hamm StraFo 2004, 242; OLG München NJW 2006, 789; Meyer-Goßner, StPO, § 140 Rn 31). Insoweit ist die Beordnung Ausfluss des „Prinzips der Waffengleichheit“ (OLG Hamm aaO).

Dabei kann vorliegend dann in der Gesamtbetrachtung auch der „Hinweis“ des Jugendschöffengericht, dass „nicht mit der Verhängung einer Jugendstrafe von mehr als einem Jahr zu rechnen ist“ nicht übersehen werden, auch wenn letztlich nur ein Dauerarrest von zwei Wochen verhängt worden ist.“ (OLG Hamm aaO).

StGB  
§ 9 I

### Unterschlagung Tatort

StGB

(OLG Köln in NSTz-RR 2009, 84; Beschluss vom 18.11.2008 – 82 Ss 89/08)

Bei der **Unterschlagung** ist ein **Tatort (nur) dort** begründet, **wo** sich der **Zueignungswille des Täters manifestiert** hat.

- I. **Tatort** ist nach **§ 9 I StGB** u.a. **jeder Ort, an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist**.
- II. Mit „**Erfolg**“ sind dabei nicht alle Auswirkungen der Tat gemeint, sondern nur solche Tatfolgen, die für die Verwirklichung des Tatbestands erheblich sind.

1. Es muss sich um einen **zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Handlungserfolg** handeln; Tatwirkungen, die für die Tatbestandsverwirklichung nicht relevant sind, begründen keinen Tatort.

vgl. BGHSt 44, 52 = NJW 1998, 2610; AG Bremen NSTz-RR 2005, 87; Fischer, StGB, 55. Aufl., § 9 Rn 4; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 9 Rn 6; Werle/Jeßberger, in: LK-StGB, 12. Aufl., § 9 Rn 22; Kühl, StGB, 26. Aufl., § 9 Rn 2

2. Bei dem reinen **Tätigkeitsdelikt der Unterschlagung**, bei dem der Tatbestand bereits durch das im Gesetz umschriebene Tätigwerden als solches erfüllt wird (vgl. Eser, § 246 Rn 8ff.) gehört der Eintritt eines Schadens nicht zum tatbestandsmäßigen Erfolg in diesem Sinne. Vielmehr ist bei der Unterschlagung ein **Tatort (nur) dort** begründet, **wo** sich der **Zueignungswille des Täters manifestiert**.

OLG Hamm BeckRS 2005, 11306 = wistra 2006, 37; AG Bremen NSTz-RR 2005, 87; für den Tatbestand der Hehlerei auch OLG München StV 1991, 504

„Die Befürchtung, der Angekl. könne bei diesem Verständnis des Tatortbegriffs beliebig die örtliche Zuständigkeit mit der Behauptung rügen, den Willensentschluss zur Zueignung an einem anderen Ort als demjenigen des gerade mit der Sache befassten Gerichts gefasst zu haben, entbehrt bereits deswegen der Grundlage, weil es für die Tatbestandsverwirklichung nicht auf einen Internum gebliebenen Willensentschluss, sondern auf dessen nach außen erkennbaren Betätigung ankommt“ (OLG Köln aaO).

StVG  
§ 4 III 1 Nr.3

### Entziehung der Fahrerlaubnis Anwendung des Punktesystems

StVG

(BVerwG in NJW 2009, 610; Urteil vom 25.09.2008 – 3 C 21/07)

Hat der Inhaber einer Fahrerlaubnis einen Punktestand erreicht, der nach § 4 III 1 Nr. 3 StVG die mangelnde Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen und die **Entziehung der Fahrerlaubnis** zur Folge hat, ist eine

danach eintretende Tilgung von Punkten im Verkehrszentralregister für die Rechtmäßigkeit der Fahrerlaubnisentziehung irrelevant.

**Sinn und Zweck der Regelung** zwingen zu dem Schluss, dass zu Gunsten des Betroffenen, der 18 Punkte erreicht hat und dem deshalb die Fahrerlaubnis zu entziehen ist, eine nach dem Überschreiten dieser Schwelle eingetretene Punktilgung nicht mehr berücksichtigt werden kann.

- I. Das **Mehrfachtäter-Punktsystem** bezweckt ausweislich § 4 I 1 StVG den **Schutz vor Gefahren, die von Fahrzeugführern und -haltern ausgehen, die wiederholt gegen Verkehrsvorschriften verstoßen haben** (so auch BR-Dr 821/96 S. 71). Dabei bildet die Entziehung der Fahrerlaubnis bei 18 oder mehr Punkten nach § 4 III 1 Nr. 3 StVG in dem abgestuften Maßnahmensystem des § 4 StVG die **letzte Eingriffsstufe**.

*„Die Entziehung der Fahrerlaubnis, weil der Betroffene diese Punktzahl trotz Hilfestellung durch Aufbauseminare und verkehrspsychologische Beratung, trotz Bonus-Gutschriften und trotz der Möglichkeit von zwischenzeitlichen Tilgungen im Verkehrszentralregister erreicht, beruht nach der Gesetzesbegründung auf dem Gedanken, dass die weitere Teilnahme derartiger Kraftfahrer am Straßenverkehr für die übrigen Verkehrsteilnehmer eine Gefahr darstellen würde: Hierbei falle besonders ins Gewicht, dass es sich um Kraftfahrer handele, die eine ganz erhebliche Anzahl von - im Verkehrszentralregister erfassten und noch nicht getilgten - Verstößen begangen haben (vgl. BR-Dr 821/96, S. 53). Dem Gesetzgeber liegt somit daran, Personen, die sich wegen des von ihnen erreichten Punktestands als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwiesen haben, rasch und wirksam von der Teilnahme am Kraftfahrverkehr auszuschließen. Diese Zielsetzung wird auch in § 4 VII 2 StVG deutlich, wonach Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Entziehung einer Fahrerlaubnis nach § 4 III 1 Nr. 3 StVG keine aufschiebende Wirkung haben. Die Gesetzesbegründung verweist hierzu darauf, dass es im öffentlichen Interesse liege, bei auffällig gewordenen Fahrerlaubnisinhabern deren mangelnde Erfahrungsbildung oder Risikobereitschaft alsbald nach einem Verkehrsverstoß zu korrigieren (BR-DrS 821/96, S. 71 und 73).“ (BVerwG aaO).*

- II. Die danach im **Interesse der Verkehrssicherheit** zwingend durch Fahrerlaubnisentziehung zu ahndende fehlende Kraftfahreignung steht nach der dargestellten Konzeption mit dem Erreichen von 18 Punkten fest.

*„Der Gesetzgeber hat besonderen Wert auf ein **abgestuftes System behördlicher Maßnahmen** gelegt. Es sieht, bevor es zur Fahrerlaubnisentziehung kommt, als Vorstufen mindestens eine Verwarnung (vgl. § 4 III 1 Nr. 1 StVG) und bei weiteren Verkehrsverstößen die Anordnung der Teilnahme an einem Aufbauseminar, ersatzweise eine weitere Verwarnung (vgl. § 4 III 1 Nr. 2 StVG) vor. § 4 V StVG enthält eine Rückstufungsregelung, die sicherstellen soll, dass der Betroffene diese Vorstufen tatsächlich durchlaufen hat und ihn die mit dem Aufbauseminar und der verkehrspsychologischen Beratung beabsichtigte Hilfestellung auch erreichen konnte, bevor er 18 oder mehr Punkte erreicht. Der Betroffene hat danach die Möglichkeit, durch eigene Bemühungen zum Abbau vorhandener Einstellungsmängel und damit zur Verringerung seiner Punktzahl beizutragen.*

*Zudem kommt ihm eine **zwischenzeitliche Tilgung von Punkten wegen Zeitablaufs gem. § 29 StVG** zugute: Erreicht der Betroffene trotzdem 18 oder mehr Punkte und damit zugleich den Endpunkt des Mehrfachtäter-Punktsystems und erweist sich damit als nicht empfänglich für alle Warnungen und Hilfsangebote, hält der Normgeber eine gesetzliche **Ungeeignetheitsvermutung** für gerechtfertigt, die - wie der Gesetzesbegründung ebenfalls zu entnehmen ist - grundsätzlich nicht widerleglich sein soll (BR-Dr. 21/96, S. 53). All das sind hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass für die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme nach § 4 III 1 Nr. 3 StVG eine nach dem Überschreiten dieser Ungeeignetheitsschwelle eintretende Tilgung von Punkten nicht mehr berücksichtigt werden kann. Dementsprechend sind nach dem Erreichen dieser Schwelle auch Bonus-Gutschriften wegen der Teilnahme an einer verkehrspsychologischen Beratung ausgeschlossen (vgl. § 4 IV 2 StVG). Es ist nicht zu erkennen, weshalb für Punktilgungen etwas anderes gelten sollte.“ (BVerwG aaO).*

- III. Daraus, dass in der **Gesetzesbegründung** von „im Verkehrszentralregister erfassten und noch nicht getilgten Verstößen“ die Rede ist (BR-Dr 821/96, S. 53), folgt nichts Gegenteiliges: Gemeint sind damit allein die Punktilgungen, die bis zum Erreichen von 18 Punkten eintreten. Dies wird bereits in der Gesetzesbegründung selbst deutlich, wo im selben Kontext auf das Erreichen von 18 oder mehr Punkten trotz der Möglichkeit von „zwischenzeitlichen“ Punktilgungen abgestellt wird.

1. Für diese Auslegung spricht darüber hinaus der **systematische Zusammenhang**, in dem § 4 III 1 Nr. 3 StVG innerhalb des Mehrfachtäter-Punktsystems nach § 4 StVG steht.

*„Der Gesetzgeber hat über die zwingend angeordnete Fahrerlaubnisentziehung hinaus weitere Sicherungen hinsichtlich einer Neuerteilung der Fahrerlaubnis vorgesehen, und zwar sowohl in zeitlicher als auch in materieller Hinsicht. Er geht auf der Grundlage der Erfahrungen der Verkehrsbehörden davon aus, dass in aller Regel die Eignungsmängel, die zur Entziehung führen, nicht ohne Weiteres beseitigt werden können und dass deshalb nach der Entziehung der Fahrerlaubnis bis zu deren Neuerteilung ein bestimmter Mindestzeitraum vergehen soll (BR-Dr 821/96, S. 73f.). Er hat daher in § 4 X 1 StVG geregelt, dass eine neue Fahrerlaubnis frühestens sechs Monate nach Wirksamkeit der Entziehung nach Absatz 3 Satz 1 Nr. 3 erteilt werden darf, wobei diese Frist nach Satz 2 mit der Ablieferung des Führerscheins beginnt. Außerdem soll sichergestellt werden, dass die Gründe für die fehlende Eignung nicht fortbestehen. Der Gesetzgeber sieht sie bei Mehrfachtätern weniger in der mangelnden Kenntnis der Verkehrsvorschriften und/oder der unzureichenden Beherrschung des Fahrzeugs als vielmehr in einer falschen Einstellung zum Straßenverkehr, einer fehlerhaften Selbsteinschätzung und einer erhöhten Risikobereitschaft (vgl. BR-Dr 821/96, S. 53). Aus diesem Grund gibt § 4 X 3 StVG vor, dass die Fahrerlaubnisbehörde unbeschadet der weiteren Voraussetzungen für die Erteilung der Fahrerlaubnis zum Nachweis, dass die Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen wiederhergestellt ist, in der Regel die Beibringung eines Gutachtens einer amtlich anerkannten Begutachtungsstelle für Kraftfahreignung anzuordnen hat.*

*Diese strengen Voraussetzungen für die erneute Teilnahme eines Mehrfachtäters am Kraftfahrverkehr würden aber unterlaufen, wenn bereits ein Absinken des Punktestandes unter 18 Punkte in Folge einer Tilgung von Punkten dazu führte, dass die einmal begründete und nach dem Verständnis des Gesetzgebers unwiderlegliche Vermutung der mangelnden Eignung ohne Weiteres wieder entfiel.*

Auch die Vorschrift des § 29 VIII 1 StVG zwingt nicht dazu, nachträgliche Punkteligungen zu berücksichtigen. Nach dieser Regelung dürfen, wenn eine Eintragung über eine gerichtliche Entscheidung im Verkehrszentralregister getilgt ist, die Tat und die Entscheidung dem Betroffenen für die Zwecke des § 28 II StVG nicht mehr vorgehalten und nicht zu seinem Nachteil verwertet werden. Dieses Verwertungsverbot greift in Ansehung der Fahrerlaubnisentziehung nach § 4 III 1 Nr. 1 StVG nur, bevor 18 Punkte erreicht sind.“ (BVerwG aaO).

2. Mit dem Abstellen auf den Zeitpunkt des Erreichens von mindestens 18 Punkten wird auch nicht die **Möglichkeit des Betroffenen, Rechtsmittel gegen die Fahrerlaubnisentziehung einzulegen**, in unzulässiger Weise beschnitten; zudem sind **mit der Rechtsmitteleinlegung keine Nachteile** für ihn verbunden.

„Die materielle Prüfung beschränkt sich lediglich auf die Frage, ob der Betroffene 18 Punkte erreicht hat; wie sich der Punktestand im Weiteren entwickelt hat, ist dem gegenüber unerheblich. Gleichgültig ist daher auch, wann die Behörde diesen Umstand prüft. Ausgangs- und Widerspruchsbehörde haben gleichermaßen zu ermitteln, ob die 18-Punkte-Grenze überschritten war. Sachliche Veränderungen zwischen Ausgangs- und Widerspruchsbescheid hat die Widerspruchsbehörde nur zu berücksichtigen, wenn das materielle Recht dies gebietet. Die nachträgliche Tilgung von Punkten ändert aber nichts daran, dass die 18-Punkte-Grenze überschritten war, und ist deshalb nicht nur für die Widerspruchsbehörde, sondern auch für die Ausgangsbehörde rechtlich unerheblich.“ (BVerwG aaO).

StGB  
§ 43

### Beförderungerschleichung Ersatzfreiheitsstrafe

StGB

(OLG Hamm in NStZ-RR 2009, 73; Beschluss vom 10.01.2008 – 3 Ss 491/07)

Wird nach Verbüßung einer Ersatzfreiheitsstrafe und während einer laufenden Bewährungszeit eine **Beförderungerschleichung** begangen, so ist gleichwohl die **Verhängung einer Freiheitsstrafe nicht angezeigt**.

„Angesichts des nur **sehr geringen Wertes der Fahrkarten**, deren Erwerb der Angekl. unterlassen hatte, ist das Maß des von ihm verschuldeten Unrechts nur als sehr gering anzusehen.

Bei einer solchen Fallgestaltung kann, wenn nicht besondere schulderhöhende Umstände hinzutreten, die Verhängung einer **Freiheitsstrafe**, deren Mindestmaß nach § 38 II StGB einen Monat beträgt, angesichts des erheblich unterdurchschnittlichen Schuldgehaltes der Straftat **nicht mehr als gerechter Schuldausgleich** angesehen werden.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe gem. § 47 StGB erst ab einer bestimmten Schadenshöhe in Betracht kommt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 9. 6. 1994 - 2 BvR 710/94 Juris). **Maßgeblich** sind vielmehr letztlich die besonderen Umstände des jeweiligen **Einzelfalles**.

Auf jeden Fall können jedoch die verhängten Einzelfreiheitsstrafen von jeweils 3 Monaten angesichts der Umstände, dass der Wert der von dem Angekl. jeweils erschlichenen Leistung erheblich unter der Geringfügigkeitsgrenze lag und auch die von dem Angekl. aufgewandte kriminelle Energie als im untersten Bereich liegend einzustufen ist, da sich die Tathandlung des Angekl. darin erschöpfte, ein öffentliches Verkehrsmittel ohne gültigen Fahrausweis zu benutzen, ohne dass zusätzliche Täuschungsmanöver oder Manipulationen erfolgten, auch unter Berücksichtigung des Vorlebens des Angekl. und selbst dann, wenn der Angekl. tatsächlich zwei weitere Beförderungerschleichungen begangen haben sollte, nicht mehr als gerechter Schuldausgleich angesehen werden. Vielmehr überschreiten sie die Grenze der schuldangemessenen Strafe.“ (OLG Hamm aaO).

## Steuerrecht

ESTG  
§§ 2 I, 19

### Liebhaberei bei nichtselbstständiger Arbeit

ESTG

(BFH in NJW 2009, 701; Urteil vom 28.08.2008 – VI R 50/06)

Die **Einkunftserzielungsabsicht** kann auch bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit fehlen, so dass von einer einkommensteuerrechtlich unbeachtlichen Liebhaberei auszugehen ist.

- I. Da im Streitfall nur der Abzug vorweggenommener Werbungskosten begehrt wird, setzt sich der für die Prüfung der **Überschusserzielungsabsicht** maßgebliche erzielbare Totalüberschuss allein **aus den künftig zu erwartenden laufenden Einnahmen und Ausgaben aus der angestrebten Tätigkeit** zusammen.

*„Zutreffend ist das FG insoweit davon ausgegangen, dass der Überschussprognose nur das Gehalt und die weiteren Gehaltsbestandteile (Zulagen, Ortszuschlag und Dienstaufwandsentschädigung) und die dem Amtsinhaber zustehenden Gelder zu Grunde zu legen sind. Zu Recht hat es das FG auch abgelehnt, fiktive weitere Einkünfte aus anderen Beschäftigungsverhältnissen in die Prognose einzubeziehen, die sich im Anschluss an eine Tätigkeit ergeben könnten. Ein hinreichend konkreter Veranlassungszusammenhang zu solchen Einkünften besteht nicht. Entgegen der Auffassung der Kl. kann daher Beurteilungseinheit für die Überschusserzielungsabsicht bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit nur das einzelne Dienstverhältnis sein (vgl. Raupach/Schencking, HHR, § 2 EStG Rn 390 und 444).“ (BFH aaO).*

- II. Bei der Feststellung der Überschusserzielungsabsicht ist auch ein **etwaiges Ruhegehalt** des Steuerpflichtigen zu **berücksichtigen**.

*„Für die Beurteilung der Einkunftserzielungsabsicht ist allein der aus dem jeweiligen Dienstverhältnis **realisierbare Totalüberschuss entscheidend**, so dass die **Überschuss- bzw. Totalgewinnprognose auch subjektübergreifend durchzuführen** ist, wenn dies wirtschaftlich geboten ist. So ist die Prognose des Totalgewinns bei sog. Generationenbetrieben in der Land- und Forstwirtschaft auch auf den Rechtsnachfolger auszudehnen (BFHE 192, 542 = BStBl II 2000, 674 = DStR 2000, 1991).*

*Diese subjektübergreifende Sicht der Totalgewinnprognose hat der IV. Senat des BFH in seiner jüngsten Entscheidung zur Gewinnerzielungsabsicht bei einem landwirtschaftlichen Pachtbetrieb bestätigt (BFHE 219, 508 = BStBl II 2008, 465 = DStRE 2008, 679). Ebenso ist bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung auch die mögliche Nutzung durch unentgeltliche Rechtsnachfolger des Steuerpflichtigen in die Überschussprognose mit einzubeziehen (BFHE 197, 151 = BStBl II 2002, 726 = NZM 2002, 963). Auch die unter Ehegatten übliche Vereinbarung von Hinterbliebenenversorgungen bei der Begründung von Rentenansprüchen eines Ehegatten gebietet eine erweiterte Totalüberschussprognose (BFHE 208, 129 = BStBl II 2006, 234 = NJW 2005, 1886).*

*Nichts anderes kann daher im Streitfall gelten, in dem eine Hinterbliebenenversorgung gesetzlich vorgesehen ist und angesichts der höheren Lebenserwartung der um zwei Jahre jüngeren Kl. auch mit der für eine Prognose ausreichenden Wahrscheinlichkeit beansprucht werden könnte.“ (BFH aaO).*

ESTG  
§ 33a I 2

### außergewöhnliche Belastungen Unterhaltsleistungen an mittellosen Lebenspartner

ESTG

(BFH in NJW 2009, 622; Urteil vom 29.05.2008 - III R 23/07)

**Unterhaltsleistungen**, die ein Steuerpflichtiger **für** seine mit ihm in einer Haushaltsgemeinschaft lebende, **mittellose Lebenspartnerin** erbringt, **sind** ohne Berücksichtigung der sog. Opfergrenze als außergewöhnliche Belastung **nach § 33a I 2 EStG abziehbar**.

- I. **Aufwendungen für den Unterhalt einer** gegenüber dem Steuerpflichtigen gesetzlich **unterhaltsberechtigten Person** können nach § 33a I 1 EStG auf Antrag **bis zu einem bestimmten Betrag** (im Streitjahr bis zu 7.188 €) **vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen** werden. Den gesetzlich unterhaltsberechtigten Personen ist nach § 33a I 2 EStG eine Person gleichgestellt, wenn ihr zum Unterhalt bestimmte inländische öffentliche Mittel mit Rücksicht auf die Unterhaltsleistungen des Steuerpflichtigen gekürzt werden.

- II. **Dem Abzug** der Unterhaltsleistungen des Steuerpflichtigen **steht nicht entgegen**, dass dem Lebenspartner mangels Antragstellung zum Unterhalt bestimmte **öffentliche Mittel tatsächlich nicht gekürzt wurden**.

1. Zu **§ 33a I 2 EStG i.d.F. des JStG 1996**, nach dem eine Person gleichgestellt war, „soweit ihr ... Mittel ... gekürzt werden“, wurde die Auffassung vertreten, es müsse tatsächlich zu einer Kürzung oder Versagung von öffentlichen Mitteln gekommen sein; eine hypothetische Minderung oder Ablehnung von Sozialleistungen genüge nicht (so FG Hessen EFG 2000, 436; offen gelassen in BFHE 201, 31 = BStBl II 2003, 187 = NJW 2003, 1415).

Seit der Änderung der Vorschrift durch das **Steueränderungsgesetz 2001** (BStBl I 2002, 4) - Ersetzung des Wortes „soweit“ durch „wenn“ - ist es **nach h. M. nicht erforderlich, dass beantragte Sozialleistungen gekürzt oder abgelehnt worden sind**; es reicht aus, dass die unterhaltene Person wegen der Unterhaltsleistungen keinen Anspruch auf Sozialleistungen hat.

BT-Dr 14/6877, 26; Littmann/Bitz/Pust, Das EinkommensteuerR, § 33a Rn 161; Schmidt/Loschelder, EStG, 27. Aufl., § 33a Rn 22; BMF-Schr. in BStBl I 2003, 243

„Der Senat folgt dem schon deshalb, weil **Steuerpflichtige, die im Vertrauen auf die Verwaltungsansicht** von einer erfolglosen Antragstellung bei der Sozialbehörde abgesehen haben, **nicht benachteiligt werden dürfen.**“ (BFH aaO).

2. Die **Opfergrenze** ist auf Unterhaltsleistungen an den in Haushaltsgemeinschaft lebenden nichtehelichen Partner **nicht anzuwenden.**

- a) Unterhaltsaufwendungen für andere als gem. § 1609 BGB vorrangig unterhaltsberechtigte Personen können nach der st. Rspr. des BFH im Allgemeinen nur dann als zwangsläufig und folglich als außergewöhnliche Belastung anerkannt werden, wenn sie in einem **angemessenen Verhältnis zum Nettoeinkommen des Leistenden** stehen und diesem nach Abzug der Unterhaltsleistungen noch die angemessenen Mittel zur Bestreitung des Lebensbedarfs für sich sowie ggf. für seine Ehefrau und seine Kinder verbleiben (sog.; vgl. z.B. BFHE 157, 422 = BStBl II 1989, 1009 = NJW 1990, 855).

„Denn nach **§ 1603 BGB** ist nicht unterhaltspflichtig, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Auf Ehegatten wird die Opfergrenze wegen deren vorrangigen Unterhaltsansprüchen nicht angewandt (Mellinghoff, in: Kirchhoff, EStG, 8. Aufl., § 33a Rn 37).“ (BFH aaO).

- b) Gegenüber den nach § 33a I 2 EStG gleichgestellten Personen besteht keine Unterhaltspflicht. Der gesetzgeberische **Grund der Gleichstellung** liegt darin, dass der Unterhalt Leistende sich in einer **vergleichbaren - sittlichen, nicht rechtlichen - Zwangslage** wie der gesetzlich zum Unterhalt Verpflichtete befindet, wenn der Unterhaltsbedürftige durch Versagung von Sozialleistungen praktisch auf das Einkommen seines Lebenspartners verwiesen wird.

„Die der Opfergrenze zu Grunde liegende Wertung lässt sich aber auch auf sittliche Unterhaltsverpflichtungen übertragen, denn grundsätzlich wird von niemandem erwartet, den eigenen angemessenen Unterhalt durch dem Grunde nach sittlich gebotene Unterhaltsleistungen zu gefährden.“ (BFH aaO).

- c) Dies ist aber anders, wenn zusammen lebende Partner eine **sozialrechtliche Bedarfsgemeinschaft** bilden und daher gemeinsam wirtschaften müssen.

„Erzielt nur einer der Partner Einkünfte oder Bezüge, so ist es - jedenfalls bei Steuerpflichtigen in einfachen Verhältnissen - praktisch unumgänglich, daraus die größten Ausgaben wie Miete samt Nebenkosten, Nahrungsmittel und Kleidung für beide zu begleichen.

In derartigen Fällen wäre es auch sittlich nicht zu billigen, den bedürftigen Partner, welchem mit Rücksicht auf die Unterhaltsleistungen öffentliche Mittel verweigert werden, nur unzureichend zu unterstützen.“ (BFH aaO).

- d) Die **gleichmäßige Verteilung der zur Verfügung stehenden Mittel unter in einer Haushaltsgemeinschaft lebenden Personen** wird daher auch von der Rspr. als **Erfahrungssatz** angesehen.

- Nach **BFH** (NJW 2007, 3231 = DStRE 2007, 1443 = BFH/NV 2007, 1753) entspricht es der **Lebenserfahrung**, dass in einer kinderlosen Ehe, in der ein Ehepartner allein verdient und ein durchschnittliches Nettoeinkommen erzielt, dem nicht verdienenden Ehepartner ungefähr die Hälfte dieses Nettoeinkommens zufließt, soweit dem verdienenden Ehepartner ein verfügbares Einkommen in Höhe des steuerrechtlichen Existenzminimums verbleibt.

- Auch in der Entscheidung **BFHE 199, 355 = BStBl II 2002, 753 = DStRE 2002, 1306** wurde unterstellt, dass mehrere in Haushaltsgemeinschaft lebende Personen zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts die zur Verfügung stehenden Beträge nach Köpfen aufteilen, ohne den unterschiedlichen Unterhaltsbedarf der einzelnen Mitglieder zu berücksichtigen (vgl. auch BFHE 174, 317 = BStBl II 1994, 731 = DStR 1994, 1187 betr. Aufteilung des einheitlichen Unterstützungsbetrags auf die Großeltern und das in ihrem Haushalt untergebrachte Kind).

- e) Die **Anwendung der Opfergrenze** stünde zudem im **Widerspruch zum Sozialrecht**, da der Verlobten dann sozialrechtlich - wie auch die spätere Proberechnung des Sozialamts belegt - ein höherer Anteil des Einkommens des Kl. zugerechnet würde als dieser wegen der Opfergrenze abziehen könnte.

„Einen derartigen Widerspruch hatte der Senat bereits im Urteil in **BFHE 199, 355 = BStBl II 2002, 753 = DStRE 2002, 1306** (betr. die Auslegung des § 33a I 4 EStG) als nicht hinnehmbar beurteilt.“ (BFH aaO).

- I. Nach § 124 I 1 AO 1977 wird ein Verwaltungsakt gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekannt gegeben wird.
- II. **Dem Wirksamwerden des Steuerbescheids** im Zeitpunkt seiner Bekanntgabe **steht nicht entgegen, wenn er zeitlich vor dem angegebenen Datum bekannt gegeben** wurde.

„Nach § 124 I 2 AO 1977 wird ein Verwaltungsakt mit dem Inhalt wirksam, mit dem er bekannt gegeben wurde. Zum **Inhalt des Verwaltungsakts** gehört neben der Angabe des Adressaten der Verfügungs- oder Entscheidungssatz so genannter Ausspruch oder Tenor (Tipke, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 124 AO 1977, Rn. 15). Das ist bei einem Steuerbescheid die Steuerfestsetzung bzw. Steuermessbetragsfestsetzung. **Nicht zum Inhalt gehört das Datum des Bescheids**. Das Bescheiddatum hat lediglich die **Funktion, die Steuerfestsetzung zeitlich zu fixieren** und in diesem Sinne **den Bescheid zu kennzeichnen** (BFH, BFH/NV 2001, 1365; Tipke/Kruse, § 119 AO 1977, Rn 7). Entgegen der Auffassung der Kl. ist bei einem vor dem Bescheiddatum bekannt gegebenen Steuerbescheid nicht von einem fehlenden Bekanntgabewillen der Behörde auszugehen. Der Bekanntgabewille ergibt sich vielmehr aus der Aktenverfügung des Sachbearbeiters, die auf den Zeitpunkt, zu dem der Bescheid maschinell im Rechenzentrum ausgedruckt wird, und auf das Datum, mit dem der Bescheid versehen wird, grundsätzlich keinen Einfluss hat.“ (BFH aO).

BGB  
§ 675

**Auskunftsvertrag**  
**durch telefonische Auskunft eines Steuerberaters**

BGB

(BGH in DB 2009, 391; Urteil vom 18.12.2008 – IX ZR 12/05)

**Telefonische Auskünfte eines Steuerberaters** können einen **Auskunftsvertrag nach § 675 BGB** begründen.

- I. Die Abgrenzung, ob den Erklärungen der Parteien ein **Wille zur rechtlichen Bindung** zu entnehmen ist oder die Parteien nur aufgrund einer außerrechtlichen Gefälligkeit handeln, ist an Hand der Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu bewerten (vgl. BGHZ 56, 204). Ob bei einer Partei ein Rechtsbindungswille vorhanden ist, ist danach zu beurteilen, ob die andere Partei unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schließen musste. Dies ist anhand objektiver Kriterien aufgrund der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien zu ermitteln, wobei vor allem die wirtschaftliche sowie die rechtliche Bedeutung der Angelegenheit, insbesondere für den Begünstigten, und die Interessenlage der Parteien heranzuziehen sind.

BGHZ 21, 102; 92, 164; BGH NJW-RR 1990, 204; NJW-RR 2006, 117

Dem **Umstand**, dass der Steuerberater für sein Tätigwerden **keine Vergütung verlangt** hat, kommt **kein entscheidendes Gewicht** zu (BGH NJW-RR 1990, 1532 unter Bezugnahme auf BGHZ 21, 102).

- II. Bezieht sich die Tätigkeit des Steuerberaters auf eine Auskunft, muss die Frage, ob dies im Rahmen eines Vertragsverhältnisses geschehen ist, nach den hierfür maßgeblichen Gesichtspunkten beurteilt werden.

Nach st. Rspr. des BGH ist der **stillschweigende Abschluss eines Auskunftsvertrages** zwischen Geber und Empfänger der Auskunft und damit eine vertragliche Haftung des Auskunftgebers für die Richtigkeit seiner Auskunft regelmäßig **dann anzunehmen, wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist** und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will; dies gilt insbesondere in Fällen, in denen der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft besonders sachkundig oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse bei ihm im Spiel ist.

BGHZ 74, 103; 100, 117; BGH NJW 1992, 2080; WM 2004, 1825; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaftung 2. Aufl., Rn 1730

Wie der BGH mehrfach ausgesprochen hat (BGHR BGB § 676 Auskunftsvertrag 1; WM 1985, 1531), ist dieser Rspr. allerdings nicht zu entnehmen, dass für das Zustandekommen eines Auskunftsvertrages ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des jeweiligen Falles allein schon die **Sachkunde des Auskunftgebers** und die **Bedeutung der Auskunft für den Empfänger** ausreichen. Diese Umstände stellen vielmehr lediglich **Indizien** dar, die, wenn auch mit erheblichem Gewicht, in die Würdigung der gesamten Gegebenheiten des konkreten Falles einzubeziehen sind.

2. Für den stillschweigenden Abschluss eines Auskunftsvertrages ist entscheidend darauf abzustellen, ob die **Gesamtumstände unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses** den Rückschluss zulassen, dass beide Teile nach dem objektiven Inhalt ihrer Erklärungen die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht haben (BGH WM 1973, 141; WM 1978, 576).

„Vorliegend lässt sich das Zustandekommen eines Auskunftsvertrages nicht verneinen: Dass eine auf einen bevorstehenden Grundstücksverkauf bezogene Auskunft für den Empfänger von **erkennbar erheblicher Bedeutung** und zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse bestimmt war, kann für die vorliegende Fallgestaltung nicht zweifelhaft sein. Gleiches gilt für den weiteren Umstand, dass der Bekl. als Steuerberater für die in Rede stehende steuerliche Auskunft als besonders sachkundig anzusehen war. Eine bereits anderweitig bestehende Vertragsbeziehung zwischen Auskunftgeber und Auskunftsempfänger lag hier ebenfalls vor, nachdem der Bekl. bereits seit mehreren Jahren regelmäßig die Einkommensteuererklärungen der Kl. erstellte. Im Rahmen dieser vom Berufungsgericht festgestellten Umstände ist auszuschließen, dass der Bekl. seine Auskunft nur gefälligkeitshalber erteilt haben könnte. Unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses ist vielmehr offenkundig, dass beide Teile nach dem objektiven Inhalt ihrer Erklärungen die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht haben.“

(BGH

aaO).

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Milger:** Mindestanforderungen an die Betriebskostenabrechnung\* - Eine Darstellung an Beispielen unter Berücksichtigung der aktuellen BGH-Rspr. (NJW 2009, 625)

Die Anforderungen an die formelle Ordnungsmäßigkeit einer Betriebskostenabrechnung sollten nicht weiter angehoben werden; zu Recht ist von „Mindestanforderungen“ die Rede und sind insbes. zusätzliche Erläuterungen im Rahmen der formellen Ebene abzulehnen: das Ziel der Ausschlussfristen, alsbald Klarheit über die Abrechnung herbeizuführen und Streit zu vermeiden, erfordert es nicht, die formellen Anforderungen noch höher zu schrauben. - Auch materielle Fehler seiner Abrechnung kann der Vermieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist insoweit nicht mehr korrigieren, als sie zu einer Nachforderung führen würden. Dadurch ist hinreichend Druck auf alsbaldige korrekte Abrechnung ausgeübt. - In der Praxis führen die Ausschlusswirkungen des § 556 III 3, 6 BGB entgegen der Intention des Gesetzgebers nicht stets zu einer rascheren Klärung der Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung, weil den Vermietern davon abgeraten wird, eine Nebenkostennachforderung vor Ablauf der Einwendungsfrist einzuklagen oder auch nur Mahnungen auszusprechen, und spiegelbildlich dazu den Mietern nahe gelegt wird, formelle Abrechnungsmängel vor Ablauf der Abrechnungsfrist nicht geltend zu machen, damit nicht noch eine Korrektur erfolgt; ob den Mietvertragsparteien mit einer solchen „Taktik“ wirklich gedient ist, könnte allerdings - zumindest bei fortbestehendem Mietverhältnis - in Frage stehen; vorzugswürdig dürfte die - von vielen Vermietern auch so gehandhabte - Praxis sein, bereits in den ersten Monaten nach Ablauf des Abrechnungszeitraums abzurechnen und eine Nachforderung erforderlichenfalls zügig einzuklagen.

2. **Blank:** Der vertragsgemäße Zustand der Mietsache (MDR 2009, 181)

Die geschuldete Beschaffenheit der Mietsache richtet sich nicht nach objektiven Kriterien, sondern nach den vertraglichen Vereinbarungen; deshalb können sich die Parteien z.B. darauf einigen, dass eine reparaturbedürftige Mietsache oder eine unrenovierte Wohnung vertragsgemäß ist; erforderlich ist lediglich, dass der nach dem Inhalt des Mietvertrags vereinbarte Zweck erreicht werden kann. - Ist keine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung getroffen worden, so ist die Verkehrsanschauung als Auslegungshilfe heranzuziehen; maßgeblich ist, welche Beschaffenheit der Mieter nach der Vertragsanschauung erwarten kann; das ist i.d.F. derjenige Standard, der bei vergleichbaren Objekten üblich ist.

3. **Berger:** Das Lastschriftverfahren im Spannungsverhältnis zwischen Bank- und Insolvenzrecht (NJW 2009, 473)

Bespr. der Entsch. BGH in NJW 2008, 3348

4. **Niebling:** Die Entwicklung des Rechts der AGB im Jahre 2008 (NJ 2009, 45)

5. **Schiefer/Worzalla:** Unterrichtungspflicht bei Betriebsübergang nach § 613a V BGB – Eine Bestandsaufnahme (NJW 2009, 558)

Die Unterrichtungspflicht nach § 613a V BGB kann im Einzelfall die verschiedensten Gegenstände erfassen. - In jedem Fall muss Kontrollüberlegung sein, ob den Arbeitnehmern im Einzelfall alle Informationen gegeben worden sind, die sie benötigen, um zu entscheiden, ob sie das Widerspruchsrecht nach § 613a VI BGB ausüben wollen oder nicht. - Nach Ansicht des Autors ist die Rechtslage insbesondere im Hinblick auf die dargestellten rechtlichen Folgen für die rechtsberatende Praxis äußerst unbefriedigend; es wäre wünschenswert, wenn das BAG im Hinblick auf die komplexe Situation praxisnahe Leitlinien schafft, die es den Unternehmen ermöglichen, mit § 613a V BGB angemessen umzugehen; anderenfalls droht das Recht zum Selbstzweck zu werden.

6. **Hohmeister:** Die Rspr. des BAG zum Urlaubsrecht in den Jahren 2007/2008 (BB 2009, 494)

### II. Strafrecht

1. **Pelz:** Neuregelung der Verfolgungsverjährung für Steuerhinterziehung – Neue Herausforderungen für die Praxis (NJW 09, 471)

§ 376 I AO verlängert die Verfolgungsverjährung bei einer besonders schweren Steuerhinterziehung, in denen eines der Regelbeispiele des § 370 III 2 Nr. 1-5 AO verwirklicht ist, mit Wirkung vom 25.12.2008 an von fünf auf zehn Jahre; betroffen hiervon sind allerdings nur Taten, bei denen nicht bereits Verjährung eingetreten ist. - Diese Neuregelung verstößt jedoch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 I GG, denn die sonstigen Fälle einer besonders schweren Steuerhinterziehung sind von der Ver-

längerung der Verfolgungsverjährung nicht erfasst, obgleich sie in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt den benannten Fällen gleich stehen; ein die Ungleichbehandlung rechtfertigender Grund ist nicht ersichtlich: Die Anknüpfung der Verfolgungsverjährung an bloße Strafzumessungserwägungen, wie sie die Regelbeispiele darstellen, verletzt zudem das Bestimmtheitsprinzip, da sie dem Richter im Rahmen seines ihm zustehenden großen und nur eingeschränkt revisiblen Beurteilungsspielraums erlaubt, anhand von Strafbedürftigkeitserwägungen auch über die Verfolgbarkeit an sich zu entscheiden.

2. **Gaede:** Der grundrechtliche Schutz gespeicherter E-Mails beim Provider und ihre weltweite strafprozessuale Überwachung (StV 2009, 96)
3. **Krumm:** Neuer Bußgeldkatalog 2009 – Die wichtigsten Änderungen (NJ 2009, 49)
4. **Paeffgen:** Übersicht über die (ober-)gerichtliche Rechtsprechung in Haft-Sachen (NSTz 2009, 134)

### III. öffentliches Recht

1. **Sellmann:** Die Entwicklung des öffentlichen Verkehrsrechts (NVwZ 2009, 149)
2. **Schlemminger:** Schriftformrisiken beim Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge (NVwZ 2009, 223)

Öffentlich-rechtliche Verträge im Über-/Unterordnungsverhältnis, insbes. solche, die einen Verwaltungsakt ersetzen, erfreuen sich zunehmend größerer Beliebtheit, denn gerade bei komplexer Sachverhalts- und Rechtslage setzt sich bei den Behörden im Einzelfall immer öfter die Einsicht durch, dass es nach pflichtgemäßen Ermessen vorteilhafter für alle Beteiligten erscheint, bestehenden Ungewissheiten, die die Anfechtung (einseitiger) Verwaltungsakte und damit langwierige Verwaltungsgerichtsverfahren geradezu herausfordern, besser mit einvernehmlichen vertraglichen (und flexibleren) Regelungen zu begegnen. - Nach § 57 VwVfG ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag schriftlich zu schließen, soweit nicht eine besondere Form vorgeschrieben ist; damit ist die gesetzliche Schriftform (§ 126 BGB) gemeint; diese verlangt - jedenfalls nach h. M. - grds. Urkundeneinheit, auch wenn die Rspr. ausnahmsweise im Falle einer Verwaltungsvereinbarung zwischen den Ländern Briefwechsel genügen lässt, wenn die Zusammengehörigkeit der beiderseitigen Erklärungen aus den Umständen zweifelsfrei ersichtlich ist; neuere Stimmen in der Lit., wonach Verstöße gegen das Schriftformerfordernis nicht mehr zur Nichtigkeit führen müssen, wenn der Vertrag von beiden Parteien in Vollzug gesetzt wurde bzw. wonach der Austausch übereinstimmender schriftlicher Erklärungen ausreichen soll, haben sich bislang nicht durchgesetzt, zumal der spezielle Anwendungsbereich des öffentlich-rechtlichen Vertrags für komplexe Problemlagen nahe legt, die bewährte Schriftform grundsätzlich beizubehalten. - Zwar ist inzwischen juristisches Allgemeinut, dass Erschließungs- und städtebauliche Verträge, nach denen Grundstücksflächen übertragen werden sollen, über die gesetzliche Schriftform hinaus der notariellen Beurkundung bedürfen; wohl mangels (schlechter) Erfahrungen hat sich aber im Bereich öffentlich-rechtlicher Verträge selbst im Kreise der Behörden und Juristen noch nicht ausreichend herumgesprochen, dass auch bei der Einhaltung der gesetzlichen Schriftform recht strenge Anforderungen gelten, deren (versehentliche) Nichtbeachtung erhebliche negative Folgen haben kann. - Bei dem Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge (und von Nachträgen zu solchen Verträgen) sollten, wenn nicht gar wegen der Verpflichtung zur Übertragung von Grundstücken notarielle Beurkundung erforderlich ist, stets die recht strengen Anforderungen der gesetzlichen Schriftform beachtet werden, weil sonst (ungewollte) Nichtigkeit droht; typische Fehlerquellen in der Praxis sind umfangreiche Vertragsanlagen, deren Zusammengehörigkeit mit dem Urkundentext nicht zweifelsfrei erkennbar gemacht wird, Nachtragsvereinbarungen, die entweder für sich die gesetzliche Schriftform nicht einhalten und/oder deren Zusammengehörigkeit der mit Haupt-/Ursprungsurkunde nicht ausreichend deutlich gemacht wird, sowie nicht in der gehörigen Schriftform festgehaltene mündliche oder stillschweigende (nachträgliche) Änderungen des Vertragsinhalts; i. d. R. ist es weder treuwidrig noch arglistig, wenn sich eine Vertragspartei wegen Schriftformmangel von einem lästig gewordenen öffentlich-rechtlichen Vertrag lösen möchte; in jedem Fall ist anzuraten, in den öffentlich-rechtlichen Vertrag eine sog. Schriftformheilungsklausel aufzunehmen, wie sie sich inzwischen im Bereich langfristiger Mietverträge zu einem festen Bestandteil professioneller Vertragsgestaltung entwickelt hat.

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

1. **Lappe:** Die Entwicklung des Gerichts- und Notarkostenrechts im Jahr 2008 (NJW 2009, 478)
2. **Redeker:** Datenschutz auch bei Anwälten - aber gegenüber Datenschutzkontrollinstanzen gilt das Berufsgeheimnis (NJW 2009, 554)

Das BDSG ist auch auf die anwaltliche Datenverarbeitung anwendbar; soweit die anwaltliche Schweigepflicht eingreift, geht sie Regelungen des BDSG gem. § 1 III 2 BDSG vor. - Auch Rechtsanwälte müssen - soweit die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind - betriebliche Datenschutzbeauftragte bestellen; Benachrichtigungs- und Auskunftspflichten über mandatsbezogene Daten gegenüber Nichtmandanten bestehen nur, wenn der Mandant einverstanden ist. - Die Datenschutzkontrollbehörden sind nach der

derzeitigen Rechtslage auch bei Rechtsanwälten die für den Datenschutz zuständigen Kontrollbehörden; ihre Befugnisse enden aber dort, wo sie auf Daten zugreifen wollen, die dem anwaltlichen Berufsgeheimnis unterliegen.

### 3. Donath/Mehle: Anwaltliche Pflichten nach dem Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz (NJW 2009, 650)

Die Umsetzung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 sowie der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission vom 01.08.2006 erforderte sowohl die Umstrukturierung als auch die Erweiterung deutscher Regelungen zur Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfung. - Dies erfolgte durch das „Gesetz zur Ergänzung und Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz - GwBekErgG)“, welches am 21.08.2008 in Kraft trat (BGBl I, 1690) und das „Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz - GwG)“ neu fasste (vgl. Art. 2 GwBekErgG). - Zurzeit überprüfen die Bundesministerien, ob sie die im GwG vorgesehenen Verordnungsermächtigungen (vgl. z.B. § 4 IV 2, § 5 IV und § 6 III GwG) umsetzen; auch auf europäischer Ebene sind mögliche Durchführungsbestimmungen zu beachten (vgl. Art. 40 und 41 der Richtlinie 2005/60/EG i.d.F. der Richtlinie 2008/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. 3. 2008). - Für Rechtsanwälte ergeben sich danach neue und andersartige Pflichten: Deren Umfang ist im Einzelfall zu bestimmen (vgl. dazu Burmeister/Uwer AnwBl 2008, 729); zur Erfüllung der Pflichten bestehen Mitwirkungspflichten des Vertragspartners (vgl. § 4 VI und § 6 II Nr. 1 S. 6 GwG); eine Dokumentation der Pflichterfüllung ist nach § 8 GwG anzufertigen und aufzubewahren. - Die Verletzung der Pflichten ist nach § 17 GwG bußgeldbewehrt (vgl. ferner die Strafbarkeit nach § 261 StGB). - Wesentliche Begriffe des Gesetzes werden in § 1 GwG legaldefiniert. - § 2 I Nr. 7 GwG verpflichtet auch Rechtsanwälte, die Anforderungen nach diesem Gesetz einzuhalten; dies gilt jedoch ausschließlich bei der Planung oder Durchführung der unter § 2 I Nr. 7 GwG aufgeführten Geschäfte, also bei: Kauf und Verkauf von Immobilien oder Gewerbebetrieben, Verwaltung von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Vermögenswerten, Eröffnung oder Verwaltung von Bank-, Spar- oder Wertpapierkonten, Beschaffung der zur Gründung, zum Betrieb oder zur Verwaltung von Gesellschaften erforderlichen Mittel, Gründung, Betrieb oder Verwaltung von Treuhandgesellschaften, Gesellschaften oder ähnlichen Strukturen, Durchführung von Finanz- oder Immobilientransaktionen im Namen und auf Rechnung des Mandanten; führen Rechtsanwälte diese Kataloggeschäfte regelmäßig aus, so haben sie grds. interne Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen (vgl. § 9 I 2 und IV GwG) - Die allgemeinen Sorgfaltspflichten sind gem. § 3 II GwG in verschiedenen Konstellationen zu erfüllen: bei der Begründung einer Geschäftsbeziehung, bei der Durchführung einer außerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung anfallenden Transaktion im Wert von 15000 Euro oder mehr, im Fall der Feststellung von Tatsachen, die darauf schließen lassen, dass eine Transaktion einer Tat nach § 261 StGB oder der Terrorismusfinanzierung dient, gedient hat oder dienen würde und im Fall von Zweifeln, ob die Angaben zu der Identität des Vertragspartners oder des wirtschaftlichen Berechtigten zutreffend sind. - Nach § 3 II Nr. 1 GwG ist der Vertragspartner grundsätzlich zu identifizieren (zur Ausnahmekonstellation bei erneuter Identifizierung: § 4 II GwG). - Bei natürlichen Personen müssen nach § 4 III GwG folgende Daten erhoben werden: Name, Geburtsort, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit und Anschrift. Die Erhebung ist gem. § 4 IV Nr. 1 GwG anhand eines gültigen amtlichen Ausweises, der ein Lichtbild des Inhabers enthält und mit dem die Pass- und Ausweispflicht im Inland erfüllt wird, zu überprüfen (Pass, Personalausweis oder Pass- bzw. Ausweisersatz). - Nach § 3 I Nr. 2 GwG muss der Rechtsanwalt Informationen über den Zweck und die angestrebte Art der Geschäftsbeziehung einholen, soweit sich diese nicht aus der Geschäftsbeziehung zweifelsfrei ergeben. - Der Rechtsanwalt muss nach § 3 I Nr. 3 GwG klären, ob der Vertragspartner für einen wirtschaftlich Berechtigten handelt und diesen gegebenenfalls nach Maßgabe von § 4 V GwG identifizieren; bei natürlichen Personen hat der Rechtsanwalt grundsätzlich den Namen des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen; weitere Identifizierungsmerkmale sind dann erforderlich, wenn dies in Ansehung des im Einzelfall bestehenden Risikos der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung angemessen ist. Soweit der Vertragspartner keine natürliche Person ist, ist auch die Eigentums- und Kontrollstruktur mit angemessenen Mitteln in Erfahrung zu bringen. - Die Geschäftsbeziehung und die durchgeführten Transaktionen sind nach § 3 I Nr. 4 GwG kontinuierlich zu überwachen; ebenso sind Dokumente, Daten oder Informationen zu aktualisieren. - Geschäftsbeziehungen dürfen grds. nicht begründet oder fortgesetzt und keine Transaktionen durchgeführt werden, wenn der Rechtsanwalt die Sorgfaltspflichten nach § 3 I GwG nicht erfüllen kann; eine bestehende Geschäftsbeziehung ist dann zu beenden; diese Regelung gilt nach § 3 VI 3 GwG nicht, wenn der Vertragspartner eine Rechtsberatung oder Prozessvertretung erstrebt, es sei denn, der Rechtsanwalt weiß, dass der Vertragspartner die Rechtsberatung bewusst für den Zweck der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung in Anspruch nimmt. - Soweit weder ein konkreter Verdacht einer Geldwäschebehandlung (§ 261 StGB) noch einer Terrorismusfinanzierung vorliegt, kann in bestimmten Konstellationen von den allgemeinen Sorgfaltspflichten nach § 3 I GwG abgesehen werden, vgl. § 5 GwG; Voraussetzung ist, dass das Risiko der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung gering ist, wie z.B. bei Geschäftsbeziehungen mit börsennotierten Gesellschaften. - Das Gesetz bestimmt in § 6 II GwG schließlich exemplarisch Fälle, in welchen von einem erhöhten Risiko einer Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung auszugehen ist; dann sind zusätzliche Sorgfaltspflichten zu erfüllen. Diese greifen ein, wenn es sich bei dem Vertragspartner um eine nicht im Inland ansässige „politisch exponierte Person“ handelt. Ferner sind erhöhte Pflichten zu erfüllen, wenn die natürliche Person zur Feststellung der Identität nicht persönlich anwesend ist. - Die Erfüllung der Sorgfaltspflichten in § 3 I Nr. 1-3 GwG kann der Rechtsanwalt gem. § 7 I GwG Dritten übertragen; als Dritte kommen insbes. in Betracht: Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen, (andere) Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater; beim Rechtsanwalt verbleibt jedoch die Überwachungsverpflichtung nach § 3 I Nr. 4 GwG sowie die Ver-

antwortung für die Erfüllung der Pflichten durch Dritte, vgl. § 7 I 2 GwG. - Der Rechtsanwalt kann die Durchführung der zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten nach § 3 I Nr. 1-3 GwG erforderlichen Maßnahmen vertraglich auf andere Personen übertragen, vgl. § 7 II GwG; er hat sich vor Beginn der Zusammenarbeit von der Zuverlässigkeit der anderen Person zu überzeugen und während der Zusammenarbeit Stichproben zu machen. Die Maßnahmen der anderen Person werden dem Rechtsanwalt zugerechnet. - Im Rahmen von Transaktionen besteht für den Rechtsanwalt - unabhängig von den dargestellten Sorgfaltspflichten - bei dem (nachträglichen) Verdacht einer (versuchten) Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung eine Anzeigepflicht nach § 11 I, IV GwG; dem Rechtsanwalt ist es grds. verboten, die Verdachtsanzeige mitzuteilen, vgl. § 12 I GwG.

4. **Red.:** Düsseldorfer Tabelle – Stand: 01.01.2009 (FamRZ 2009, 180)
5. **Hinne:** Die gesetzliche Vergütung des Rechtsanwalts im Sozialrecht gem. § 3 RVG (BRAK-Mitt. 2009, 8)
6. **Chab:** Anwaltshaftung in der arbeitsrechtlichen Praxis – ein Erfahrungsbericht (AnwBl 2009, 139)

Überreicht durch:

# Mandantenbrief

- neueste Informationen –

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

---

**März 2009**


---

## A. Aus der Gesetzgebung:

### Das Familienleistungsgesetz

Gesetz zur Förderung von Familien und haushaltsnahen Dienstleistungen vom 22.12.2008, in Kraft Treten im Wesentlichen am 01.09.2009 (BGBl. I S. 2955)

#### I. Die Erhöhung des Kindergeldes

Ab dem 01.0.2009 wird das Kindergeld für das **erste und zweite Kind** um monatlich 10 € angehoben und beträgt sodann **164 €** für das **dritte Kind** erhöht sich das Kindergeld um 16 € von 154 € auf **170 €** sowie für das **vierte und weitere Kinder** um je 16 € von 179 € auf **195 €**

Familien mit drei Kindern verfügen damit über 432 Euro mehr im Jahr; für Familien mit vier Kindern sind es 624 Euro.

#### II. Die Erhöhung des Kinderfreibetrages

Des Weiteren erhöht sich der **Kinderfreibetrag für jedes Kind** von 3.648 € um 192 € auf **3.840 €** Damit werden die Freibeträge pro Kind von 5.808 € auf 6.000 € angehoben. Die Erhöhung des Kinderfreibetrags soll vorsorglich bereits für das Jahr 2009 erfolgen, auch ohne genaue Kenntnis der Mindesthöhe für das steuerfrei zu stellende Existenzminimum von Kindern ab dem Jahr 2010.

Von dieser Regelung profitieren Eltern, die zusammen ein Bruttoeinkommen von mehr als rund 67.000 € haben, beziehungsweise Alleinerziehende, die mehr als rund 35.000 € brutto verdienen.

#### III. Die Neuregelung der steuerlichen Berücksichtigung von Kinderbetreuungskosten

Die Regelungen zur steuerlichen Berücksichtigung von Kinderbetreuungskosten werden künftig in einer Vorschrift zusammengefasst. Der **neue § 9c EStG** fasst die bisherige Förderung zusammen, in bekannter Höhe mit zwei Dritteln der Aufwendungen und **höchstens 4.000 € pro Kind**. Dies erfolgt wie Betriebsausgaben, Werbungskosten oder als Sonderausgaben.

#### IV. Die Förderung familienunterstützender Dienstleistungen

Die Förderung von familienunterstützenden Dienstleistungen wird deutlich vereinfacht und es werden die Möglichkeiten erweitert, diese Leistungen steuerlich geltend zu machen.

1. Der **neue § 35a EStG** sieht vor, dass die Kosten für haushaltsnahe Beschäftigungsverhältnisse, Pflege- und sonstige Dienstleistungen oder Handwerkerleistungen künftig stärker gefördert werden. Diese **Leistungen werden einheitlich zusammengefasst**. Der bis dato geltende Pflegepauschbetrag nach § 33a III EStG entfällt und die Förderung wird in dem neuen § 35a EStG als Steuerabzug berücksichtigt. Die Förderung wird auf **einheitlich 20 % der Aufwendungen von bis zu 20.000 € (höchstens 4.000 €) jährlich** ausgeweitet, die von der Steuerschuld abgezogen werden können. Mit der Neuregelung werden Aufwendungen in Höhe von bis zu 1.665 € monatlich gefördert.
2. Auch wer eine **Dienstleistungsagentur** beauftragt, kann Geld sparen: Durch das neue Gesetz werden die **steuerlich berücksichtigungsfähigen Aufwendungen** von derzeit 3.000 € auf **bis zu 20.000 €** erweitert.
3. Für **haushaltsnahe Beschäftigungsverhältnisse bei geringfügigen Beschäftigungen** gilt unverändert ein **Steuerabzug von bis zu 510 €** im Jahr und bei Handwerkerleistungen ohne Materialkosten (Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen) ebenfalls unverändert ein Steuerabzug von jährlich bis zu 600 €. Gleichzeitig entfällt die Regelung, dass Aufwendungen für jeden Kalendermonat, in dem die Voraussetzungen für den Abzug dem Grunde nach nicht vorgelegen haben, um ein Zwölftel zu vermindern sind. Der Vorteil im Vergleich zu dem bisherigen Abzug als außergewöhnliche Belastung

liegt darin, dass der Abzug von der Steuerschuld unabhängig vom individuellen Steuersatz ist und sich daher für Steuerpflichtige mit geringer Progression günstiger auswirkt.

## V. Das Schulbedarfspaket

Kinder und Jugendliche aus Familien, die von Hartz IV (SGB II) oder Sozialhilfe (SGB XII) leben, erhalten bis zum Abschluss der Jahrgangsstufe 10 bzw. bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres jeweils zum Beginn des Schuljahres einen zusätzlichen Betrag von **100 €**. Damit soll die notwendige persönliche Schulausstattung mit Schulranzen sowie Schreib- und Rechenmaterialien etc. sichergestellt werden.

Der Anspruch besteht, wenn mindestens ein im Haushalt lebender Elternteil am 1. August des jeweiligen Jahres Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach SGB II besitzt. Schüler, die nicht im Haushalt ihrer Eltern leben, erhalten die Leistung, wenn ihnen der Anspruch auf Leistungen für Unterkunft und Heizung zusteht. Dem Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende obliegt im begründeten Einzelfall die Möglichkeit zur Überprüfung, ob die Leistung auch zweckentsprechend bei den Schülern ankommt.

## B. Aus der Rechtsprechung

**BGB** **Anspruch auf Wertersatz bei Rücktritt** **GewährR**  
**§§ 346 I, II Nr. 2** **Voraussetzungen bei Belastung der Sache**

(BGH in NJ 2009, 67; Urteil vom 10.10.2008 – VZR 131/07)

Der BGH hat zur Streitfrage, unter welchen Voraussetzungen ein Rückgewährgläubiger Wertersatz beanspruchen kann, nunmehr Stellung genommen und ausgesprochen, dass ein Wertersatzanspruch bei nur dann besteht, wenn eine Rückgewähr in der ursprünglichen Form unmöglich ist.

„Das Gesetz knüpft die Verpflichtung zum Wertersatz in § 346 II BGB an **Fälle an, in denen die empfangene Leistung typischerweise überhaupt nicht oder nur in veränderter Form zurückgewährt werden kann**. Ihre Aufzählung ist nicht abschließend zu verstehen, vielmehr kommt in Satz 1 Nr. 1 bis 3 der Norm ein allgemeiner Rechtsgedanke des Inhalts zum Ausdruck, dass der Rückgewährschuldner in allen Fällen, in denen ihm die Rückgewähr der empfangenen Leistung unmöglich ist, zum Wertersatz verpflichtet ist (BGHZ 175, 286 = NJW 2008, 2028 [2030]). Dieses Verständnis rechtfertigt umgekehrt den Schluss, dass auch in Bezug auf die in § 346 II 1 BGB genannten Fälle ebenfalls allein die Folgen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit geregelt werden sollten. Auch wenn die Vorschrift den Begriff der Unmöglichkeit nicht ausdrücklich verwendet, kann auf Grund des **systematischen Zusammenhangs** mit Abs. 1 und im Hinblick auf die **Funktion des Wertersatzanspruchs**, einen Rücktritt auch dann zu ermöglichen, wenn der Rücktrittsberechtigte zur Rückgewähr der empfangenen Leistung außerstande ist (vgl. die Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz BT-Dr 14/6040, S. 194; Schmidt-Räntsch, Das neue SchuldR, Rn. 579f.), nicht zweifelhaft sein, dass es der Sache nach um die Unmöglichkeit geht, den empfangenen Gegenstand überhaupt oder in der ursprünglichen Form zurückzugeben (vgl. Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, XXXVII).“ (BGH aaO)

**BGB** **Annahmeverzug des Gläubigers** **BGB**  
**§ 293** **Zinsanspruch**

(OLG Rostock in ZMR 2009, 103; Urteil vom 16.07.2008 – 1 U 48/08)

**Befindet sich der Gläubiger in Annahmeverzug gem. § 293 BGB, so ist der Schuldner während des Verzuges von jeder Zinspflicht befreit.** Dies gilt für alle Arten von Zinsen, unabhängig davon, ob diese kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäft geschuldet werden.

„Voraussetzung für die Begründung des Annahmeverzugs des Gläubigers ist ein Angebot der Leistung, so wie sie geschuldet wird am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der rechten Weise (Palandt/Heinrichs, BGB, § 294 Rn 3). Sie muss sowohl nach Art, Güte und Menge dem Inhalt des Schuldverhältnisses entsprechen.“ (OLG Rostock aaO).

**BGB** **Komfortmangel** **BGB**  
**§ 323 II 5** **Bremsgeräusche eines Pkw**

(OLG Schleswig in MDR 2009, 200; Urteil vom 25.07.2008 – 14 U 125/07)

Ein **Komfortmangel** in Form von **wiederholten, quietschenden Bremsgeräuschen**, die auch bei geschlossenem Fenster zu vernehmen sind, stellt **bei Fahrzeugen der gehobenen Kategorie** in einer Preisklasse von 75.000 € **einen erheblichen Mangel** dar, weil die Komforteinkaufspreise beträchtlich ist und der Käufer berechtigterweise erwarten durfte, dass eine solche nicht auftritt.

BGB  
§ 535**Mietkaution**  
**Verwertungsfunktion**

BGB

(OLG Karlsruhe in ZMR 2009, 121; Beschluss vom 18.08.2008 – 8 W 34/08)

Nach Beendigung des Mietverhältnisses hat die Kautions nicht nur Sicherungs-, sondern auch **Verwertungsfunktion**. Die Forderung, auf die der Vermieter sich zur Rechtfertigung der Verwertung der Kautions beruft, muss nicht unstrittig sein.

„Nach Beendigung des Mietverhältnisses hat die Kautions nicht nur Sicherungs-, sondern auch Verwertungsfunktion. Gerade wenn die Kautions ihren **Zweck** erfüllen soll, dem Vermieter - nach Beendigung des Mietverhältnisses - die **Möglichkeit zu geben, sich wegen noch bestehender Ansprüche auf einfache Weise befriedigen zu können**, muss ihm die Kautions als Instrument zur schnellen Durchsetzung seiner Ansprüche zur Verfügung stehen (Müller/Walther, Miet- und Pachtrecht, C § 551 Rn 199). Dieser Zweck würde vereitelt, wenn der Vermieter zunächst die Klärung streitiger Ansprüche in einem Rechtsstreit herbeiführen müsste (Kluth/Grün NZM 2002, 1015).

Ebenso wie bei der Barkautions darf deshalb der Vermieter - bei beendetem Mietverhältnis - grundsätzlich auf die verpfändete Forderung zugreifen (LG Potsdam Grundeigentum 2007, 1253; Kluth/Grün NZM 2002, 1015; a. A. LG Darmstadt ZMR 2005, 194; LG Wuppertal NJW-RR 2004, 1309). Voraussetzung ist allerdings, dass der Vermieter bei Beendigung des Mietverhältnisses eine Abrechnung über seine noch offenen Forderungen aufstellt und diese von der Kautions abzieht.“ (OLG Karlsruhe aaO).

StGB  
§ 263 I**Betrug**  
**unterlassene Aufklärung eines Sachbearbeiters der Bundesagentur für Arbeit**

StGB

(OLG München in NStZ 2009, 156; Urteil vom 31.10.2007 – 4 St RR 159/07)

Teilt ein Empfänger von Sozialleistungen der zuständigen Behörde eine **Änderung** der für die Leistungsgewährung maßgeblichen Verhältnisse mit, **leistet jedoch die Behörde irrtümlich weiterhin**, so kommt eine **Strafbarkeit** des Betroffenen **wegen Betrugs durch Unterlassen** dennoch in Betracht, **wenn er** den zuständigen Sachbearbeiter **nicht über den Irrtum aufklärt**.

TKG  
§ 67 I**Werbeanrufe mittels Telefoncomputer**  
**Einverständniserklärung**

öfFR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2009, 159; Beschluss vom 26.09.2008 – 13 B 1331/08)

Im Wege des sog. „Listbrokings“ von Drittunternehmen eingeholte **formulärmäßige Einverständniserklärungen** der Verbraucher stellen **keine wirksamen Einwilligungen in Werbeanrufe mittels Telefoncomputern** dar.

GG  
Art. 4**Bemessung der Sondernutzungsgebühr**  
**Berücksichtigung von Grundrechtsausübung**

VerwR

~~FStrG~~  
§ 8 III

(BVerwG in VBl.BW 2009, 56; Beschluss vom 17.10.2008 – 9 B 24.08)

1. Der Maßstab für die Bemessung von Sondernutzungsgebühren ist aus dem **Äquivalenzprinzip** als **gebührenrechtlicher Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** herzuleiten.
2. Mit Blick auf das **Äquivalenzprinzip** ist bei der Gebührenbemessung **auch auf den wirtschaftlichen Wert** der Sondernutzung abzustellen.

„Danach darf eine **Sondernutzungsgebühr** ihrer Höhe nach **weder außer Verhältnis** zum Ausmaß der mit der Sondernutzung verbundenen **Beeinträchtigung der gemeingebrauchlichen Nutzungsmöglichkeiten** noch **außer Verhältnis** zu dem mit der Straßennutzung verfolgten **wirtschaftlichen Interesse** stehen. Diese Vorgabe schließt für den Regelfall zugleich **Gebührensätze** aus, die zur **Unwirtschaftlichkeit** der Sondernutzung führen und diese damit **faktisch verhindern**. Dem Verbot einer wirtschaftlich erdrosselnden **Gebührenerhebung** kommt daher bei Sondernutzungsgebühren neben dem **Äquivalenzprinzip** regelmäßig **keine eigenständige Bedeutung** zu (BVerwGE 80, 36 [39ff.] = NVwZ 1989, 456; BVerwGE 26, 305 [311] = NJW 1967, 1101; zum Verbot prohibitiv wirkender Verwaltungsgebühren).“ (BVerwG aaO)

3. Es gibt **keinen Grundsatz** des Bundesrechts, dass die besondere, über das allgemein Zulässige hinausgehende **Inanspruchnahme öffentlicher Straßen dann gebührenfrei** sein müsse, wenn sie zum **Zwecke der Grundrechtsverwirklichung** geschieht.

„Es ist in der Rechtsprechung des BVerwG geklärt, dass mit Blick auf das **Äquivalenzprinzip** bei der Gebührenbemessung **auch auf den wirtschaftlichen Wert** der Sondernutzung abzustellen ist (BVerwGE 80, 36 [40] = NVwZ 1989, 456). Dem trägt etwa die Regelung des § 8 III 6 FStrG Rechnung, wonach bei der Bemessung der Sondernutzungsgebühren neben Art und Ausmaß der Einwirkung auf die Straße und den **Gemeingebrauch** auch das **wirtschaftliche Interesse** des **Gebührenschaftners** zu berücksichtigen ist. Hinsichtlich der **Gebührenhöhe** ist folglich danach zu **differenzieren**, ob mit der Sondernutzung **wirtschaftliche Interessen** verfolgt werden oder nicht. Dies gilt in gleicher Weise für Sondernutzungen, die der **Ausübung grundrechtlicher Freiheiten** dienen. Denn es gibt **keinen Grundsatz** des Bundesrechts, dass die besondere, über das allgemein Zulässige hinausgehende **Inanspruchnahme öffentlicher Straßen dann gebührenfrei** sein müsse, wenn sie zum **Zwecke der Grundrechtsverwirklichung** geschieht (BVerwGE 56, 63 [71] = NJW 1978, 1937).

4. Aus dem Äquivalenzprinzip lässt sich **kein prozentualer**, an gewerblichen Mieten für ein festes Verkaufslokal außerhalb öffentlicher Verkehrsflächen ausgerichteter **Gebührenhöchstsatz** für alle Arten von Sondernutzungen herleiten.

BWahlG  
§ 35

**Verwendung von Wahlgeräten  
maßgeblich ist Überprüfbarkeit**

VerfR

(BVerfG in BeckRS 2009 31806, Urteil vom 03.03.2009 – 2 BvC 3/07 und 2 BvC 4/07)

Das Bundesverfassungsgericht hat in der vorliegenden Entscheidung über zwei Wahlprüfungsbeschwerden geurteilt, die sich gegen den Einsatz von rechnergesteuerten Wahlgeräten (sog. Wahlcomputer) bei der Bundestagswahl 2005 zum 16. Deutschen Bundestag richteten (vgl. Pressemitteilung Nr. 85/2008 vom 25. September 2008).

Der Einsatz von Wahlcomputern ist grundsätzlich zulässig, wenn die wesentlichen Schritte der Wahlhandlung und der Ergebnisermittlung vom Bürger **zuverlässig** und **ohne besondere Sachkenntnis** überprüft werden können.

*„Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl, der sich aus den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für Demokratie, Republik und Rechtsstaat ergibt, gebietet, dass **alle wesentlichen Schritte** der Wahl **öffentlich überprüfbar** sind, soweit nicht andere verfassungsrechtliche Belange eine Ausnahme rechtfertigen. Dabei kommt der **Kontrolle der Wahlhandlung und der Ermittlung des Wahlergebnisses** eine besondere Bedeutung zu. Der Einsatz von **Wahlgeräten**, die die **Stimmen** der Wähler **elektronisch erfassen** und das **Wahlergebnis elektronisch ermitteln**, genügt nur dann den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn die wesentlichen Schritte von Wahlhandlung und Ergebnisermittlung **zuverlässig** und **ohne besondere Sachkenntnis überprüft** werden können.“*

*Während bei der herkömmlichen Wahl mit Stimmzetteln Manipulationen oder Wahlfälschungen unter den Rahmenbedingungen der geltenden Vorschriften jedenfalls nur mit erheblichem Einsatz und einem präventiv wirkenden sehr hohen Entdeckungsrisiko möglich sind, sind **Programmierfehler in der Software** oder zielgerichtete Wahlfälschungen durch **Manipulation der Software** bei elektronischen Wahlgeräten nur **schwer erkennbar**. Die große Breitenwirkung möglicher Fehler an den Wahlgeräten oder gezielter Wahlfälschungen gebietet besondere Vorkehrungen zur Wahrung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wahl.*

***Einschränkungen der bürgerschaftlichen Kontrollierbarkeit** des Wahlvorgangs können nicht dadurch ausgeglichen werden, dass **Mustergeräte** im Rahmen des Verfahrens der Bauartzulassung oder die bei der Wahl konkret eingesetzten Wahlgeräte vor ihrem Einsatz von einer amtlichen Institution auf ihre Übereinstimmung mit bestimmten Sicherheitsanforderungen und auf ihre technische Unversehrtheit hin überprüft werden. Auch eine umfangreiche Gesamtheit sonstiger technischer und organisatorischer Sicherungsmaßnahmen ist allein **nicht geeignet, fehlende Kontrollierbarkeit der wesentlichen Schritte** des Wahlverfahrens durch die Bürger **zu kompensieren**. Denn die Kontrollierbarkeit der wesentlichen Schritte der Wahl fördert begründetes Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Wahl erst dadurch, dass die Bürger selbst den Wahlvorgang zuverlässig nachvollziehen können.“ (BVerfG, aaO)*

NdsGO  
§ 108

**Schutz gegen Kommunalwirtschaft  
Unterlassungsanspruch privater Unternehmer**

KommR

(OVG Lüneburg in NVwZ 2009, 258; Beschluss vom 14.08.2008 - 10 ME 280/08)

Im Zusammenhang mit der Errichtung einer Saunaaanlage als Erweiterung eines kommunalen Schwimmbades hat sich das OVG Lüneburg mit den Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Unterlassung der Bauarbeiten beschäftigt.

1. Es besteht schon kein Anordnungsgrund.

*„Es gibt **keinen Anhalt** dafür, dass durch den Bau der von der Beigel. geplanten Sauna die Wahrnehmung der Rechte der Ast. **vereitelt oder wesentlich erschwert** wird. **Allenfalls durch den Betrieb** einer Sauna seitens der Beigel. kommt die geltend gemachte Verletzung der Rechte der Ast. in Betracht. Erst mit **Aufnahme des Saunabetriebs** entsteht eine für die Ast. **erschwerter Konkurrenzsituation**, die gegebenenfalls zu den erwarteten Umsatzeinbußen führen könnte. Deshalb ist **nicht zu befürchten**, dass nach der **Errichtung der Sauna** die Ast. ihr **Rechtsschutzziel nur wesentlich erschwert** werden erreichen können.“*

*Für die in einem **Hauptsacheverfahren** zu beantwortende Frage, ob S. mit der **Errichtung** oder **wesentlichen Erweiterung** eines gemeindlichen Unternehmens **gegen § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO verstößt**, ist der Umstand, dass für dieses Unternehmen die **baulichen Anlagen bereits hergestellt** worden sind, **nicht entscheidungserheblich.**“ (OVG Lüneburg aaO)*

2. Auch ein Sicherungsanspruch fehlt, da das OVG Lüneburg den drittschützenden Charakter von § 108 GO verneint.

*„Es erscheint zweifelhaft, ob dieser Bestimmung drittschützende Wirkung zukommt. Das VG hat dies unter Bezugnahme auf die überwiegende Ansicht im Schrifttum zu § 108 NdsGO n.F. mit **beachtlichen Gründen**, auf die der Senat verweist, verneint. Zwar sind die inhaltlichen Voraussetzungen für die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung gemeindlicher Unternehmen verschärft worden. Allein daraus, dass die gesetzlichen Anforderungen angehoben worden sind, kann aber nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass sich die Zielrichtung der genannten Bestimmung maßgeblich geändert hat und ihr nunmehr auch eine drittschützende Wirkung zukommen soll.“*

Wäre beabsichtigt gewesen, mit der Gesetzesänderung nicht nur die inhaltlichen Anforderungen an die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden anzuheben, sondern zudem den privaten Konkurrenten zu ermöglichen, die Einhaltung dieser Bestimmung gerichtlich durchsetzen zu können, wäre zu erwarten gewesen, dass dies in den **Gesetzgebungsmaterialien zum Ausdruck** kommt. Dies ist aber **zu verneinen**. (wird ausgeführt)“

ZPO  
§§ 130, 130a

**Versendung von Schriftsätzen per E-Mail**  
**Fristwahrung nur nach § 130a ZPO**

ZPO

(BGH in MMR 2009, 99; Beschluss vom 04.12.2008 - IX ZB 41/08)

„Dass ein elektronisches Dokument die in § 130 ZPO vorausgesetzte Schriftform für vorbereitende und bestimmende Schriftsätze nicht wahrt, folgt bereits aus der **Systematik des Gesetzes**:

Die Vorschrift des § 130a ZPO wäre nicht erforderlich, wenn das elektronische Dokument bereits von § 130 ZPO erfasst würde. Die **elektronische Form** ist durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr v. 13.07.2001 (BGBl. I, S. 1542) ausdrücklich **als Option zur Schriftform' eingeführt** worden (so die amtl. Begr. BT-Drs. 14/4987, S. 12). § 130a I 1 ZPO ‚versteht das elektronische Dokument als modifizierte Schriftform' und sollte den Parteien erst die Möglichkeit eröffnen, Schriftsätze und Erklärungen ‚als elektronisches Dokument bei Gericht einzureichen' (BT-Drs. 14/4987, aaO).

Das elektronische Dokument ist eingereicht, sobald die für den Empfang bestimmte Einrichtung des Gerichts es aufgezeichnet hat (§ 130a III ZPO). Es wahrt jedoch nur dann die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform, wenn es für die **Bearbeitung durch das Gericht geeignet** ist (§ 130a I 1 ZPO).

Die **Landesregierungen** bestimmen für ihren Bereich durch Rechtsverordnung den Zeitpunkt, von dem an elektronische Dokumente bei den Gerichten eingereicht werden können, sowie die für die Bearbeitung der Dokumente geeignete Form (§ 130a II 1 ZPO). Die **niedersächsische Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr in der Justiz** (ERVVOJust) v. 08.07.2006 (Nds. GVBl. 2006, S. 247) betrifft nicht das Berufungsgericht. Als elektronisches Dokument war die E-Mail folglich nicht geeignet, die für eine Berufungsbegründung vorgeschriebene Schriftform zu wahren.“ (BGH aaO).

VwGO  
§ 80 V, VI

**Aussetzungsantrag an Behörde**  
**Nachholbarkeit im gerichtl. Verfahren**

ProzR

(VGH München in BayVBl. 2009, 116; Beschluss vom 09.06.2008 Az. 8 CS 08.1117)

Soweit die Zulässigkeit eines Antrags nach § 80 V VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 VI VwGO voraussetzt, dass zuvor ein **Aussetzungsantrag an die Behörde** gerichtet wird, kann dieser **im gerichtlichen Verfahren nachgeholt werden**.

Der **formulärmäßige Hinweis** der Behörde auf die Möglichkeit der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen ist **nicht ausreichend**, um ein **Drohen der Vollstreckung** nach § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO mit der Folge anzunehmen, dass ein vorheriger Aussetzungsantrag an die Behörde entbehrlich ist.

VV RVG  
Nr. 3104

**Anwaltshonorar**  
**vorzeitige Mandatskündigung**

RVG

(AG München in BRAK-Mitt. 2009, 21; Urteil vom 28.05.2008 – 222 C 30394/07)

Die **vorzeitige Beendigung des Auftrags bzw. Mandatsverhältnisses** ist **gebührenrechtlich ohne Einfluss auf bereits entstandene anwaltliche Gebühren**.

„Die von einem Anwalt übernommene Tätigkeit stellt, da sie auf einem besonderen Vertrauensverhältnis beruht, eine Dienstleistung höherer Art in Sinne des § 627 I BGB dar (BGH NJW 1985, 41).

Bei einem solchen Vertragsverhältnis ist eine **Kündigung für beide Vertragsparteien ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist jederzeit möglich**, § 627 I BGB.

Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen schlechter Erfüllung des Anwaltsvertrages oder eine Ersatzpflicht nach § 627 II 2 BGB wurden vom Bkl. nicht schlüssig vorgetragen: Zwar musste der Bkl. [nach der Beendigung des Mandatsverhältnisses] einen anderen Anwalt beauftragen, an den er erneut eine Prozessgebühr zu leisten hatte. Für diesen Schaden hat der Kl. jedoch nicht einzustehen. Entgegen der Auffassung des Bkl. wurde die Kündigung nicht zur Unzeit ausgesprochen. Der Kl. hat den Termin vor dem LG wahrgenommen und trotz bereits vorher bestehender Meinungsverschiedenheiten erst nach der Wahrnehmung des Termins niedergelegt. Fristversäumnisse drohten nicht.

Der Kl. hat daher gegen den Bkl. einen Anspruch auf Bezahlung des Anwaltshonorars.“ (AG München aaO).



