



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

36. Jahrg.

März 2011

Heft 03

Aus dem Inhalt:

- OLG Nürnberg:** Sittenwidrigkeit bei krasser finanzieller Überforderung
- BGH:** Formularmäßiger Ausschluss mietvertraglicher Kündigung
- BGH:** Tatbestandsvoraussetzungen des schweren Raubes
- BVerwG:** Voraussetzungen für Erlass einer Veränderungssperre
- OLG Frankfurt:** Meistbegünstigungsprinzip bei fehlerhaftem 2. Versäumnisurteil
- OLG Düsseldorf:** Verwertungsverbot bei Beweismittel aus Datendiebstahl
- BFG:** Nachträglich erkannter Verstoß gegen Unionsrecht



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

Bezugspreis: vierteljährlich 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Änderungen der Berufsordnung der Rechtsanwälte.....	1
---	---

Brandaktuell

BVerfG: Versammlungs- und Meinungsfreiheit an Flughäfen (Grundrechtsbindung bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen).....	3
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

OLG Nürnberg: Sittenwidrigkeit eines Darlehensvertrages (krasse finanzielle Überforderung der mithaftenden Ehefrau).....	4
BGH: Formalmäßiger Ausschluss mietvertraglicher Kündigung (Unwirksamkeit bei Zeitraum über 4 Jahre).....	8

Strafrecht

BGH: kriminelle Vereinigung (inländische Teilgruppe der PKK).....	11
BGH: schwerer Raub (Tatbestandsvoraussetzungen)	15

öffentl. Recht

BVerwG: Voraussetzungen für Erlass einer Veränderungssperre (Anforderungen an Maß der Planungskonkretisierung)	18
OVG Bremen: Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit (Missbrauch eines Ladenlokals zum Drogenhandel).....	22

Kurzauslese I

BGH: Farbvorgabeklauseln (Wirksamkeit).....	27
BGH: Mietminderung (jahreszeitabhängige Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit).....	27
BGH: Insolvenzanfechtung (Geldstrafe).....	27
BGH: Verdeckungsmord (Verdeckungsabsicht).....	29
OLG Stuttgart: Diebstahl (Personalausweis als taugliches Tatobjekt).....	29
BGH: Wohnungseinbruchdiebstahl (Begriff des Einsteigens).....	29
AG Sonthofen: Mobiltelefon (Walkie-Talkie).....	29
LG Magdeburg: Amtshaftung (kein Schadensersatz wegen Streusalz-Schäden).....	31
BVerwG: disziplinarrechtliche Maßnahme (außerdienstlicher Besitz kinderpornografischer Schriften).....	31
BVerfG: Rauchverbot (gilt auch für Wasserpfeifen).....	33

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	Anspruchsindividualisierung im Mahnbescheid („Schadensersatz aus Mietvertrag).....	35
OLG Frankfurt: a.M.	Rechtsmittel gegen zweites Versäumnisurteil (Meistbegünstigungsprinzip bei Fehlen der Voraussetzungen).....	38

Strafrecht

LG Düsseldorf:	Verwertungsverbot (Beweismittel aus Datendiebstahl).....	42
----------------	---	----

öffentl. Recht

VGH München:	Klage der Gemeinde gegen Widerspruchsbescheid (Rechtsschutz im Baugenehmigungsverfahren).....	45
BFH:	Nachträglich anerkannter Verstoß gegen Unionsrecht (keine Durchbrechung der Bestandskraft).....	49

Kurzauslese II

BGH:	Wiedereinsetzungsantrag (Vervollständigung ergänzungsbedürftiger Angaben nach Fristablauf)	53
OLG München:	Scheinurteil (Zustellung eines nicht verkündeten Urteils).....	53
BGH:	Bezeichnung des Rechtsmittelgegners (notwendige Angaben bei Streitgenossen).....	53
BGH:	Kronzeugenregelung (Opfer einer Katalogtat).....	55
OLG Stuttgart:	Wiedereinsetzungsantrag (Verteidiger hat keine Entscheidungsabschrift erhalten).....	57
BGH:	Verstoß gegen Belehrungspflicht (fehlende Angabe der Strafuntergrenze).....	57
BVerwG:	Überraschungsentscheidung (gerichtliche Hinweispflicht).....	57
OVG Münster:	Verwirkung (prozessuales Klagerecht).....	59
VGH Mannheim:	Beschwerdeverfahren (Zulässigkeit der Antragsweiterung).....	59

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

OLG Celle:	Gebührenanspruch (wiederaufgenommenes Versorgungsausgleichsverfahren).....	48
OLG Düsseldorf:	Entpflichtung eines Pflichtverteidigers (wegen Untätigkeit).....	48
OLG Oldenburg:	Geschäftsgebühr (Abgeltung durch Prozessvergleich).....	48
OLG Karlsruhe :	Einigungsgebühr (Verzicht auf Durchführung des Versorgungsausgleichs).....	48
KG:	Einigungsgebühr (Verzicht auf Durchführung des Versorgungsausgleichs).....	49

Inhaltsverzeichnis

BGH:	Terminsgebühr (nicht durchgeführte Berufungsverhandlung).....	49
BGH:	Verfahrensgebühr für Mahnverfahren (Anrechnung auf Gebühr im Erkenntnisverfahren).....	50
FG München:	Einspruchsverfahren (keine Erstattung von Rechtsanwaltskosten).....	50
VG Berlin-Bbg.:	Prozesskostenhilfeantrag (Anspruch auf Beordnung eines Rechtsanwalts).....	51
OLG Stuttgart:	Beordnung eines Rechtsanwalts (Vollstreckung von Unterhaltsansprüchen).....	52
Aus der Praxis		
LG Berlin:	unzulässige Werbung („Experten-Kanzlei“).....	54
LG Nürnberg:	Wettbewerbsverstoß (unterlassene Pflichtangaben nach dem Telemediengesetz).....	55
BGH:	Vertretung im Berufungsverfahren (kein neuer Fall i.S.d. § 5 I FAO).....	56
OLG Düsseldorf:	„Schlüsselgewalt“ (Beauftragung eines Rechtsanwalts zur Abwehr einer Räumungsklage).....	56
BVerfG:	Unterhaltsberechnung nach „Dreiteilungsmethode“ (verfassungswidrig).....	57
OLG Köln:	Anspruch auf PKH-Bewilligung (Mutwilligkeit bei unterlassener Stellungnahme im PKH-Prüfungsverfahren).....	57
BGH:	Wiedereinsetzungsantrag (Fristversäumung wegen Mittellosigkeit).....	57
OLG Karlsruhe:	Vergleichsabschluss im schriftl. Verfahren (erforderliche Parteierklärungen).....	58
Steuern		
BFH:	Leiharbeitnehmer (keine regelmäßige Arbeitsstätte).....	59
BFH:	Grundstückstausch als Anschaffung (Steuerpflicht).....	60
FG Köln:	Wahl der Veranlagungsart (rechtzeitiger Widerruf der Erklärung).....	60
BFH:	Handwerkerleistungen (Steuerermäßigung bei Zusammenveranlagung von Ehegatten).....	60
OLG Frankfurt a.M.:	Steuerberaterhaftung (Verpflichtung zum Hinweis auf eigene Haftung und Verjährungsfristen).....	60
BGH:	Steuerberaterhaftung (Verjährungsbeginn).....	60
Weitere Schriftumsnachweise		62
Mandantenbrief		65

Aus der Gesetzgebung

Änderungen der Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA)

I. Allgemeines

Zum **01.03.2011** sind Änderungen der §§ 8, 9 u. 32 III BORA in Kraft getreten, die von der Satzungsversammlung der BRAK am 25. und 26.06.2010 beschlossen worden sind.

Bei einer **Zusammenarbeit** des Rechtsanwalts mit anderen Personen muss zukünftig anhand der Berufe der Partner entschieden werden, in welcher Weise eine Zusammenarbeit mit diesen Partnern erlaubt ist. Sollen Partner beteiligt werden, die andere Berufe haben, ist zusätzlich deren Berufsrecht zu beachten.

Als wesentliche Zusammenarbeitsformen für Anwälte untereinander oder bei der Zusammenarbeit mit sog. „**sozietätsfähigen Personen**“ i.S.v. § 59a I BRAO kommen **Sozietät, Bürogemeinschaft, Rechtsanwalts-GmbH** (vgl. §§ 59c-m BRAO) und **Partnerschaftsgesellschaft** (vgl. dazu das PartGG) in Frage. Daneben besteht die Möglichkeit, nach § 8 BORA Kooperationen einzugehen und auf die berufliche Zusammenarbeit in der Form der "**Kooperation**" hinzuweisen. Unter Verwendung dieses Begriffs (und nur dieses) dürfen Personen genannt werden, die **nicht sozietätsfähig** i. S. d. § 59a I 1 BRAO sind (z.B. Ärzte, Bauingenieure, Kfz-Sachverständige etc.). Dies hat der BGH bestätigt (BGH NJW 2005, 2692).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass bei Nennung von Kooperationspartnern in anderen Städten nicht der Eindruck einer überörtlichen Sozietät vermittelt werden darf. Dieses "**Vortäuschen von Größe**" hat nicht nur haftungsrechtliche Folgen, sondern kann auch "unsachlich" i. S. d. § 6 I BORA, § 43b BRAO sein (vgl. BGH BRAK-Mitt. 2003, 31).

Anders als auf die "Kooperation" darf auf die "**Bürogemeinschaft**" gem. § 8 S.1 BRAO nur hingewiesen werden, wenn sie **mit sozietätsfähigen Personen** besteht. Da sie begrifflich eine gemeinsame Nutzung von Betriebsmitteln in einem "Büro" voraussetzt (Hartung / Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, Vor § 59a BRAO, Rn 155), wird der Hinweis auf eine "überörtliche Bürogemeinschaft" für irreführend gehalten.

Die **Beendigung beruflicher Zusammenarbeit** ist schließlich in § 32 BORA geregelt.

II. Der Wortlaut der Neuregelungen

1. § 8 BORA

- zurzeit noch aktuelle Fassung:

Kundgabe beruflicher Zusammenarbeit

Auf eine berufliche Zusammenarbeit darf nur hingewiesen werden, wenn sie in einer Sozietät, in sonstiger Weise (Anstellungsverhältnis, freie Mitarbeit) mit sozietätsfähigen Personen im Sinne des § 59a Bundesrechtsanwaltsordnung oder in einer auf Dauer angelegten und durch tatsächliche Ausübung verfestigten Kooperation erfolgt. Zulässig ist auch der Hinweis auf die Mitgliedschaft in einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung.

- ab dem 01.03.2011 geltende Fassung:

Kundgabe gemeinschaftlicher Berufsausübung und anderer beruflicher Zusammenarbeit

Auf eine Verbindung zur gemeinschaftlichen Berufsausübung darf nur hingewiesen werden, wenn sie in Sozietät oder in sonstiger Weise mit den in § 59a BRAO genannten Berufsträgern erfolgt. Die Kundgabe jeder anderen Form der beruflichen

Zusammenarbeit ist zulässig, sofern nicht der Eindruck einer gemeinschaftlichen Berufsausübung erweckt wird.

2. § 32 BORA Beendigung einer beruflichen Zusammenarbeit

- (1) Bei Auflösung einer Sozietät haben die Sozien mangels anderer vertraglicher Regelung jeden Mandanten darüber zu befragen, wer künftig seine laufenden Sachen bearbeiten soll. Wenn sich die bisherigen Sozien über die Art der Befragung nicht einigen, hat die Befragung in einem gemeinsamen Rundschreiben zu erfolgen. Kommt eine Verständigung der bisherigen Sozien über ein solches Rundschreiben nicht zustande, darf jeder der bisherigen Sozien einseitig die Entscheidung der Mandanten einholen. Der ausscheidende Sozium darf am bisherigen Kanzleisitz einen Hinweis auf seinen Umzug für ein Jahr anbringen. Der verbleibende Sozium hat während dieser Zeit auf Anfrage die neue Kanzleiadresse, Telefon- und Faxnummern des ausgeschiedenen Soziums bekannt zu geben.
- (2) Für den Fall des Ausscheidens eines Soziums aus der Sozietät gilt Abs. 1 hinsichtlich derjenigen Auftraggeber, mit deren laufenden Sachen der ausscheidende Sozium zum Zeitpunkt seines Ausscheidens befasst oder für die er vor seinem Ausscheiden regelmäßig tätig war. Sein Recht, das Ausscheiden aus der Sozietät allen Mandanten bekannt zu geben, bleibt unberührt.
 - zurzeit noch aktuelle Fassung:
 - (3) Die Vorschrift des Abs. 2 gilt entsprechend für die Beendigung einer beruflichen Zusammenarbeit in sonstiger Weise, wenn diese nach außen als Sozietät hervorgetreten ist.
 - ab dem 01.03.2011 geltende Fassung:
 - (3) Abs. 1 und 2 gelten entsprechend für die Beendigung einer beruflichen Zusammenarbeit in sonstiger Weise, wenn diese nach außen als Sozietät hervorgetreten ist.

3. § 33 BORA Geltung der Berufsordnung bei beruflicher Zusammenarbeit

- (1) Soweit Vorschriften dieser Berufsordnung Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts im Hinblick auf die Sozietät als Form der beruflichen Zusammenarbeit vorsehen, gelten sie sinngemäß für alle anderen Rechtsformen der beruflichen Zusammenarbeit.
- (2) Bei beruflicher Zusammenarbeit gleich in welcher Form hat jeder Rechtsanwalt zu gewährleisten, dass die Regeln dieser Berufsordnung auch von der Organisation eingehalten werden.

Brandaktuell

GG

Versammlungs- und Meinungsfreiheit an Flughäfen Grundrechtsbindung bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen

GG

Art. 8

(BVerfG in Pressemitteilung Nr. 18/2011 vom 22.02.2011;
Urteil vom 22.02.2011 - 1 BvR 699/06)

Fall: Der Flughafen Frankfurt am Main wird von der Fraport Aktiengesellschaft (Fraport AG) betrieben. Ihre Anteile stehen mehrheitlich im Eigentum der öffentlichen Hand. Der Flughafen umfasst neben der für die Abwicklung des Flugverkehrs bestimmten Infrastruktur zahlreiche Einrichtungen zu Zwecken des Konsums und der Freizeitgestaltung, die der Öffentlichkeit allgemein zugänglich sind.

Die Beschwerdeführerin ist Mitglied einer „Initiative gegen Abschiebungen“, die sich gegen die Abschiebung von Ausländern unter Mitwirkung privater Fluggesellschaften wendet. Nach dem Verteilen von Flugblättern erteilte ihr die Fraport AG ein „Flughafenverbot“ mit dem Hinweis, dass gegen sie ein Strafantrag wegen Hausfriedensbruchs erstattet werde, sobald sie erneut „unberechtigt“ auf dem Flughafen angetroffen werde. Die von der Beschwerdeführerin vor den Zivilgerichten gegen die Fraport AG erhobene Klage auf Feststellung, dass das erteilte Demonstrations- und Meinungskundgabeverbot für das Gelände des Flughafens Frankfurt rechtswidrig sei, blieb in allen Instanzen ohne Erfolg. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin - unter anderem - eine Verletzung ihrer Grundrechte der Meinungsfreiheit und der Versammlungsfreiheit durch die angegriffenen zivilgerichtlichen Entscheidungen.

I. Grundrechtsbindung der Fraport AG

Die Fraport AG ist gegenüber der Beschwerdeführerin unmittelbar an die Grundrechte gebunden.

„Die **Nutzung zivilrechtlicher Formen** enthebt die staatliche Gewalt nicht von ihrer Bindung an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG. **Von der öffentlichen Hand beherrschte gemischtwirtschaftliche Unternehmen** unterliegen ebenso wie im Alleineigentum des Staates stehende öffentliche Unternehmen, die in den Formen des Privatrechts organisiert sind, einer **unmittelbaren Grundrechtsbindung**.“ (BVerfG aaO)

II. Verletzung von Art 8 I GG

Die Beschwerdeführerin ist in ihrer Versammlungsfreiheit verletzt.

1. Eingriff in den Schutzbereich

„Die **Versammlungsfreiheit** gewährleistet den Grundrechtsträgern unter anderem das Recht, über den Ort der Veranstaltung frei zu bestimmen. Sie verschafft ihnen damit allerdings kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten. Allerdings ist die Versammlungsfreiheit auch nicht auf den öffentlichen Straßenraum begrenzt. Vielmehr verbürgt sie die Durchführung von Versammlungen auch an anderen Orten, wo ein **öffentliches Unternehmen einen allgemeinen öffentlichen Verkehr eröffnet hat**. Dies gilt unabhängig davon, ob die Flächen sich in eigenen Anlagen befinden oder in Verbindung mit Infrastruktureinrichtungen stehen, überdacht oder im Freien angesiedelt sind. Die von der Beschwerdeführerin beabsichtigten Zusammenkünfte fallen in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit, da sie auch Bereiche des Frankfurter Flughafens betreffen, die als Orte allgemeinen kommunikativen Verkehrs ausgestaltet sind.“ (BVerfG aaO)

2. Rechtfertigung

„Der Eingriff ist **nicht gerechtfertigt**, weil das von den Zivilgerichten bestätigte Verbot **unverhältnismäßig** ist. Grundsätzlich können die zivilrechtlichen Befugnisse nicht so ausgelegt werden, dass sie über die den Versammlungsbehörden verfassungsrechtlich gesetzten Grenzen hinausreichen. Danach kommt die **Untersagung einer Versammlung** nur dann in Betracht, wenn eine unmittelbare, aus erkennbaren Umständen herleitbare **Gefahr** für mit der Versammlungsfreiheit **gleichwertige, elementare Rechtsgüter** vorliegt. Das vorliegende Verbot untersagt der Beschwerdeführerin jedoch **ohne konkrete Gefahrenprognose** auf unbegrenzte Zeit die Durchführung jeglicher Versammlungen in allen Bereichen des Flughafens, sofern diese nicht vorher nach Maßgabe einer grundsätzlich freien Entscheidung von der Fraport AG erlaubt werden. Dies ist mit der Versammlungsfreiheit nicht vereinbar.“ (BVerfG aaO)

III. Verletzung von Art. 5 I GG

Das BVerfG hat ebenfalls eine Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit festgestellt, da die Beschwerdeführerin auch allein keine Flugblätter zur Meinungskundgabe verteilen darf.

„Auch die Meinungsäußerungsfreiheit ist dem Bürger allerdings nur dort gewährleistet, wo er tatsächlich Zugang findet. Anders als im Fall des Art. 8 Abs. 1 GG ist dabei die **Meinungskundgabe** aber schon ihrem **Schutzbereich** nach **weiter** und nicht auf öffentliche, der Kommunikation dienende Foren begrenzt. Denn im Gegensatz zur kollektiv ausgeübten Versammlungsfreiheit impliziert die Ausübung der Meinungsfreiheit als Recht des Einzelnen in der Regel keinen besonderen Raumbedarf und eröffnet auch nicht einen eigenen Verkehr, der typischerweise mit Belästigungen verbunden ist. Als Individualrecht steht sie dem Bürger vom Grundsatz her überall dort zu, wo er sich jeweils befindet. Das von den Zivilgerichten bestätigte Verbot, das der Beschwerdeführerin untersagt, ohne die vorab einzuholende Erlaubnis der Fraport AG im Flughafen Flugblätter zu verteilen, ist unverhältnismäßig.“ (BVerfG aaO)

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 138

Sittenwidrigkeit eines Darlehensvertrages krasse finanzielle Überforderung mithaftender Ehefrau (OLG Nürnberg NJW-RR 2011, 265; Urteil vom 21.09.2010 – 14 U 892/09)

BGB

1. Der mithaftende Ehegatte wird nur selbst Vertragspartei, wenn ein Eigeninteresse an der Darlehensauszahlung hat.
2. Das Eigeninteresse fehlt nicht nur bei Betriebsmittelkredite, sondern kann auch fehlen, wenn es sich um ein Verbraucherdarlehen des Ehegatten für eigene Zwecke handelt.
3. Von der Sittenwidrigkeit einer Mithaftungsübernahme ist dann auszugehen, wenn eine **krasse finanzielle** Überforderung vorliegt, von einem **nicht ganz geringfügigen Bankkredit** auszugehen ist und die Bank die **emotionaler Verbundenheit** mit dem Hauptschuldner **in sittlich anstößiger Weise** ausgenutzt hat.
4. Eine krasse Überforderung liegt vor, wenn der Betroffene **voraussichtlich nicht einmal die laufenden Zinsen der Hauptschuld** aufzubringen vermag.
5. Zahlungen, die der Mithaftende bei nur teilweiser Unwirksamkeit der Darlehensrückzahlungsverpflichtung an den Darlehensgläubiger leistet, sind auf seine eigene (teilwirksame) Darlehensschuld anzurechnen. § 366 BGB findet insoweit keine Anwendung.

Fall: Die Kl. macht gegen die Bekl. einen Darlehensrückzahlungsanspruch geltend. Am 28.06.2002 schlossen die Bekl. und deren damaliger Ehemann mit der Kl. einen Darlehensvertrag über einen Nettokreditbetrag von 21.200 Euro sowie einen Restschuldversicherungsvertrag bei der D über 21.200 Euro mit einem Beitrag von 670,30 Euro ab. Die Laufzeit des Darlehens betrug 72 Monate, der Zinssatz fest 11,5%. Hinzu kamen Bearbeitungskosten in Höhe von 424 Euro, so dass sich ein effektiver Zinssatz von 12,72% ergab. Die vereinbarte Zins- und Tilgungsrate betrug monatlich 414,86 Euro, zahlbar erstmals am 18.07.2002. Ebenfalls am 28.06.2002 unterzeichneten die Bekl. und deren damaliger Ehemann einen Überweisungsauftrag, wonach der Kreditbetrag in Höhe von 670,30 Euro an die D, in Höhe von 12.888,33 Euro auf das Konto Nr. 2 des damaligen Ehemanns der Bekl. zur Ablösung eines von diesem aufgenommenen Darlehens vom 15.10.2001 und in Höhe von 7.646,37 Euro auf das gemeinsame Konto Nr. 9 der Kl. und ihres damaligen Ehemannes transferiert wurden. Von diesem letzten Teilbetrag wurden rund 6.000 Euro zur Ablösung einer eigenen Kreditverbindlichkeit der Bekl. verwendet. Die Bekl. bezog im Zeitpunkt der Darlehenaufnahme gemäß der von ihr abgegebenen Selbstauskunft vom 28.06.2002 ein Nettoeinkommen von 1.000 Euro. Zunächst entrichtete der damalige Ehemann der Bekl. die monatlichen Raten. Nachdem sich die Eheleute getrennt hatten, zahlte die Bekl. allein ab dem Jahr 2004 die monatlichen Raten weiter, zunächst in voller, ab 18.09.2004 in reduzierter Höhe, so dass bis zur Einstellung der Zahlungen Ende des Jahres 2006 insgesamt 9.991,58 Euro von der Bekl. geleistet wurden. Da weitere Zahlungen trotz entsprechenden Zahlungsaufforderungen ausblieben, kündigte die Kl. den Darlehensvertrag mit Schreiben vom 02.07.2007 mit Wirkung zum 16.07.2007 und forderte die Bekl. auf, die ausstehende Restschuld von 12.626,32 Euro zu begleichen. Zu Recht?

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens gem. § 488 BGB haben, nachdem gem. § 498 BGB die Gesamtfälligkeit erfolgt ist.

I. Mitdarlehensnehmerin oder Mithaftungsübernehmerin

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Kl. überhaupt Vertragspartei des Darlehensvertrages ist oder lediglich einseitig eine Mithaftung übernommen hat.

*„Die rechtliche Qualifizierung der von der Bekl. mit Vertrag vom 28.06.2002 übernommenen Verpflichtung als **eigene Darlehensschuld** oder als **reine Mithaftung** hängt davon ab, ob die Bekl. nach dem maßgeblichen Willen der Bet. als gleichberechtigte Vertragspartnerin neben ihrem damaligen Ehemann einen Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta haben und im Gegenzug gleichgründig zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet sein sollte, oder aber ob sie **ausschließlich zu Sicherungszwecken** mithafteten und damit eine sie einseitig belastende Verpflichtung übernehmen sollte. Zu den bei der Ermittlung des wirklichen Parteiwillens zu beachtenden Auslegungsgrundsätzen gehören insbesondere die Maßgeblichkeit des Vertragswortlauts als Ausgangspunkt jeder **Auslegung** und die **Berücksichtigung der Interessenlage der Vertragspartner** (BGH, NJW 2009, 1494 Rn 13 m.w.N.).“* (OLG Nürnberg aaO)

Es kommt daher auf eine Auslegung des Vertrages an. In dem Vertrag ist die Bekl. als 2. Kreditnehmerin bezeichnet, so dass der Wortlaut des vorformulierten Darlehensvertrages für einen gesamtschuldnerischen Vertragsschluss spricht.

„Dem Wortlaut ist aber angesichts der **Stärke der Verhandlungsposition der kreditgewährenden Bank** und der allgemein **üblichen Verwendung von Vertragsformularen** grundsätzlich weniger Bedeutung beizumessen als sonst (BGH, NJW 2009, 1494 Rn 14 m.w.N.; BGH, NJW 2009, 2671 Rn 15). Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH ist als **echter Mitdarlehensnehmer** daher ungeachtet der konkreten Vertragsbezeichnung in aller Regel nur derjenige anzusehen, der für den Darlehensgeber erkennbar ein **eigenes sachliches und/oder persönliches Interesse an der Kreditaufnahme** hat sowie **im Wesentlichen gleichberechtigt** über die Auszahlung bzw. Verwendung der Darlehensvaluta mitentscheiden darf (BGH, NJW 2009, 1494 Rn 14; BGH, NJW 2009, 2671 Rn 15 jeweils m.w.N.).“ (OLG Nürnberg aaO)

Fraglich ist daher, ob die Bekl. ein eigenes sachliches und/oder persönliches Interesse an der Kreditaufnahme hatte. Dies ist hinsichtlich des Darlehensteilbetrags in Höhe von 7.646,37 Euro anzunehmen, da dieser Betrag auf das gemeinsame Konto der Eheleute überwiesen und hiervon eine eigene Kreditverbindlichkeit der Bekl. in Höhe von 6.000 Euro abgelöst wurde.

„Ein **eigenes Interesse** der Bekl. an der Darlehensgewährung **fehlt** jedoch hinsichtlich des Darlehensteilbetrags von **12.888,33 Euro**, der zur Rückführung eines vom Ehemann allein aufgenommenen Altkredits verwendet wurde. Dieser **Verwendungszweck war der Kl.** beim Abschluss des Darlehensvertrags **bekannt**, da sie selbst Darlehensgläubigerin dieses Altkredits war und die entsprechende Überweisung mit dem Verwendungszweck „Eigenablösung“ am selben Tag vorgenommen wurde. Die Bekl. hat vorgetragen, dass es sich hierbei um einen **aus der Zeit vor der Eheschließung herrührenden Darlehensbetrag** handele, den der Ehemann zu seiner eigenen Lebensführung verwendet habe. Damit hat sie ihrer sekundären Darlegungslast entsprochen (vgl. zum Ganzen BGH, NJW 2009, 1494 Rn 13–18). Dieser Sachvortrag ist insoweit eindeutig, als es sich eben **nicht um Kosten der gemeinsamen Lebensführung** gehandelt habe, sondern um solche der eigenen Lebensführung des Ehemannes. Für das **fehlende Eigeninteresse** des einen Ehegatten hinsichtlich des dem anderen Ehegatten zukommenden Darlehensteilbetrags ist es auch nicht entscheidend, ob es sich um einen Kredit handelt, den Letzterer **zur eigenen Lebensführung oder zur Finanzierung seines Unternehmens** verwendet hat [wird ausgeführt m.w.N.].“ (OLG Nürnberg aaO)

Die Kl. ist also nur hinsichtlich des Teilbetrages von 7.646,37 Euro Mitdarlehensnehmerin geworden, bezüglich des Restbetrages ist von einer Mithaftungsübernahme auszugehen.

II. Wirksamkeit der Mithaftungsübernahme

Die Mithaftungsübernahme könnte jedoch wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB nichtig sein. Von der Sittenwidrigkeit einer Mithaftungsübernahme ist dann auszugehen, wenn eine krasse finanzielle Überforderung vorliegt, von einem nicht ganz geringfügigen Bankkredit auszugehen ist und die Bank die emotionale Verbundenheit mit dem Hauptschuldner in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.

1. krasse finanzielle Überforderung

a) Berechnungsmaßstab

Zunächst ist festzulegen, ob es bei der Prüfung einer krassen finanziellen Überforderung nur auf den Nominalbetrag oder auch auf die anfallenden Zinsen ankommt.

„Bei der Untersuchung, ob eine **krasse Überforderung** vorliegt, bestimmt sich der Verpflichtungsumfang, dem die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Mithaftenden gegenüber zu stellen ist, nicht nur nach dem Nominalwert der mit übernommenen Hauptschuld, sondern nach der gesamten, **den Mitschuldner treffenden Belastung**. Da ein Schuldbeitritt die vom Kreditnehmer geschuldeten Zinsen ohne Weiteres mit umfasst, kann eine Grenze für das Vorliegen einer krassen finanziellen Überforderung nicht ohne **Berücksichtigung anfallender Zinsen** festgelegt werden (Gundlach, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Hdb., 3. Aufl., § 82 Rn 101 unter Hinweis auf BGHZ 135, 64 = NJW 1997, 1773; BGH, NJW 1999, 2584).“ (OLG Nürnberg aaO)

b) Maßstab für krasse finanzielle Überforderung

Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine krasse finanzielle Überforderung des mitverpflichteten Ehepartners oder eines nahen Angehörigen grundsätzlich erst dann zu bejahen, wenn der Betroffene voraussichtlich nicht einmal die laufenden Zinsen der Hauptschuld aufzubringen vermag. Anderweitige Sicherheiten des Gläubigers sind nur zu berücksichtigen, soweit sie das Haftungsrisiko des Mitverpflichteten auf ein rechtlich vertretbares Maß beschränken (vgl. BGH NJW 2001, 815; BGH NJOZ 2003, 1044).

„In diesem Fall ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung ohne Hinzutreten weiterer Umstände **widerleglich zu vermuten**, dass der dem Hauptschuldner persönlich besonders nahe stehende Bürge bzw. Mithaftende die ihn vielleicht bis an das Lebensende übermäßig finanziell belastende Personalsicherheit **allein aus emotionaler Verbundenheit** mit dem Hauptschuldner gestellt und der Kreditgeber dies **in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt** hat (vgl. BGH NJW 2009, 2671 Rn 18; BGHZ 146, 37 = NJW 2001, 815 m.w.N.). Der Grund dafür, ein krasses Missverhältnis „jedenfalls“ dann anzunehmen,

wenn noch nicht einmal die Zinsen ganz aufgebracht werden können, liegt darin, dass – bei Eintritt des Sicherungsfalls – die Bürgschaftsverpflichtung zu einer **ausweglosen lebenslangen Überschuldung** führt, da die Hauptforderung nicht getilgt wird und die Zinsforderung immer weiter anwächst (OLG Köln, ZIP 2002, 844 = BeckRS 2009, 4345; OLG Saarbrücken, OLG-Report 2008, 894 = BeckRS 2008, 20364; jeweils im Anschluss an Noppel/Kirchhof, BKR 2001, 5 [8]). Denn nach der Wertung des § 138 BGB ist es – so der BGH – den **Kreditinstituten grundsätzlich untersagt, eine erkennbar finanziell überforderte Person** über eine Mithaftungsabrede mit dem unternehmerischen Risiko ihres Ehepartners zu belasten und sie damit möglicherweise **bis an ihr Lebensende zu ruinieren** (BGH NJW 2005, 973; ähnlich BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36). Sinn der genannten Rechtsprechung ist es somit, den Mithaftenden vor einer lebenslangen Überschuldung zu schützen (OLG Düsseldorf, FamRZ 2007, 818 = BeckRS 2007, 9053).“ (OLG Nürnberg aaO)

Bei der Prüfung der krassen finanziellen Überforderung ist somit zunächst darauf abzustellen, ob die Bekl. mit ihren **monatlichen Einnahmen** die in den Monatsraten enthaltenen **Zinsen aufbringen** konnte.

„Bei der hier vorzunehmenden Beurteilung werden in der Rechtsprechung des BGH die **auf das Gesamtdarlehen entfallenden Zinsen** herangezogen und nicht lediglich der Zinsanteil, der auf den Darlehenbetrag fällt, für den nur eine Mithaftung und keine echte Mitdarlehensnehmerschaft besteht (vgl. BGHZ 146, 37 = NJW 2001, 815). Somit ist nicht etwa derjenige Zinsanteil abzuziehen, der den im wirtschaftlichen Eigeninteresse aufgenommenen und deshalb teilwirksamen Darlehensteil betrifft. Dies ist auch konsequent. Denn letztlich kommt es darauf an, ob die Mithaftende **neben ihren sonstigen** gegenüber der betreffenden Gläubigerbank **bestehenden Verpflichtungen** (das sind diejenige aus der Mitdarlehensnehmerschaft) auch noch die **Zinszahlungsverpflichtungen erfüllen** kann, die **aus der bloßen Mithaftung resultieren**.“ (OLG Nürnberg aaO)

c) Anwendung auf den Fall

Die Beklagte war angesichts ihres Einkommens nicht in der Lage, auch nur die Zinslast zu tragen. Der auf die monatliche Rate von 414,86 Euro entfallende Zinsanteil betrug anfänglich 203,17 Euro. Die Bekl. bezog im Zeitpunkt der Darlehenaufnahme gemäß der von ihr abgegebenen Selbstauskunft vom 28.06.2002 ein Nettoeinkommen von 1.000 Euro. Der pfändbare Betrag (ohne Unterhaltspflichten) bei einem monatlichen Nettoeinkommen von 1.000 bis 1.009 Euro belief sich im Jahr 2002 auf 49 Euro (vgl. Pfändungsfreigrenzenbekanntmachung, Anl. zu § 850 c ZPO). Die Bekl. war somit nicht in der Lage, die monatlichen Zinsen von anfänglich 203 Euro aus dem über der Pfändungsfreigrenze liegenden Einkommen zu bestreiten.

2. kein ganz geringfügiger Bankkredit

Nach der Rechtsprechung des BGH ist weiter Voraussetzung für die Sittenwidrigkeit der Mithaftung, dass es sich nicht lediglich um einen ganz geringfügigen Bankkredit handelt.

„Bis zu welchem Schuldbetrag Geringfügigkeit in diesem Sinne vorliegt, hat der XI. Zivilsenat bisher nicht entschieden. In allen von ihm entschiedenen Fällen, in denen der Mithaftende nicht in der Lage war, die Zinslast aus dem pfändbaren Teil seines laufenden Einkommens und Vermögens dauerhaft allein zu tragen, nahm der BGH eine **krasse finanzielle Überforderung** an (vgl. etwa BGHZ 146, 37 = NJW 2001, 815; BGH, NJW 2002, 2634; BGH, NJW 2009, 2671 Rn 18).

Ähnlich wie der XI. Zivilsenat nahm der früher für das Bürgschaftsrecht zuständige IX. Zivilsenat des BGH an, dass eine **krasse Überforderung** dann in Betracht komme, wenn der **Nominalbetrag des Darlehens so hoch** ist, dass **bereits bei Vertragsschluss nicht zu erwarten** ist, der Bürge werde – wenn sich das Risiko verwirklicht – die **Forderung des Gläubigers wenigstens zu wesentlichen Teilen tilgen können**. Davon sei bei nicht ganz geringfügigen Hauptschulden jedenfalls dann auszugehen, wenn er voraussichtlich nicht einmal die laufenden Zinsen der Hauptschuld aufzubringen vermag (BGH, NJW 2000, 1182 m.w.N.; so auch OLG Frankfurt a. M., NJW 2004, 2392; Fischer, WM 2001, 1049 [1057]).

Das vorliegende Verfahren bietet **keine Veranlassung, einen festen Betrag zu bestimmen**. Aus der **Rechtsprechung des BGH lässt sich gerade nicht ableiten**, dass Bankschulden von 20.000 DM (oder rund **10 000 Euro**) **noch als geringfügig anzusehen** wären (vgl. BGH, Beschl. v. 6. 4. 2000 – Az.: IX ZA 2/00, BeckRS 2000, BECKRS Jahr 30105801), da auch der IX. Zivilsenat auf die **Fähigkeit der Bürgin abstellt, Zins- und Tilgungsbeiträge zu zahlen** und insoweit die Höhe der Schulden in Abhängigkeit von der finanziellen Leistungsmöglichkeit steht. Da die monatliche Zinsbelastung regelmäßig in einer prozentualen Abhängigkeit zum Nominalbetrag des Darlehens steht und sich damit die Darlehenshöhe unmittelbar auf die Zinsbelastung auswirkt, bedarf es unter Zugrundelegung der genannten Rechtsprechung (abgesehen von der Ausgrenzung ganz geringfügiger Bankschulden) einer gesonderten Schwelle, die allein auf den Nominalbetrag des Darlehens abstellt, grundsätzlich nicht.“ (OLG Nürnberg aaO)

Da sich die Gesamtbetrag des Darlehens (einschließlich der „planmäßig“ anfallenden Zinsen auf 29.869,92 Euro beläuft, liegt daher kein nicht mehr ganz geringfügigen Bankkredit vor.

3. Ausnutzung der emotionalen Verbundenheit durch die Bank

„Die auf Grund der genannten Umstände begründete **Vermutung**, dass die ihrem damaligen Ehemann persönlich besonders nahe stehende mithaftende Bekl. die sie vielleicht bis an das Lebensende übermäßig finanziell belastende Personalsicherheit allein aus **emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner** gestellt und die Kl. dies **in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat**, hat Letztere nicht widerlegt.“ (OLG Nürnberg aaO)

4. Zwischenergebnis:

Die Mithaftungsübernahme ist wegen Verstoßes gegen § 138 I BGB sittenwidrig und daher nichtig.

III. Auswirkungen auf die eigene Darlehensverbindlichkeit

„Zu Recht geht das LG allerdings davon aus, dass hinsichtlich des auf das gemeinsame Konto ausgezahlten Teilbetrags von 7.646,37 Euro auch dann, wenn insgesamt eine krasse Überforderung vorliegt, die Nichtigkeitsfolge des § 138 I BGB nicht in Betracht kommt, da sich das Darlehen gem. **§ 139 BGB** insoweit in den nichtigen Teil und den von der Nichtigkeit nicht berührten Rest aufteilen lässt (vgl. BGHZ 146, 37 = NJW 2001, 815). Der **sittenwidrige Teil der unbeschränkten Mithaftungsvereinbarung** kann nämlich auf Grund der objektiven Umstände und Verhältnisse (Ablösung des Altkredits des damaligen Ehemannes und entsprechende Überweisung) genau bestimmt und infolgedessen ohne Weiteres ausgesondert werden.“ (OLG Nürnberg aaO)

IV. Verrechnung der erbrachten Zahlungen

Da ein Teil des Vertrages mit der Kl. wirksam und der andere nichtig ist, stellt sich die Frage, wie die durch den Ehemann der Bekl. und sie selbst erbrachten Zahlungen auf die bestehende Verbindlichkeit aus der Eigenhaftung zu verrechnen sind.

1. Zahlungen des Ehemannes

„Die **Anrechnung der Zahlungen auf mehrere Forderungen** bestimmt sich nach § 366 BGB. Nach § 366 I BGB kann der **Schuldner** mehrerer Forderungen, wenn seine Leistung nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden ausreicht, **selbst bestimmen**, welche Schuld oder Schulden getilgt werden sollen. In Absatz 2 dieser Vorschrift ist eine ergänzende Regelung für den Fall vorgesehen, dass der Schuldner – wie hier – eine solche Bestimmung weder ausdrücklich noch stillschweigend getroffen hat. Diese Tilgungsbestimmung entspricht dem **vermuteten Willen vernünftiger und redlicher Vertragsparteien**. Widerspricht jedoch ausnahmsweise die gesetzlich normierte Reihenfolge der Kategorien des Absatzes 2 (Fälligkeit, Sicherheit der Forderung, Lästigkeit, Alter der Schuld) ganz offensichtlich dem hypothetischen Parteiwillen, so ist allein dieser maßgebend (BGH, NJW 1969, 1846 [1847]). Die mangels anderer Tilgungsbestimmung nach der Vorschrift des § 366 II BGB vorzunehmende **Anrechnung der vom damaligen Ehemann der Bekl. geleisteten Zahlungen** führt somit dazu, dass der am besten gesicherte Teil der Darlehensforderung (das ist derjenige, für den beide Darlehensnehmer zur Rückzahlung verpflichtet sind) nachrangig getilgt wird (BGHZ 146, 37 = NJW 2001, 815 Rn 40 f.), so dass die Zahlungen des Ehemannes zunächst auf den Darlehensteil anzurechnen sind, für den die Bekl. wegen Sittenwidrigkeit der Mithaftungsvereinbarung nicht haftet.“ (OLG Nürnberg aaO)

2. Zahlungen der Bekl.

„Eine **Anwendung des § 366 BGB** setzt das **objektive Bestehen mehrerer Forderungen** voraus (Staudinger/Olzen, BGB, Neubearb. 2006, § 366 Rn 19). Diese Voraussetzung ist aber im Verhältnis der Kl. zur Bekl. nicht gegeben, da Letztere wegen der Nichtigkeit der Mithaftungsvereinbarung hinsichtlich des allein ihren Ehemann betreffenden Darlehensteils nur zu Zins- und Tilgungsleistungen hinsichtlich eines Darlehensteilbetrags in Höhe von 7646,37 Euro verpflichtet war. Erbringt der Kreditnehmer Zins- und Tilgungszahlungen **auf die einzige, ihm gegenüber bestehende Darlehensschuld**, sind die Zahlungen unter Berücksichtigung des § 367 BGB auf diese bestehende Schuld anzurechnen.“ (OLG Nürnberg aaO)

V. Ergebnis

„Auszugehen ist somit davon, dass der Kl. rückwirkend betrachtet gegen die Bekl. lediglich ein **Rückzahlungsanspruch** in Höhe des Nettokreditbetrags von 7.646,37 Euro zustand. Hinzuzurechnen sind 37% der Restschuldversicherungsprämie von 670,30 Euro, also 249,60 Euro. Das ergibt insgesamt eine Darlehensschuld in Höhe von 7.895,97 Euro, die unter Berücksichtigung einer Laufzeit von 72 Monaten und einem festen Zinssatz von 11,5% p. a. zu verzinsen ist. Hinzu kommt eine Bearbeitungsgebühr von (anteilig) 156,88 Euro.

Auf diese Darlehensschuld sind die von der Bekl. ab 2004 allein geleisteten 9.991,58 Euro anzurechnen. Unter Berücksichtigung der Daten (Zeitpunkte und Höhe der jeweils geleisteten Zahlungen) ergibt sich nach der von der Kl. im Schriftsatz vom 30.07.2010 mitgeteilten und von der Bekl. anerkannten Berechnung eine noch offene Zinsschuld der Bekl. in Höhe von 460,20 Euro.“ (OLG Nürnberg aaO).

**Formularmäßiger Ausschluss mietvertraglicher Kündigung
Unwirksamkeit bei Zeitraum über 4 Jahre**

(BGH in NZM 2011, 150; Urteil vom 08.12.2010 - VIII ZR 86/10)

Ein **formularmäßiger Kündigungsausschluss** ist wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters unwirksam, wenn er einen **Zeitraum von vier Jahren** – gerechnet vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Mieter den Vertrag erstmals beenden kann – **überschreitet**.

Fall: Die Kl. haben von den Bekl. mit Vertrag vom 27.06.2005 eine Wohnung gemietet. Im Formularmietvertrag (MV) ist in § 2 bestimmt:

1. Der Mietvertrag läuft auf unbestimmte Zeit und beginnt am 01.07.2005.
2. Die Parteien verzichten in Übereinstimmung mit BGH-Urteil VIII ZR 27/04 wechselseitig auf die Dauer von 4 (vier) Jahren ab Vertragsbeginn auf ihr Recht zur ordentlichen Kündigung dieses Mietvertrags. Eine Kündigung ist erstmals nach Ablauf dieses Zeitraums mit der gesetzlichen Frist zulässig.
3. Sollte sich für den Mieter die Notwendigkeit ergeben, vor Ablauf der vier Jahre gem. Nr. 2 auszuziehen, ist er berechtigt gemäß Individualvereinbarung, welche dem vorliegenden Vertrag ergänzend beigelegt ist, einen zumutbaren Nachmieter zu stellen.

Die Kl. kündigten das Mietverhältnis mit Schreiben vom 12.02.2009 zum Ablauf des 30.06.2009. Nachdem die Bekl. die Kündigung unter Hinweis auf die Bestimmungen des Mietvertrags zurückgewiesen hatten, beauftragten die Kl. einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung ihrer Interessen. Die Kl. haben vor dem zuständigen AG die Feststellung begehrt, dass ihr Mietverhältnis mit den Bekl. zum 30.06.2009 beendet worden sei. Wird die Klage Erfolg haben?

Die Klage wird Erfolg haben, wenn das Mietverhältnis durch die Kündigung der Kl. vom 12.02.2009 zum 30.06.2009 beendet wurde.

Es handelt sich bei dem vorliegenden Mietverhältnis nicht um ein befristetes, sondern um ein **Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit**, so dass nach § 542 Abs. 1 BGB eine Kündigung nach den gesetzlichen Vorschriften **jederzeit** möglich ist.

Grundsätzlich kann ein Mietverhältnis durch die Mieter nach § 573c I 1 bis zum **dritten Werktag** eines Monats **zum Ende des übernächsten Monats** beendet werden. Bei einer Kündigung am 12.02.2009 wäre also bei Lauf der allgemeinen Kündigungsfrist eine Beendigung des Mietverhältnisses zum 31.05.2009 möglich gewesen, so dass bei einer Kündigung zum 30.06.2009 die Kündigungsfrist allemal eingehalten worden ist.

Fraglich ist jedoch, ob die Kl. zum 30.06.2009 kündigen konnten. Mietvertraglich war vereinbart, dass die Kündigung nach Ablauf von 4 Jahren mit der gesetzlichen Frist zulässig ist.

I. Auslegung der Klausel

Zunächst ist festzustellen, zu welchem Zeitpunkt nach der vertraglichen Vereinbarung eine Beendigung des Mietverhältnisses möglich gewesen wäre.

Die Kl. sind davon ausgegangen, dass sie das Mietverhältnis nach Ablauf der 4-jährigen Bindungsfrist beenden können. Träfe dies zu, so wäre eine Kündigung des Vertrages vom 27.06.2005 zum 30.06.2009 möglich gewesen.

Die Klausel könnte aber auch dahingehend zu verstehen sein, dass die Kündigung erst nach Ablauf der 4 Jahre ausgesprochen werden kann, dann also noch die gesetzliche Kündigungsfrist hinzuzurechnen ist.

Maßgeblich ist nicht das, was der sorgfältige Empfänger verstehen durfte, §§ 133, 157 BGB. AGB sind vielmehr ausgehend von der Verständnismöglichkeit eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständlichen und redlichen Vertragsparteien unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (Palandt-Heinrichs, § 5 AGBG Rn 7 m.w.N.)

„Das BerGer. hat auch richtig gesehen, dass § 2 II MV das Recht zur ordentlichen Kündigung in der Weise beschränkt, dass die Kündigung frühestens nach Ablauf von vier Jahren ab dem 01.07.2005 (Beginn des Mietverhältnisses) erklärt werden kann, so dass das Mietverhältnis erstmals zum Ablauf des 30.09.2009 ordentlich beendet werden konnte.“ (BGH aaO)

II. Wirksamkeit der Klausel

Allerdings müsste die mietvertragliche Klausel auch wirksam sein. Da ein Formularmietvertrag verwendet wurde, könnte die Klausel an den §§ 305 ff. BGB zu messen sein.

1. Vorliegen von AGB i.S.d. § 305 I BGB

Bei den Regelungen in einem Formularmietvertrag handelt es sich im Sinne von § 305 I 1 BGB für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Vertragsbedingungen, so dass die Klausel einer Prüfung anhand der §§ 305 ff. BGB standhalten muss.

2. Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB

Bei einem Wohnraummietvertrag greifen die Ausnahmen vom sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich (§ 310 I, II, IV BGB) nicht ein.

3. Einbeziehung in den Vertrag gemäß § 305 II BGB

Die Klausel müsste auch wirksam in den Mietvertrag zwischen den Parteien einbezogen worden sein.

Der nach § 305 II Nr. 1 BGB erforderliche Hinweis auf die AGB erübrigt sich bei einem Formularmietvertrag, da der Verwendungsgegner – die die Kl. – die Klauseln mit dem Vertragstext, unter den sie ihre Unterschrift setzen, zur Kenntnis nehmen können (§ 305 II Nr. 2 BGB) und damit ohne weiteres deutlich wird, dass diese Bedingungen für den Vertragsabschluss gelten sollen (§ 305 II BGB).

Bei der Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten in einem Wohnraummietvertrag handelt es sich auch nicht um eine überraschende Klausel i.S.d. § 305c I BGB. Auch gibt es keine anders lautende Individualabrede, die der Klausel nach § 305b BGB vorgehen würde.

Die Klausel über den Ausschuss der Kündigungsmöglichkeit ist also wirksam in den Vertrag einbezogen worden.

4. Inhaltskontrolle

Die Klausel muss allerdings einer Inhaltskontrolle nach §§ 309, 308, 307 BGB standhalten.

a) Abweichen von dispositivem Recht oder Ergänzung dispositiver Normen, § 307 III BGB

Nach § 542 I 1 BGB ist bei einem Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit die Kündigung für den Mieter jederzeit unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist möglich. Insofern stellt der Ausschluss dieser Kündigungsmöglichkeit für die Dauer von 4 Jahren eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung dar. Zugleich unterliegt die Bindungsdauer bei einem Mietverhältnis aber grundsätzlich der Disposition der Vertragsparteien, so dass die Klausel nach § 307 III BGB an den Vorgaben für die Inhaltskontrolle der §§ 309, 308, 307 BGB zu messen ist.

b) Klauselverbote, §§ 309, 308 BGB

Die Klauselverbote des § 309 BGB ohne Wertungsmöglichkeit und die Klauselverbote des § 308 BGB mit Wertungsmöglichkeit greifen ersichtlich nicht ein.

c) Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 BGB

Eine Klausel in vorformulierten Vertragsbedingungen ist nach § 307 I BGB dann unwirksam, wenn sie den Verwendungsgegner – hier die Kl. – nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

aa) Unangemessene Benachteiligung wegen Kündigungsrechtsausschlusses statt befristetem Mietvertrag

Eine Bindung von Mieter kann der Vermieter auch mit dem Abschluss eines befristeten Mietvertrages mit einer Verlängerungsoption nach Fristablauf erreichen. Vor diesem Hintergrund könnte schon der Abschluss des Vertrages als Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit mit gleichzeitigem Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit für 4 Jahre, eine unangemessene Benachteiligung darstellen.

„Nach der Rechtsprechung des Senats ist es allerdings möglich, einen zeitlich begrenzten Ausschluss des Kündigungsrechts – auch formularmäßig – zu vereinbaren; insbesondere gebieten es weder § 573c IV noch § 575 IV BGB, die Vereinbarung eines formularmäßigen Kündigungsausschlusses schon für sich allein als unangemessene Benachteiligung des Mieters i. S. von § 307 II BGB zu werten (Senat, NJW 2005, 1574 = NZM 2005, 419 = WuM 2005, 346 [unter II 1] m.w.N.).“ (BGH aaO)

Die formularmäßige Beschränkung des Kündigungsrechts stellt daher nicht schon für sich eine nach Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung dar.

bb) Unangemessene Benachteiligung wegen Bindungsdauer

Allerdings könnte die hier vereinbarte Dauer des Ausschlusses des Kündigungsrechts eine unangemessene Benachteiligung darstellen.

„Im Ansatz zutreffend geht das BerGer. davon aus, dass dies regelmäßig der Fall ist, wenn der Kündigungsausschluss einen Zeitraum **von vier Jahren überschreitet**; die Möglichkeit, einen geeigneten Nachmieter zu stellen, wie es hier unter § 2 Nr. 3 MV vorgesehen ist, ist zu unsicher, um die erhebliche **Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit** des Mieters durch einen formularmäßigen Kündigungsverzicht für mehr als vier Jahre auszugleichen (BGH, NJW 2005, 1574 = NZM 2005, 419 = WuM 2005, 346 [unter II 2 d]).“ (BGH aaO)

Fraglich ist jedoch, wie diese Vorgabe zu verstehen ist. Letztlich werden die Kl. hier länger als 4 Jahre im Mietverhältnis festgehalten, da sie die Kündigung nach der gefundenen Auslegung der Klausel erst nach Ablauf der 4 Jahre aussprechen können und dann noch die gesetzliche Kündigungsfrist hinzuzurechnen ist.

„§ 557a III BGB regelt den zulässigen Kündigungsausschluss für Staffelmietverträge in der Weise, dass die **vierjährige Höchstfrist vom Abschluss des Mietvertrags** und nicht vom Beginn des Mietverhältnisses zu berechnen ist (dazu BGH, NJW-RR 2006, 1236 = NZM 2006, 579 Rn 13) und dass die **Kündigung** jedenfalls zum **Ablauf eines Zeitraums von vier Jahren ab Vertragsabschluss** zulässig sein muss (§ 557a II 2 BGB). Im Ergebnis ist deshalb bei der Staffelmiete – auch im Wege einer Individualvereinbarung – nur eine vertragliche Bindung des Mieters für die Dauer von maximal vier Jahren ab Vertragsabschluss möglich.“ (BGH aaO)

Die Rechtsprechung des BGH hat sich für die Frage bis zu welchem Zeitraum eine Bindung der Vertragsparteien durch einen formularmäßigen Kündigungsausschluss den Mieter (noch) nicht unangemessen benachteiligt, an der gesetzlichen Regelung des bei einer Staffelmietvereinbarung zulässigen Kündigungsausschlusses in § 557a III BGB orientiert.

„Diese gibt einen Hinweis darauf, wo nach **Auffassung des Gesetzgebers** im Hinblick auf heutige **Mobilitätsanforderungen** allgemein die Grenze eines Kündigungsverzichts des Mieters zu ziehen ist (Senat, NJW 2005, 1574 = NZM 2005, 419 = WuM 2005, 346).

Der **Senat entscheidet nunmehr**, dass die Grenze für die dem Mieter noch zumutbare Einschränkung seiner Dispositionsfreiheit und die Zulässigkeit eines formularmäßigen Kündigungsausschlusses unter Einbeziehung der Regelung des § 557a III 2 BGB zu ziehen ist und deshalb ein **Zeitraum von vier Jahren** – gerechnet vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Mieter den Vertrag erstmals beenden kann – **nicht überschritten werden darf** (so auch Blank, in: Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 575 Rn 89; Häublein, in: Münch-Komm, 5. Aufl., § 573 c Rn 21).

Eine **Aufrechterhaltung** der Klausel mit einer **kürzeren Bindungsdauer** kommt wegen des für AGB allgemein zu beachtenden **Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion** von vornherein nicht in Betracht (vgl. Senat, NJW 2005, 1574 = NZM 2005, 419 = WuM 2005, 346; NJW-RR 2006, 1236 = NZM 2006, 579 Rn 20).“ (BGH aaO)

Ergebnis: Der Kündigungsausschluss in § 2 MV ist mithin nach § 307 I 1 BGB **insgesamt unwirksam**, weil die Dauer der Bindung der Kl. einen Zeitraum von vier Jahren überschreitet und die Kl. deshalb entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Die Klage wird Erfolg haben.

StGB
§§ 129 ff.

kriminelle Vereinigung
inländische Teilgruppe der PKK

StGB

(BGH in NJW 2011, 542; Urteil vom 28.10.2010 – 3 StR 179/10)

1. Eine **im Bundesgebiet tätige Teilorganisation einer ausländischen Vereinigung** ist **nur dann als eigenständige inländische Vereinigung i. S. der §§ 129, 129 a StGB** anzusehen, **wenn die Gruppierung für sich genommen alle für eine Vereinigung notwendigen personellen, organisatorischen, zeitlichen und voluntativen Voraussetzungen erfüllt.**
2. Danach muss die inländische Teilgruppierung
 - ein ausreichendes Maß an **organisatorischer Selbstständigkeit** aufweisen und
 - einen **eigenen, von der ausländischen (Haupt-)Organisation unabhängigen Willensbildungsprozess** vollziehen, dem sich ihre Mitglieder unterwerfen.

Es ist **nicht ausreichend**, wenn die **Mitglieder** der inländischen Teilgruppe sich lediglich darüber einig sind, **sich dem Willen der Gesamtorganisation unterzuordnen**; erforderlich ist vielmehr, dass sich der für eine Vereinigung konstitutive, auf deren Zwecke bezogene **Willensbildungsprozess** in seiner Gesamtheit **in der inländischen Gruppierung** vollzieht.

Fall: Der Angekl. war unter dem Decknamen „D“ von Juli 2004 bis Juni 2007 ununterbrochen im Bundesgebiet als hauptamtlicher Kader mit der Funktion eines Gebietsverantwortlichen für die PKK tätig. In der Zeit von Juli 2004 bis Ende Mai 2005 leitete er das Gebiet N. Anschließend war er in der Zeit von Juni 2005 bis Juni 2006 für das Gebiet M. zuständig. Von Juli 2006 bis Juni 2007 fungierte er als Leiter des Gebiets Da. Er nahm die für einen Gebietsverantwortlichen typischen Leitungsaufgaben wahr und regelte die organisatorischen, finanziellen, personellen sowie propagandistischen Angelegenheiten seines jeweiligen Zuständigkeitsbereichs. Z. B. war er in erheblichem Umfang damit befasst, Veranstaltungen der PKK und Zusammenkünfte ihrer Mitglieder und Sympathisanten zu organisieren und zu koordinieren; außerdem stellte er sicher, dass die in seinem Gebiet ansässigen Kurden sich auch an überregionalen Veranstaltungen beteiligten. Er koordinierte die Arbeit der ihm nachgeordneten Kader und Aktivisten; außerdem berichtete er den ihm übergeordneten Kadern – etwa dem damaligen Finanzverantwortlichen der PKK für Europa „S“ – und befolgte deren Anweisungen. Zu seinen wesentlichen Aufgaben gehörte das Eintreiben und Weiterleiten von „Spendengeldern“ und sonstigen finanziellen Mitteln. Er war in die Bestrafungs- und Disziplinierungsmaßnahmen der Organisation eingebunden und gab Anweisungen zum Vorgehen gegen säumige oder unwillige „Spendenzahler“.

Zu prüfen ist, ob die **in Deutschland tätigen Führungskader der PKK** eine – im Verhältnis zur Gesamtorganisation eigenständige – **kriminelle Vereinigung nach § 129 StGB** bildeten.

- I. Nach der **bisherigen st. Rspr.** galt als Vereinigung i. S. der §§ 129 ff. StGB der **auf eine gewisse Dauer angelegte, freiwillige organisatorische Zusammenschluss von mindestens drei Personen**, die bei **Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen** und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als **einheitlicher Verband** fühlen.

BGHSt 45, 26 = NJW 1999, 1876 = NStZ 1999, 524; BGH NJW 2005, 1668 = NStZ 2005, 377; NJW 2006, 1603 = NStZ-RR 2006, 267; NJW 2008, 1012 = NStZ 2008, 146 = BGHR StGB § 129 Vereinigung 3; BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448 = NStZ 2010, 44

Das notwendige **voluntative Element** ist regelmäßig hinreichend belegt, wenn festgestellt ist, dass die Mitglieder der Organisation nicht nur kurzfristig ein gemeinsames Ziel verfolgen, das über die Begehung der konkreten Straftaten hinausgeht, auf welche die Zwecke oder Tätigkeit der Gruppe gerichtet sind, und hierbei – etwa im Rahmen der Vorbereitung oder der Verwirklichung dieser Straftaten – koordiniert zusammenwirken (BGHSt 54, 216 = NJW 2010, 1979).

- II. Der **BGH** hat in der jüngeren Vergangenheit in mehreren Entscheidungen deutlich gemacht, dass auch mit Blick auf Rechtsakte der Europäischen Union **an dieser Umschreibung einer kriminellen Vereinigung festzuhalten** ist und es ggf. **dem Gesetzgeber obliegt**, als erforderlich angesehene **Modifikationen vorzunehmen**.

BGH NJW 2008, 1012 = NStZ 2008, 146 = BGHR StGB § 129 Vereinigung 3; BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448 = NStZ 2010, 44; BGHSt 54, 216 = NJW 2010, 1979

1. Vor Inkrafttreten des durch das **34. Strafrechtsänderungsgesetz** vom 22.08.2002 (BGBl I, 3390) in das StGB eingefügten § 129 b StGB am 30.08.2002 war ein organisationsbezogenes Verhalten mit Blick auf den räumlichen Geltungsbereich des Verbots nach Art. 9 II GG, an das die §§ 129, 129 a StGB anknüpfen, nur dann nach diesen Vorschriften strafbar, wenn es sich auf eine Vereinigung bezog, die innerhalb der BRD bestand.

st. Rspr.: s. etwa BGH NJW 1966, 310; BGHSt 30, 328 = NJW 1982, 530 = NStZ 1982, 198; BGHSt 45, 26 = NJW 1999, 1876 = NStZ 1999, 524

Hierfür reichte es indes aus, dass eine **ausländische Gruppierung** eine **Teilorganisation in Deutschland** unterhielt, die ihrerseits die **Voraussetzungen einer Vereinigung erfüllte**. Nicht erforderlich war es jedoch, dass sich auch die gruppeninterne Willensbildung autonom innerhalb der inländischen Teilorganisation vollzog; vielmehr genügte es, wenn die Mitglieder in die Willensbildung der ausländischen Organisation integriert waren und sich den auf dieser Ebene getroffenen Entschlüssen ggf. unter Zurückstellung ihrer eigenen individuellen Meinungen unterwarfen, sie mithin **von der ausländischen (Haupt-)Vereinigung „gelenkt“** wurden (BGH NJW 1966, 310).

2. In Anwendung dieser Maßstäbe wurden die **im Bundesgebiet agierenden Führungskader der PKK als eigenständige Vereinigung** angesehen.

s. z.B. BGH, BGHR StGB § 129 Straftaten 1; BGHR StGB § 129 Straftaten 2 = BeckRS 2002, 239; BeckRS 2002, 885; BeckRS 2002, 1136

- Für die Zeit von November 1993 bis August 1996 galt die Gruppierung als terroristische Vereinigung nach § 129 a StGB a. F., da ihre Zwecke und Tätigkeit insbes. auch auf die Begehung von Straftaten nach § 129 a I Nr. 3 StGB a. F., etwa Brandstiftungsdelikte, gerichtet waren.
- Für die Zeit danach wurde der führende inländische Funktionärskörper der PKK als kriminelle Vereinigung nach § 129 StGB eingestuft, wobei die Zwecke und Tätigkeit sich bis etwa Ende 1999 auf drei Bereiche von Straftaten richteten, namentlich demonstrative Gewalttaten und Delikte im Zusammenhang mit den Aktivitäten des „Heimatbüros“ sowie mit der angemessenen Strafgewalt.
- Ab Anfang 2000 bezogen sich die Zwecke und Tätigkeit der in Deutschland agierenden Führungsebene jedenfalls noch auf Straftaten in den Bereichen „Heimatbüro“ und Strafsystem (BGHSt 49, 268 = NJW 2005, 80 = NStZ-RR 2005, 306).

3. Die **Strafverfolgungspraxis** hat diese Maßstäbe auch nach Inkrafttreten des § 129 b StGB angewendet und den im Inland tätigen führenden Funktionärskörper der PKK bzw. deren Nachfolge- und Unterorganisationen weiterhin als inländische Vereinigung bewertet. Der BGH hat diese Würdigung bisher in mehreren Entscheidungen auf der jeweiligen Grundlage der tatgerichtlichen Feststellungen bzw. der Ermittlungsergebnisse gebilligt (s. etwa BGHSt 49, 268 = NJW 2005, 80 = NStZ-RR 2005, 306).

- III. Hieran hält **BGH aaO** nicht länger fest: Danach ist eine in Deutschland tätige Teilorganisation einer ausländischen Vereinigung nur dann als eigenständige inländische Vereinigung i. S. der §§ 129, 129 a StGB anzusehen, wenn die Gruppierung für sich genommen **alle für eine Vereinigung notwendigen personellen, organisatorischen, zeitlichen und voluntativen Voraussetzungen erfüllt**.

Hieraus folgt insbes. auch, dass die inländische Teilgruppierung ein **ausreichendes Maß an organisatorischer Selbstständigkeit** aufweisen und einen **eigenen, von der ausländischen (Haupt-) Organisation unabhängigen Willensbildungsprozess vollziehen** muss, dem sich ihre Mitglieder unterwerfen. Dabei ist es nicht ausreichend, wenn die Mitglieder der inländischen Teilgruppe sich lediglich darüber einig sind, sich dem Willen der Gesamtorganisation unterzuordnen; erforderlich ist vielmehr, dass sich der für eine Vereinigung konstitutive, auf deren Zwecke bezogene Willensbildungsprozess in seiner Gesamtheit in der inländischen Gruppierung vollzieht. Aus diesem Grund wird das für die Annahme einer Vereinigung

notwendige voluntative Element in Bezug auf die Teilorganisation auch nicht allein dadurch hinreichend belegt, dass die Mitglieder dieser Gruppe mittel- oder langfristig ein gemeinsames, politisch/ideologisches Ziel verfolgen, wenn dieses Ziel von der Gesamtorganisation vorgegeben wird.

1. **§ 129 b I 1 StGB** bestimmt, dass die §§ 129, 129 a StGB auch für Vereinigungen im Ausland gelten. Die Vorschrift **erfasst jede Beteiligung an einer ausländischen kriminellen oder terroristischen Vereinigung durch eine im Inland ausgeübte Tätigkeit**, ohne dass es darauf ankommt, ob in Deutschland Organisationsstrukturen der ausländischen Vereinigung vorhanden sind.

„Das Handeln des Täters im Inland wird typischerweise durch seine Einbindung in die ausländische Organisation und seine Unterwerfung unter die auf deren Ebene getroffenen Entscheidungen bestimmt. Dabei macht es für die Strafbarkeit wegen der Tätigkeit für eine ausländische Vereinigung keinen Unterschied, ob es bei dem isolierten Handeln eines Einzelnen verbleibt oder ob die Vorgaben der Gesamtorganisation ein Zusammenwirken bedingen; denn allein aus einer solchen gemeinschaftlichen Beteiligungshandlung im Inland lässt sich das Bestehen einer gesonderten inländischen Vereinigung i. S. der §§ 129, 129 a StGB, die neben die ausländische Organisation tritt, nicht ableiten.“ (BGH aaO)

2. Bilden die im Bundesgebiet handelnden Mitglieder einer ausländischen Vereinigung keinen **eigenständigen Gesamtwillen**, so weist die Tat auch keinen Unrechtsgehalt auf, der über den bereits von § 129 b StGB erfassten hinausgeht.

*„Strafgrund der §§ 129 ff. StGB ist die erhöhte kriminelle Intensität, die in der Gründung und Fortführung einer fest gefügten Organisation ihren Ausdruck findet, die kraft der ihr innewohnenden Eigendynamik eine erhöhte abstrakte Gefährlichkeit für wichtige Güter der Gemeinschaft mit sich bringt (BGHSt 41, 47 = NJW 1995, 2117 = NSTz 1995, 340). Diese größere Personenzusammenschlüsse kennzeichnende **Eigendynamik** hat ihre **besondere Gefährlichkeit** darin, dass sie geeignet ist, dem einzelnen Beteiligten die Begehung von Straftaten zu erleichtern und bei ihm das Gefühl persönlicher Verantwortung zurückzudrängen (BGHSt 28, 147 = NJW 1979, 172). Für das Entstehen dieser typischerweise von den einzelnen Mitgliedern der Vereinigung **nicht mehr voll steuerbaren Eigendynamik** sind vor allem die eine bestimmte Festigkeit aufweisende innere Organisationsstruktur sowie die auf Dauer angelegte organisierte Willensbildung von Belang. Besteht eine ausländische, diese Merkmale aufweisende kriminelle oder terroristische Vereinigung, so wird deshalb der vereinigungsspezifische Unrechtsgehalt der Tat bereits durch deren Ahndung unter diesem Gesichtspunkt erfasst. Für eine zusätzliche – ggf. Tateinheitlich neben den Schuldpruch nach § 129 b StGB tretende – Verurteilung nach § 129 oder § 129 a StGB ist daher kein Raum. Sie ist mit Blick auf die Betätigung für eine inländische Gruppierung nur dann gerechtfertigt, wenn diese eigenständig alle Voraussetzungen einer Vereinigung erfüllt und aus diesem Grunde die abstrakte Gefahr für die Allgemeinheit erhöht.“ (BGH aaO)*

3. § 129 b I 2 StGB erfordert für die Verfolgung der mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung außerhalb der EU eine **Ermächtigung des Justizministeriums** und damit die Erfüllung einer **besonderen Prozessvoraussetzung**. Dies gilt auch dann, wenn die Tat durch eine im Inland ausgeübte Tätigkeit begangen wird.

„Es entspricht somit der Grundentscheidung des Gesetzgebers, die Verfolgung einer Tat i. S. des § 129 b I 2 Alt. 1 StGB von der Prüfung abhängig zu machen, ob außenpolitische Belange der Bundesrepublik Deutschland berührt sein können. Dieses Erfordernis würde umgangen, wollte man bei einer inländischen Teilorganisation einer ausländischen Gruppierung auf die für eine eigenständige Vereinigung konstitutiven Voraussetzungen auch nur teilweise verzichten.“ (BGH aaO)

4. Gemessen an diesen Maßstäben **kann das Bestehen einer eigenständigen inländischen**, aus den im Bundesgebiet agierenden Führungskadern der PKK zusammengesetzten **kriminellen Vereinigung i. S. des § 129 StGB nicht bejaht werden**.

*„Denn diese Gruppierung vollzog nicht einen eigenen, auf die Zwecke der Vereinigung gerichteten Willensbildungsprozess. Damit ist das **Willenselement einer Vereinigung nicht gegeben**. Der festgestellte Sachverhalt trägt auch nicht die Bewertung, bei der Europaführung der PKK handele es sich um eine eigenständige Vereinigung. Er lässt es vielmehr naheliegender erscheinen, dass die PKK insgesamt die Voraussetzungen einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung im Ausland erfüllt, bei welcher der maßgebende Vereinigungswille außerhalb der BRD gebildet wird und der **Schwerpunkt der Strukturen sowie das eigentliche Aktionsfeld** in den von Kurden bevölkerten Gebieten **in der Türkei, in Syrien, im Irak und im Iran** liegen. Im Einzelnen:*

Die PKK war insgesamt zentralistisch und hierarchisch organisiert. In diesen Aufbau war die Organisation in Deutschland nahtlos eingegliedert. Die in Deutschland agierenden Kader verfolgten auf Grund der gemeinsamen politisch/ideologischen Überzeugung und dem auf dieser Basis unterhaltenen, nach Art, Inhalt und Intensität engem Beziehungsgeflecht zu den im Ausland tätigen Kadern jeweils diejenigen über den bloßen

Zweckzusammenhang hinausreichenden politisch/ideologischen Zielsetzungen, die von der Gesamtorganisation vorgegeben wurden. Von deren jeweiligen Vorstellungen abweichende Ziele der inländischen Gruppierung sind nicht festgestellt. Die **Endziele der PKK** wurden vielmehr von deren Führern entwickelt bzw. auf deren Versammlungen beschlossen. Sie waren **für die in Deutschland tätigen Kader verbindlich**. Deren hauptsächliche Aufgabe bestand vor allem darin, die von den übergeordneten Führungsebenen erteilten Direktiven umzusetzen und auf diese Weise die PKK insgesamt zu unterstützen. Die wesentlichen Grundsätze der Art und Weise der Umsetzung wurden dabei ebenfalls von der Spitze der PKK vorgegeben. Die enge Verbindung zwischen der im Ausland tätigen Gruppierung und den hiesigen Kadern tritt auch im Hinblick auf die umfangreichen Berichtspflichten zu Tage, mit denen unter anderem der wesentliche Einfluss der übergeordneten Funktionäre und Gremien abgesichert wurde. Eine ausreichend eigenständige, auf die Zwecke der PKK bezogene Willensbildung der Kader in Deutschland fand demgegenüber weder bezüglich der – sich im Laufe der Zeit nach den Vorgaben der Gesamtorganisation ändernden – Zielsetzung noch der Wahl der verwendeten Mittel bzw. der durchgeführten Aktionsformen statt. Dies wird deutlich etwa im Bereich der Finanzen, bei dem sich die in Deutschland handelnden Führungsfunktionäre streng nach den ihnen erteilten Direktiven zu richten hatten. Aber z. B. auch in dem Bereich der „heimatgerichteten Aktivitäten“ war die inländische Organisation nicht eigenständig tätig. Sie befolgte vielmehr auch hier die Anweisungen der Leitung der Gesamtorganisation, die teilweise sogar Schleusungen im Einzelfall betrafen.

Danach verblieb für die inländische Teilorganisation ein **Bereich eigenverantwortlicher Entscheidungen nur im Rahmen der Ausführung der vorgegebenen Direktiven**; allein dieser **limitierte Entscheidungsspielraum** konnte durch eine eigenständige Willensbildung der inländischen Unterorganisation ausgefüllt werden. Dies **genügt für die Bejahung des Willenselements der Vereinigung nicht**.

Entsprechendes gilt, soweit man über das Gebiet der BRD hinaus den führenden Funktionärskörper der PKK in Westeuropa in den Blick nimmt. Auch diese Gruppierung erfüllt nach den bisherigen Feststellungen die Voraussetzungen einer eigenständigen (Teil-)Vereinigung nicht (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

5. Diese Neubewertung der PKK trägt schließlich zu einer insgesamt **harmonischeren, in sich stimmigeren Rechtsanwendung in dem Bereich der Vereinigungskriminalität** bei; denn im Gegensatz zu der bisher zur PKK vertretenen Auffassung würdigt die Strafverfolgungspraxis Organisationen, die in ihrer Struktur der PKK ähnlich sind, nach Inkrafttreten des § 129 b StGB rechtlich insgesamt als terroristische Vereinigung im Ausland.

„So ist etwa – wie dem Senat aus zahlreichen Verfahren bekannt ist – die DHKP-C (Devrimci Halk Kurtulus Partisi – Cephesi = Revolutionäre Volksbefreiungspartei/-front), eine marxistisch-leninistisch orientierte, wie die PKK hierarchisch und zentralistisch aufgebaute Gruppierung, die das Ziel verfolgt, durch „bewaffneten Kampf“ einen Umsturz der politischen Verhältnisse in der Türkei herbeizuführen und dort eine kommunistische Gesellschaftsordnung zu errichten, auch außerhalb der Türkei, insbes. in Westeuropa, aktiv. Aufgabe der vor allem auch in Deutschland bestehenden Organisationseinheiten ist es – ähnlich der PKK –, finanzielle Mittel zu beschaffen, Nachwuchs zu rekrutieren sowie einen Rückzugsraum für Mitglieder der Organisation zu bilden. Das Bundesministerium der Justiz hat am 29.07.2003 die nach § 129 b I 3 und 4 StGB erforderliche Ermächtigung zur strafrechtlichen Verfolgung erteilt. Eine auf den Vorwurf gegründete Strafverfolgung, die in Deutschland aktiven Führungsfunktionäre bildeten eine selbstständige inländische Vereinigung nach den §§ 129, 129 a StGB, findet, soweit für den Senat ersichtlich, jedenfalls in den Fällen nicht statt, in denen die Tatzeit nach Inkrafttreten des § 129 b StGB liegt. Zwar sollen die Unterschiede zwischen der PKK und der DHKP-C nicht verkannt werden. So sind etwa die jeweiligen Strukturen nicht völlig deckungsgleich und die Funktionäre und Aktivisten der DHKP-C nach der Gewaltverzichtserklärung vom Februar 1999 in Deutschland zunächst nicht mehr nach den §§ 129, 129 a StGB, sondern nur wegen eines Verstoßes gegen das Vereinsgesetz strafrechtlich verfolgt worden. Auch genießt die PKK in der Öffentlichkeit eine größere Aufmerksamkeit und die Anzahl ihrer Mitglieder und Sympathisanten ist deutlich größer als bei der DHKP-C. Jedoch rechtfertigen allein diese Umstände eine ungleiche Bewertung der Organisationen als ausländische Vereinigung jedenfalls nach Inkrafttreten des § 129 b StGB nicht. Insbes. wäre eine **unterschiedliche rechtliche Einordnung**, die sich im Wesentlichen lediglich auf die verschiedene Größe und Bedeutung der Gruppierung gründen würde, **mit den gesetzlichen Vorgaben nicht zu vereinbaren**; diese gelten für alle Organisationen in gleicher Weise.“ (BGH aaO)

StGB
§ 250**schwerer Raub**
Tatbestandsvoraussetzungen

StGB

(BGH in NSTz 2011, 158; Urteil vom 18.02.2010 – 3 StR 556/09)

1. Das **Tatbestandsmerkmal des Verwendens eines gefährlichen Werkzeugs** i. S. des § 250 II Nr. 1 StGB ist immer dann zu bejahen, **wenn der Täter zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache ein gefährliches Werkzeug gerade als Mittel entweder der Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben gebraucht. Nicht erforderlich** ist es, dass sich aus der Art des Einsatzes die **konkrete Gefahr erheblicher Verletzungen** ergibt.
2. Die **Wegnahme einer fremden beweglichen Sache** ist bereits **vollendet**, wenn der **Täter innerhalb fremder Räume leicht bewegliche Gegenstände** (hier: Geldscheine und Münzen) **in seine Kleidung steckt**. Dies **gilt auch dann**, wenn der Täter noch **am Tatort festgenommen** wird und **bei der Tat beobachtet** worden ist.

Fall: Die Angekl. beabsichtigten zunächst in eine Tankstelle einzubrechen, um Tabakwaren zu stehlen. Als Einbruchswerkzeuge führte der Angekl. M einen Meißel mit eingedrückter Spitze, der Angekl. A einen Schraubendreher mit sich, dessen spitzes Ende abgebrochen war. Da wider Erwarten der Kassierer noch anwesend war, entschlossen sich die Angekl., trotz der veränderten Umstände mit ihrem geplanten Vorhaben fortzufahren. Als der Kassierer sah, dass sich die Angekl. mit übergezogenen Sturmmasken der Eingangstür der Tankstelle näherten, löste er bei der Polizei einen – stillen – Alarm aus. Die Angekl. stürmten in den Verkaufsraum und erklärten dem Zeugen, er solle sich ruhig verhalten, dann werde auch nichts passieren. Auf Geheiß eines der Angekl. musste sich das Opfer in einen Nebenraum begeben, um dort die Beleuchtung im Verkaufsraum zu löschen. Auf dem Weg dorthin hielt der Angekl. A den Kassierer mit einer Hand an dessen linken Arm fest und drückte mit seiner anderen Hand den abgebrochenen Schraubendreher gegen den Rücken des Zeugen. Dieser sah das Werkzeug aus den Augenwinkeln und verspürte einen leichten Druck. Den vom Angekl. M mitgeführten Meißel nahm er hingegen zunächst nicht wahr. Nachdem der Zeuge das Licht gelöscht hatte und sie in den Verkaufsraum zurückgekehrt waren, wiesen die Angekl. ihn an, sich auf einen Stuhl zu setzen und auf den Boden zu schauen. Sie verlangten zunächst die Herausgabe des Tresorschlüssels und forderten den Zeugen sodann auf – nachdem dieser erklärt hatte, einen solchen Schlüssel nicht zu besitzen – die Kasse zu öffnen, was dieser auch tat. Der Angekl. M nahm Geld aus der Kasse und steckte selbst 800 € in Scheinen in seine Hosentasche, während er dem Angekl. A eine Münzrolle im Wert von 50 € übergab, die dieser ebenfalls einsteckte. Sodann füllten die Angekl. – nachdem sie Schraubendreher und Meißel weggelegt hatten, um mit beiden Händen arbeiten zu können – Zigarettenstangen in so genannte gelbe Säcke, die sie von dem Tatopfer verlangt und erhalten hatten. Sie hatten bereits 2 Säcke gefüllt sowie zum Abtransport bereit gestellt und waren dabei einen 3. Sack zu befüllen, als mehrere Polizeibeamte eintrafen, den Verkaufsraum stürmten und die Angekl. festnahmen.

Fraglich ist, ob die Angekl. in objektiver Hinsicht die **Qualifikationstatbestände des § 250 I Nr. 1a StGB und des § 250 II Nr. 1 StGB** verwirklicht haben.

- I. Bei dem von dem Angekl. A geführten **Schraubendreher** handelt es sich um ein **gefährliches Werkzeug i. S. beider Qualifikationsvarianten**, denn dieser Schraubendreher war ein Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet war, einem Opfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen, etwa bei einem Einsatz als Stichwerkzeug.
- II. Dieses **gefährliche Werkzeug** hat der Angekl. A nicht (nur) i.S. des § 250 I Nr. 1a StGB bei sich geführt, sondern gem. § 250 II Nr. 1 StGB **auch verwendet**.
 1. Das **Tatbestandsmerkmal des Verwendens** umfasst **jeden zweckgerichteten Gebrauch eines objektiv gefährlichen Tatmittels**.

Nach der Konzeption der Raubdelikte **bezieht sich das Verwenden auf den Einsatz des Nötigungsmittels im Grundtatbestand**, so dass es immer dann zu bejahen ist, wenn der Täter zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gerade als Mittel entweder der Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gebraucht (BGHSt 45, 92 m. w. N.; BGH NSTz 2008, 687; MüKo-StGB/Sander, § 250 Rn 58).

Dabei setzt (**vollendetes**) **Verwenden zur Drohung** voraus, dass **das Opfer das Nötigungsmittel als solches erkennt** und die **Androhung seines Einsatzes wahrnimmt**. Drohung ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf das der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt (BGHSt 16, 386) und dessen Verwirklichung er nach dem Inhalt seiner Äußerung für den Fall des Bedingungsseintritts will. Die **Äußerung der Dro-**

hung kann **ausdrücklich oder konkludent** erfolgen (Fischer; StGB; 57. Aufl., § 240 Rn 31 m. w. N.).

Das **bloße Mitsichführen ist hingegen kein Verwenden** i. S. dieser Norm, und zwar grds. auch dann nicht, wenn es offen erfolgt (BGH NStZ-RR 2004, 169).

2. Danach hat der Angekl. A, indem er dem Kassierer den **Schraubendreher** – den dieser gesehen hatte – **in den Rücken drückte**, den Tatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB objektiv verwirklicht.

*„Er drohte durch diese Handlung – im Zusammenwirken mit der vorangegangenen Äußerung, wenn sich der Zeuge ruhig verhalte, werde (ihm) nichts geschehen – konkludent damit, bei Widerstand und Nichtbefolgung seiner Forderungen dieses gefährliche Werkzeug als Stichwerkzeug gegen ihn einzusetzen. Der **Begriff des Verwendens setzt nicht voraus, dass sich aus der Art des Einsatzes des objektiv gefährlichen Tatmittels eine konkrete Gefahr erheblicher Verletzungen ergibt**. Vielmehr genügt jedes Benutzen solcher Tatmittel bei der Anwendung von Gewalt oder – wie hier – als Drohmittel (BGHSt 45, 92).“ (BGH aaO)*

- III. Zu prüfen ist ferner, ob die Angekl. hinsichtlich der aus der Kasse entnommenen 800 € in Banknoten und der Münzrolle im Wert von 50 €, die sie sich schon in ihre Hosentaschen gesteckt hatten, bevor die Polizei eintraf und sie festnahm, hinreichenden **neuen Gewahrsam begründet** haben.

1. Die **vollendete Wegnahme** setzt voraus, dass **fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam begründet** ist.
2. Letzteres beurteilt sich danach, ob der Täter die **Herrschaft über die Sache** derart erlangt hat, dass er sie **ohne Behinderung durch den früheren Gewahrsamsinhaber** ausüben kann.

- a) Für die Frage der Sachherrschaft kommt es entscheidend auf die **Anschauungen des täglichen Lebens** an. Dabei macht es sowohl für die Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers als auch für die des Täters einen entscheidenden Unterschied, ob es sich bei dem Diebesgut um umfangreiche, insbes. schwere Sachen handelt, deren Abtransport mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, oder ob es sich nur um kleine, leicht transportable Gegenstände handelt:

Bei **unauffälligen, leicht beweglichen Sachen**, wie etwa bei Geldscheinen sowie Geld- und Schmuckstücken, **lässt die Verkehrsauffassung für die vollendete Wegnahme schon ein Ergreifen und Festhalten der Sache genügen**. Verbirgt der Täter einen solchen Gegenstand in Zueignungsabsicht in seiner Kleidung, so schließt er allein durch diesen tatsächlichen Vorgang die Sachherrschaft des Bestohlenen aus und begründet eigenen ausschließlichen Gewahrsam (vgl. BGHSt 16, 271; 23, 254 m. w. N.).

- b) Der **Annahme eines Gewahrsamswechsels steht** in diesen Fällen **nicht entgegen, dass sich der erbeutete Gegenstand**, wie z. B. bei Festnahme des Täters am Tatort, **noch im Gewahrsamsbereich des Berechtigten befindet**.

*„Die Tatvollendung setzt keinen gesicherten Gewahrsam voraus. Die **alsbaldige Entdeckung des Täters und seine Festnahme gibt nur die Möglichkeit**, ihm die **Sache wieder abzunehmen**.“ (BGH aaO)*

- c) Auch eine **Beobachtung des Tatvorgangs ändert an der Vollziehung des Gewahrsamswechsels nichts**, da der **Diebstahl keine heimliche Tat** ist und die **Beobachtung** dem Bestohlenen lediglich die **Möglichkeit gibt, den ihm bereits entzogenen Gewahrsam wiederzuerlangen**.

Demgemäß nimmt der **BGH in st. Rspr.** i.d.R. eine Vollendung der Wegnahme an, wenn der Täter innerhalb fremder Räume leicht bewegliche Gegenstände in seine Kleidung steckt (vgl. BGHSt 26, 24; MüKo-StGB/Schmitz, § 242 Rn 52, 61, 72).

„Nach diesen Maßstäben war hier die Wegnahme mit dem Einstecken des Geldes in die Kleidung vollendet. Besondere Umstände, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, liegen nicht vor.

Dahinstehen kann deshalb, ob auch die Wegnahme der in die Säcke gepackten Zigarettenstangen bereits vollendet war, zumal die bisherigen Feststellungen offen lassen, wie groß und schwer diese ganz bzw. teilweise befüllten Behältnisse waren (vgl. LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rn 42 m. w. N.).“ (BGH aaO)

Voraussetzungen für Erlass einer Veränderungssperre
Anforderungen an Maß der Planungskonkretisierung

(BVerwG in ZfBR 2011, 160; Beschluss vom 21.10.2010 – 4 BN 26.10)

1. Die **Wirksamkeit einer Veränderungssperre** kann nach § 47 VwGO mit einem **Normenkontrollantrag** gerichtlich geprüft werden.
2. Eine Veränderungssperre darf erst erlassen werden, wenn die Planung, die sie sichern soll, ein **Mindestmaß** dessen erkennen lässt, was **Inhalt des zu erwartenden Bebauungsplans**
3. Die Veränderungssperre **schützt die künftige Planung, nicht** aber lediglich die **abstrakte Planungshoheit**
4. Die **nachteiligen Wirkungen der Veränderungssperre** wären – auch vor dem Hintergrund des Art. 14 I 2 GG – **nicht erträglich**, wenn sie zur Sicherung einer Planung dienen sollte, die sich in ihrem Inhalt noch **in keiner Weise absehen**

Fall: Der Kläger ist Eigentümer eines Grundstücks in der Gemeinde M. Hierbei handelt es sich um unbeplanten Innenbereich mit gewachsenen Strukturen, zu denen auch die gewerbliche Nutzung gehört. Nachdem immer mehr Betriebe aus Platzgründen ihre Tätigkeit eingestellt haben, beschließt die Gemeinde M, das Baugebiet, zu dem auch das Grundstück der Kläger gehört, mit einem Bebauungsplan zu überplanen. Es ist angedacht, dort entweder ein allgemeines Wohngebiet oder aber ein Mischgebiet auszuweisen. Zugleich mit dem Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplanes wird der Erlass einer Veränderungssperre beschlossen.

Hiergegen möchten die Kläger unmittelbar nach dem Bekanntwerden des Erlasses vorgehen, da sie vorhaben, ihr Grundstück in nächster Zeit zu bebauen und daher die Veränderungssperre nicht hinnehmen wollen. Werden sie damit Erfolg haben?

Die Kläger werden Erfolg haben, wenn sie beim richtigen Gericht einen zulässigen und begründeten Antrag einreichen können.

I. Zulässigkeit eines Antrags bei Gericht**1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO**

In Betracht kommt ein Antrag beim Verwaltungsgericht, wenn nach § 40 I 1 VwGO eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt.

Hier wird um öffentliches Baurecht auf der Ebene des einfachen Rechts gestritten, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

2. statthafte Antragsart

Fraglich ist, in welchem Verfahren eine Prüfung der Veränderungssperre möglich ist. Bei der Veränderungssperre handelt es sich nach § 16 I BGB um eine Satzungen. Satzungen nach dem BauGB können nach § 47 I Nr. 1 VwGO mit dem Normenkontrollverfahren angegriffen werden. Statthafte Antragsart ist daher ein Normenkontrollantrag.

3. Antragsbefugnis, § 47 II 1 VwGO

Die Antragsbefugnis kommt nach § 47 II VwGO natürlichen oder juristischen Person zu, soweit diese eine aktuelle oder **in absehbarer Zeit mögliche Rechtsverletzung** geltend machen. Die Antragsbefugnis des Klägers als natürlicher Person hängt daher davon ab, ob dieser aktuell oder jedenfalls in absehbarer Zeit in seinen Rechten verletzt sein kann.

Die Veränderungssperre führt nach § 14 I BauGB dazu, dass **Vorhaben** im Sinne des § 29 BauGB **nicht durchgeführt** oder **bauliche Anlagen nicht beseitigt** werden dürfen. Auch dürfen erhebliche oder wesentlich wertsteigernde Veränderungen von Grundstücken und baulichen Anlagen, deren Veränderungen nicht genehmigungs-, zustimmungs- oder anzeigespflichtig sind, nicht vorgenommen. Es ist daher damit zu rechnen, dass der Kläger bis zum Abschluss des Planungsverfahrens sein anvisiertes **Bauvorhaben nicht realisieren** kann. Er ist daher in seiner Baufreiheit betroffen und somit auch antragsbefugt nach § 47 II VwGO.

4. Frist, § 47 II 1 VwGO

Der Normenkontrollantrag muss nach § 47 II 1 VwGO binnen eines Jahres nach Bekanntmachung eingereicht werden. Diese Frist kann hier noch eingehalten werden.

5. keine Präklusion, § 47 IIa VwGO

Bei Erlass einer Veränderungssperre findet keine Öffentlichkeitsbeteiligung statt, so dass die **Präklusionsvorschrift** des § 47 IIa VwGO **keine Anwendung** findet.

6. zuständiges Gericht

Für den Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO ist das **OVG / der VGH in erster Instanz** zuständig.

Ein entsprechender Antrag an das OVG / den VGH ist daher zulässig.

II. Begründetheit

Der Normenkontrollantrag ist begründet, wenn die angegriffene Satzung, hier also die Veränderungssperre rechtswidrig ist.

1. Formelle Rechtswidrigkeit der Veränderungssperre

Die Veränderungssperre könnte schon formell rechtswidrig sein.

a) Satzungsbefugnis der Gemeinde M

Die Satzungsbefugnis der Gemeinde M ergibt sich aus § 16 I BauGB.

b) ordnungsgemäßes Erlassverfahren

Es ist davon auszugehen, dass die kommunalrechtlichen Vorgaben für den wirksamen Beschluss über eine Satzung eingehalten wurde.

Anhaltspunkte für eine formelle Rechtswidrigkeit der Veränderungssperre liegen nicht vor.

2. Materielle Rechtswidrigkeit der Veränderungssperre

Die Veränderungssperre setzt voraus, dass ein **Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplanes** gefasst wurde. Dies ist hier der Fall. Fraglich ist jedoch, ob nicht darüber hinaus ein **gewisses Maß der Planungskonkretisierung** erforderlich ist, um den Erlass einer Veränderungssperre zu rechtfertigen.

Die Beklagte hat für die betroffenen Grundflächen alternativ zwei Gebietstypen gemäß § 1 II, III BauNVO ins Auge gefasst. Auf der einen Seite ist ein allgemeines Wohngebiet (WA) nach § 4 BauNVO, auf der anderen Seite Mischgebiet (MI) nach § 6 BauNVO angedacht. Bei Planungskonzepten stehen alternativ nebeneinander.

a) Anforderungen an Planungskonkretisierung

*„In der Rechtsprechung des BVerwG ist geklärt, dass eine Veränderungssperre erst erlassen werden darf, wenn die Planung, die sie sichern soll, ein **Mindestmaß** dessen erkennen lässt, was **Inhalt des zu erwartenden Bebauungsplans** sein soll (st. Rspr; vgl. BVerwG, Beschl. v. 01.10.2009 – 4 BN 34.09 – Buchholz 406.11 § 14 BauGB Nr. 29; Urt. v. 19.02.2004 – 4 CN 16.03 – BVerwGE 120, 138, 146 f.). Wesentlich ist dabei, dass die Gemeinde bereits **positive Vorstellungen** über den Inhalt des Bebauungsplans entwickelt hat. Eine Negativplanung, die sich darin erschöpft, einzelne Vorhaben auszuschließen, reicht nicht aus. Denn wenn Vorstellungen über die angestrebte Art der baulichen Nutzung der betroffenen Grundflächen fehlen, ist der Inhalt des zu erwartenden Bebauungsplans noch offen. Die **nachteiligen Wirkungen der Veränderungssperre** wären – auch vor dem Hintergrund des Art. 14 I 2 GG – **nicht erträglich**, wenn sie zur Sicherung einer Planung dienen sollte, die sich in ihrem Inhalt noch **in keiner Weise absehen** lässt (BVerwG, Urt. v. 19.02.2004 – 4 CN 13.03 – BRS 67 Nr. 118 = Buchholz 406.11 § 14 BauGB Nr. 26). Die **Veränderungssperre schützt die künftige Planung, nicht aber lediglich die abstrakte Planungshoheit** (BVerwG, Beschl. v. 19.05.2004 – 4 BN 22.04 – BRS 67 Nr. 119).“ (BVerwG aaO)*

Dies ist allerdings nicht ausdrücklich als Voraussetzung in § 14 BauGB für den Satzungserlass nach § 16 BauGB vorgesehen. Gleichwohl gehört dieses Mindestmaß an konkreter planerischer Vorstellung zur **normativen Konzeption des § 14 BauGB**.

„Nach seinem Absatz 2 Satz 1 kann eine **Ausnahme von der Veränderungssperre** zugelassen werden, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Ob der praktisch wichtigste öffentliche Belang, nämlich die **Vereinbarkeit des Vorhabens mit der beabsichtigten Planung**, beeinträchtigt ist, kann aber nur beurteilt werden, wenn die planerischen Vorstellungen der Gemeinde nicht noch völlig offen sind. Daraus folgt, dass das **Mindestmaß an Vorstellungen**, die vorliegen müssen, um eine Veränderungssperre zu rechtfertigen, **zugleich geeignet sein muss**, die **Entscheidung der Genehmigungsbehörde zu steuern**, wenn sie über die Vereinbarkeit des Vorhabens mit der beabsichtigten Planung zu befinden hat (BVerwG, Beschl. v. 01.10.2009 aaO Rn 9).

Dabei geht die Rechtsprechung davon aus, dass es **grundsätzlich erforderlich**, aber auch ausreichend ist, dass die Gemeinde im Zeitpunkt des Erlasses einer Veränderungssperre **zumindest Vorstellungen über die Art der baulichen Nutzung** besitzt, sei es, dass sie einen bestimmten Baugebietstyp, sei es, dass sie nach den Vorschriften des § 9 I BauGB festsetzbare Nutzungen ins Auge gefasst hat (BVerwG, Urt. v. 19.02.2004 aaO; Beschl. v. 05.02.1990 – 4 B 191.89 – BRS 50 Nr. 103). Ob dieser Grundsatz weiter differenziert werden muss, wenn die in Betracht gezogenen Arten der baulichen Nutzung weniger durch Unterschiede als durch Gemeinsamkeiten gekennzeichnet sind, wie dies beispielsweise bei einem allgemeinen Wohngebiet im Verhältnis zum reinen Wohngebiet der Fall ist (vgl. hierzu in Anwendung von § 13 BauGB das Urt. d. Senats v. 04.08.2009 – 4 CN 4.08 – BVerwGE 134, 264: zur Veränderungssperre in derartigen Fällen Schenke, WiVerw 1994, 253, 265) bedarf hier keiner Vertiefung.“ (BVerwG aaO)

b) Anwendung auf den Fall

„Wenn als Alternative eine Festsetzung entweder als allgemeines Wohngebiet oder als Mischgebiet beabsichtigt ist, bedarf es jedenfalls mit Blick auf die **Steuerungsfunktion des § 14 II 1 BauGB** einer **Eingrenzung und Präzisierung** der in den beiden Baugebietstypen zulässigen und durchaus unterschiedlichen Bauungsmöglichkeiten, um das der künftigen Planung **zugrunde liegende städtebauliche Konzept erkennen** zu können. Ohne eine solche Eingrenzung und Präzisierung erscheint die **Bandbreite der zulässigen Nutzungen** nicht mehr als genehmigungsfähige und – bedürftige Ausnahme im Sinne von § 14 II BauGB, sondern nahezu als der Regelfall. Dies gilt **umso mehr**, wenn die Fläche – wie hier – bereits bebaut ist und eine **Überplanung des Bestandes nach der Aufgabe einzelner Nutzungen** erfolgt (vgl. hierzu Söfker, Das Sicherheitsbedürfnis beim Erlass von Veränderungssperren, in: Baurecht-Aktuell, FS Weyreuther, 1993, S. 377, 387). Nach den tatsächlichen Feststellungen des VGH **fehlt es an einer derartigen Präzisierung des städtebaulichen Konzepts.**“ (BVerwG aaO)

Ergebnis. Mangels hinreichender Planungskonkretisierung liegen die Voraussetzungen für eine Veränderungssperre nach §§ 14, 16 BauGB nicht vor. Die Satzung ist rechtswidrig und wird im Normenkontrollverfahren aufgehoben werden.

GewO
§ 35**Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit
Missbrauch eines Ladenlokals zum Drogenhandel**

POR

(OVG Bremen in KommJur 2011, 78, Beschl. v. 5. 10. 2009 – 2 B 273/09)

Wer in einer Umgebung, in der häufig Drogenhandel betrieben wird, ein Geschäftslokal betreibt, muss die Gewähr dafür bieten, dass er in der Lage ist, dem **Missbrauch des Lokals durch die Drogenszene** – unter Umständen durch den Einsatz zusätzlichen Wachpersonals – zu **widerstehen**.

Fall: A betreibt ein Geschäft zum Einzelhandel mit Geräten der Telekommunikation in B und bietet seinen Kunden zudem die Möglichkeit der Nutzung von Computern mit Zugang zum Internet an (sog. Internetcafe). In und vor diesem „A.-Cafe“ sind mehrfach Personen mit illegalen Betäubungsmitteln auffällig geworden. Über diese Problematik sind mehrfach Gespräche mit A geführt worden. Zwar hat A gelegentlich auch verdächtige Personen seines Geschäfts verwiesen und den freien Zugang zu den Toiletten verhindert, bei diversen Kontrollen der Polizei wurden jedoch immer wieder BTM bei den Kunden gefunden und sogar Verpackungsmaterial im Internetcafe sichergestellt.

Die zuständige Behörde hat daher den Verdacht, dass A beim unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln in seinem Internetcafe Hilfe geleistet. Ihm wurde daher von der zuständigen Behörde unter Einhaltung der verfahrensrechtlichen Vorgaben die Ausübung seines Gewerbes zum Einzelhandel mit Geräten der Telekommunikation untersagt. Hiergegen erhebt A Klage. Wird die zulässige Klage Erfolg haben?

Die Anfechtungsklage des A wird nach § 113 I 1 VwGO Erfolg haben, wenn die Gewerbeuntersagung rechtswidrig ist und den A in seinen Rechten verletzt.

I. Rechtswidrigkeit der Gewerbeuntersagung

Die Gewerbeuntersagung ist rechtswidrig, wenn eine Ermächtigungsgrundlage fehlt oder die formellen und materiellen Voraussetzungen für eine solche Entscheidung nicht vorliegen.

1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 35 I 1 GewO in Betracht. Die Anwendbarkeit setzt allerdings voraus, dass es sich bei der Tätigkeit des A um ein nicht erlaubnispflichtiges Gewerbe handelt, da anderenfalls Sondervorschriften Anwendung finden.

Der Einzelhandel unterliegt keiner gesonderten gewerberechtlichen Erlaubnispflicht, so dass § 35 GewO als Ermächtigungsgrundlage für eine Gewerbeuntersagung einschlägig ist.

2. formelle Rechtswidrigkeit

Die Entscheidung ist zuständigkeits- und verfahrensgemäß ergangen, so dass keine formelle Rechtswidrigkeit anzunehmen ist.

3. materielle Rechtswidrigkeit

Die Untersagung könnte aber materiell rechtswidrig sein. Dies ist der Fall, wenn die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage nicht vorliegen.

Zweifelsohne handelt es sich bei der Tätigkeit des A um eine nicht erlaubnispflichtige, gewerbliche Tätigkeit. Fraglich ist daher allein, ob von dessen Unzuverlässigkeit ausgegangen werden kann und die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist.

a) Unzuverlässigkeit

„Gewerberechtlich unzuverlässig ist, wer **keine Gewähr** dafür bietet, dass er sein Gewerbe in Zukunft **ordnungsgemäß ausüben** wird (BVerwGE 65, 1 = NVwZ 1984, 167; Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rn. 29 m.w.N.). Nicht ordnungsgemäß ist die Gewerbeausübung durch eine Person, die **nicht Willens oder nicht in der Lage** ist, die im öffentlichen Interesse zu fordernde **einwandfreie Führung ihres Gewerbes zu gewährleisten** (Marcks, Rn. 30 m.w.N.). Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist rein final- und zweckorientiert. Die Feststellung der Unzuverlässigkeit setzt daher **weder ein Verschulden** im Sinne eines moralischen oder ethischen Vorwurfs **noch einen Charaktermangel** voraus (vgl. dazu: BVerwGE 65, 1 = NJW 1984, 419 = NVwZ 1984, 167 L). § 35 GewO ist eine **wertneutrale und keine Strafvorschrift** (VGH Kassel, GewArch 1991, 28; Marcks, Rn. 30 m.w.N.).“ (OVG Bremen aaO)

Fraglich ist, ob hiervon bei A auszugehen ist. Hinweise dafür, dass A selbst in den Drogenhandel verwickelt ist, liegen jedenfalls nicht in ausreichendem Maße vor. Eine Unzuverlässigkeit könnte sich daher nur daraus ergeben, dass sein Internetcafe **von den Besuchern zum Drogenhandel missbraucht** wird.

*„In der Behördenakte gibt es vielmehr an mehreren Stellen **deutliche und hinreichend konkrete Hinweise** darauf, dass das Cafe des A **nicht unerheblich in den Handel mit Betäubungsmitteln eingebunden** war. Im Bericht eines Polizeibeamten wird ausgeführt, eine Person, die eine Kugel Kokain mit sich geführt habe, die sie zuvor von einem Schwarzafrikaner vor dem A.-Cafe erworben hatte, habe sinngemäß erklärt, die Schwarzafrikaner zahlen das Geld an den Café-Betreiber und dürfen sich im Gegenzug dort aufhalten und von dort aus Drogengeschäfte verabreden und im Nahbereich durchführen. In der Vergangenheit sei häufig beobachtet worden, wie **Erwerber gezielt das A.-Cafe aufsuchen** um Kontakt zu Schwarzafrikanern aufzunehmen, die dann meistens außerhalb des Geschäftes Betäubungsmittel übergeben. Viele der Schwarzafrikaner, die sich über längere Zeit im A.-Cafe aufhalten, seien der Polizei dienstlich als **BTM-Händler** bekannt. Zudem sei auch bei Maßnahmen innerhalb des Geschäfts immer wieder **BTM** aufgefunden worden [wird ausgeführt].“ (OVG Bremen aaO)*

Bei einer ordnungsgemäßen Führung des Geschäfts müsste A daher wirksame Maßnahmen ergreifen, um diesen Missbrauch seines Geschäfts zum Drogenhandel zu unterbinden. Der Umstand, dass immer wieder Drogengeschäfts nachgewiesen werden können, zeigt aber deutlich, dass der Ast. **nicht Willens oder nicht in der Lage** ist, die **einwandfreie Führung seines Geschäfts zu gewährleisten**.

*„Dies gerade auch deshalb, weil A nach Aktenlage zuvor wiederholt auf die **Verbindung seines Lokals zur Drogenszene aufmerksam gemacht** worden ist. In [einem Polizeibericht] heißt es, es hätten diverse Male Gespräche mit A stattgefunden, in denen diesem die polizeilichen Verdachtsmomente (Tatvorwurf der Hehlerei bzw. des Verschaffens von Gelegenheiten) erklärt worden seien. Auch sei es im Rahmen eines polizeilichen Einsatzes zu erheblichen Widerstandshandlungen eines schwarzafrikanischen Drogendealers gekommen. Während der Festnahme seien diverse Teile des Mobiliars umgestürzt. A sei in unmissverständlicher Art und Weise darauf hingewiesen worden, dass die vor Ort durchgeführten polizeilichen Maßnahmen gegen Drogendealer u. a. daher rührten, dass er als **Betreiber des Ladens den Aufenthalt der Drogendealer andauernd dulde**.“ (OVG Bremen aaO)*

A kann sich insofern auch nicht damit entlasten, dass es sich bei dem Quartier „...“ traditionell um eines der stärksten BTM-belasteten Gebiete in der Stadtgemeinde B. handelt, so kann ihn das nicht entlasten.

*„Vielmehr hätte dies ihm **Anlass geben müssen**, mit **erhöhter Aufmerksamkeit** darauf zu achten, dass sein Lokal, das auf ständig wechselnde Kundschaft ausgerichtet ist, nicht in die Drogenszene hineingezogen wird. Wer ein Lokal dieser Art in einer solchen Umgebung betreiben will, muss die **Gewähr dafür bieten**, dass er in der Lage ist, dem **Missbrauch des Lokals durch die Drogenszene** – u. U. durch den Einsatz zusätzlichen Wachpersonals – **zu widerstehen**. Wer das nicht leisten kann, hat nicht die für die Gewerbeausübung erforderliche Zuverlässigkeit.“ (OVG Bremen aaO)*

Die von A ergriffenen Maßnahmen reichen insofern nicht aus.

„Selbst wenn der A geglaubt haben sollte, nach den von ihm ergriffenen Gegenmaßnahmen sei sein Lokal von der Drogenszene frei, würde ihm das nicht weiterhelfen. Das Ergebnis der Durchsuchung des Lokals vom 01.07.2009 hat deutlich gemacht, dass der Ast. die im öffentlichen Interesse zu fordernde einwandfreie Führung des Gewerbes nicht gewährleisten kann.“ (OVG Bremen aaO)

A ist daher zum Führen des Gewerbes unzuverlässig.

b) Erforderlichkeit der Gewerbeuntersagung

Der Tatbestand des § 35 I 1 GewO ist jedoch nur erfüllt, wenn die Gewerbeuntersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Die Untersagung ist nur dann ein erforderliches Mittel, wenn andere Mittel zur Gefahrenabwehr bei vernünftiger Abwägung aller Gesichtspunkte vom öffentlichen, aber auch privaten Interesse aus nicht mehr vertretbar sind.

BVerwG GewA 1966, 202; VGH Kassel GewA 1973, 61; OVG Hamburg GewA 1991, 423; OVG Lüneburg GewA 1972, 120; OVG Thüringen GewA 2006, 472 f; vgl. auch BVerwG GewA 1975, 385

Hier hat die Polizei alle ihr zur Verfügung stehenden Mittel zur Bekämpfung des Drogenhandels in den Geschäftsräumen des A ausgeschöpft. Die Unterbindung von Drogenhandel, der eine Straftat darstellt, stellt ein Interesse der Allgemeinheit dar, so dass die Gewerbeuntersagung auch erforderlich war.

II. Ergebnis: Die Gewerbeuntersagung ist rechtmäßig, so dass die Anfechtungsklage des A keinen Erfolg haben wird.

Kurzauslese I

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

BGB
§ 307

Farbvorgabeklauseln Wirksamkeit

BGB

(BGH in NJW 2011, 514; Beschluss vom 14.12.2010 – VIII ZR 198/10)

Die **Farbvorgabe „weiß“** für eine **Auszugsdekoration** des Mieters benachteiligt diesen unangemessen i. S. von § 307 I BGB und ist damit **unwirksam**.

„Die im Mietvertrag enthaltene Farbvorgabe bezieht sich zwar nur auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Mietsache und erlaubt es dem Mieter somit, die Wohnung während der Mietzeit nach seinem persönlichen Geschmack zu dekorieren. Die **Einengung der Farbwahl auf nur eine einzige Farbe** („weiß“) im Zeitpunkt der Rückgabe **schränkt die Gestaltungsfreiheit des Mieters** aber in einer Weise ein, die nicht durch berechnete Interessen des Vermieters gerechtfertigt ist und den Mieter deshalb unangemessen benachteiligt. Das BerGer. hat zutreffend darauf abgestellt, dass das berechnete Interesse des Vermieters dahin geht, die Wohnung in einem Dekorationszustand zurückzuerhalten, der dem Geschmack eines größeren Interessentenkreises entspricht und eine rasche Weitervermietung ermöglicht. Dieses Interesse erfordert es aber nicht, den Mieter für den Zeitpunkt des Auszugs zwingend auf einen weißen Anstrich festzulegen, weil auch eine Dekoration in anderen dezenten Farbtönen eine Weitervermietung nicht erschwert. Für den Mieter hingegen ist ein gewisser Spielraum bei der farblichen Gestaltung auch für den Rückgabepunkt von nicht unerheblichem Interesse, weil er sich dann aus **wirtschaftlichen Erwägungen** dafür entscheiden kann, schon während der Mietzeit eine Dekoration innerhalb der für den Rückgabepunkt vorgeschriebenen Bandbreite farblicher Gestaltung vorzunehmen, um nicht beim Auszug nur wegen der farblichen Gestaltung eine sonst noch nicht erforderliche Renovierung vornehmen zu müssen.“ (BGH aaO)

BGB
§ 536

Mietminderung jahreszeitabhängige Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit

BGB

(BGH in NZM 2011, 153; Urteil vom 15.12.2010 – XI ZR 132/09)

Wirkt sich in einem Mietvertrag ein **Mangel nur periodisch** erheblich auf die **Gebrauchstauglichkeit der Mietsache** aus, so kann der **Mietzins** auch **nur in diesem Zeitraum gemindert** werden.

„Nach § 536 BGB ist der Mieter bei Vorliegen eines Mangels der Mietsache, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder nicht nur unerheblich mindert, von der Entrichtung der Miete befreit bzw. zur Entrichtung einer angemessen herabgesetzten Miete verpflichtet. Die **Minderung tritt kraft Gesetzes ein** (BGH NJW-RR 1991, 779 m.w. Nachw.). Sie ist **Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips** und hat daher die Aufgabe, die Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen sicherzustellen (BGHZ 176, 191 = NZM 2008, 609 = NJW 2008, 2497). Die Hauptleistungspflicht des Vermieters besteht darin, dem Mieter während der gesamten Mietzeit den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu ermöglichen (§ 535 I BGB).

Als Gegenleistung schuldet der Mieter den vereinbarten Mietzins (§ 535 II BGB). Das Äquivalenzverhältnis der Leistungen ist deshalb gestört, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch wegen eines Mangels nicht nur unerheblich beeinträchtigt ist. Dabei ist ein Mangel der Mietsache jede nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands von dem vertraglich vereinbarten Zustand, der ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigt (st. Rspr.; BGH NZM 2000, 492 = NJW 2000, 1714; NJW 2005, 2152 = NZM 2005, 500; NZM 2010, 668 = NJW 2010, 3152).

Von einer **nicht nur unerheblichen Einschränkung des vertragsgemäßen Gebrauchs** ist auch dann auszugehen, wenn der **Mangel sich auf die Gebrauchstauglichkeit noch nicht unmittelbar auswirkt, aber die konkrete Gefahr besteht**, dass er sie jederzeit erheblich beeinträchtigt (vgl. zu öffentlich-rechtlichen Gebrauchsbeschränkungen BGH GE 2008, 120 = ZMR 2008, 274; NJW 1992, 3226; BGH WM 1983, 660; OLG Düsseldorf NZM 2003, 556).

Wirkt sich demgegenüber ein Mangel nur periodisch in einem vorhersehbaren Zeitraum erheblich auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache aus, ist der Mietzins auch nur in diesem Zeitraum kraft Gesetzes herabgesetzt (MüKo-BGB/Häublein, 5. Aufl., § 536 Rn 30; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 536 Rn 34; OLG Rostock OLGR 2001, 281; LG Berlin ZMR 1992, 302; a.A. Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 536 Rn 325). Während der Zeit, in der die Mietsache trotz Vorliegens eines Mangels uneingeschränkt vertragsgemäß nutzbar ist, scheidet eine Herabsetzung der Miete aus.“ (BGH aaO)

InsO
§§ 129 ff.

Insolvenzanfechtung Geldstrafe

InsO

(BGH in MDR 2011, 71; Urteil vom 14.10.2010 – IX ZR 16/10)

Die **Zahlung einer Geldstrafe** unterliegt der **Insolvenzanfechtung**.

„Der **Strafcharakter rechtfertigt** insofern **keine Sonderbehandlung** (MüKo-InsO/Kirchhof, 2. Aufl. § 129 Rn 142; Rinjes wistra 2008, 336 und wistra 2009, 16; Bittmann wistra 2009, 15; für Geldauflagen gemäß § 153a StPO, die zur Einstellung eines Strafverfahrens gezahlt werden, auch BGH NJW 2008, 2506).

Nach der gesetzlichen Regelung in § 39 I Nr. 3 InsO handelt es sich bei Geldstrafen um nachrangig zu befriedigende Insolvenzforderungen. Die Konkursordnung hatte Geldstrafen ganz vom Konkursverfahren ausgeschlossen (§ 63 Nr. 3 KO). Beiden Regelungen

liegt die Wertung zugrunde, dass die **Folgen strafbarer Handlungen des Schuldners diesen persönlich treffen und nicht den übrigen Insolvenzgläubigern aufgebürdet werden sollen** (BGH aaO). Als nachrangige Insolvenzforderungen müssen Geldstrafen im Insolvenzverfahren regelmäßig nicht angemeldet werden (§ 174 III 1 InsO). Bei der Verteilung werden sie nur bedient, wenn alle vorrangigen Insolvenzforderungen befriedigt sind. Wegen des Strafcharakters kann die Haftung des Schuldners für eine Geldstrafe allerdings weder in einem Insolvenzplan ausgeschlossen oder eingeschränkt werden (§ 225 III InsO) noch wird sie von der Erteilung der Restschuldbefreiung berührt (§ 302 Nr. 2 InsO). Dem liegt zugrunde, dass eine Geldstrafe nicht der Disposition der Gläubiger unterliegt und der Schuldner sich durch das Insolvenzverfahren der Strafe nicht entziehen können soll (Begründung zu § 251 und § 268 RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443 S. 194 und 201). **Geldstrafen sind sonach in das Insolvenzverfahren einbezogen**. Für sie gelten die allgemeinen Regelungen der Insolvenzordnung, soweit keine Sondervorschriften bestehen (vgl. Begründung zu § 46 RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443 S. 123). Die Normen über die Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff InsO) enthalten keine Sonderregelung. Sie sind daher auf Geldstrafen grundsätzlich anwendbar. Anfechtbar erlangte Zahlungen sind von der Justizkasse zur Insolvenzmasse zurückzugewähren (§ 143 I 1 InsO). Geschieht dies, lebt die Forderung des Staates auf Zahlung der Geldstrafe nach § 144 I InsO wieder auf.“ (BGH aaO)

StGB
§ 211 II

**Verdeckungsmord
Verdeckungsabsicht**

StGB

(BGH in NSTZ 2011, 34; Beschluss vom 04.08.2010 – 2 StR 239/10)

Ein **Verdeckungsmord** setzt stets voraus, dass die **Verdeckungshandlung selbst nach der Vorstellung des Täters Mittel der Verdeckung** sein soll.

„Zwar kommt die Annahme von Verdeckungsabsicht i.S. von § 211 II StGB nach der Rspr. des BGH grds. auch dann in Betracht, wenn der Tod des Opfers nicht mit direktem Vorsatz angestrebt, sondern nur bedingt vorsätzlich in Kauf genommen wird (vgl. BGHSt 41, 358; BGH NJW 1992, 583; BGH NJW 1999, 1039; BGH NJW 2000, 1730; BGH NSTZ 2004, 495), wenn nicht im Einzelfall der Tod des Opfers sich als zwingend notwendige Voraussetzung einer Verdeckung darstellt (vgl. Fischer, StGB, 57. Aufl., § 211 Rn 79). Voraussetzung ist aber stets, dass die Verdeckungshandlung selbst nach der Vorstellung des Täters Mittel der Verdeckung sein soll (vgl. MüKo-StGB/Schneider § 211 Rn 196). Wenn der Täter annimmt, eine Aufdeckung der anderen Straftat werde unabhängig von der Verdeckungshandlung und von deren Tötungserfolg nicht eintreten, fehlt es an der erforderlichen (vorgestellten) Kausalität einer möglicherweise objektiv „verdeckenden“ Handlung für den subjektiv angestrebten Erfolg.“ (BGH aaO)

StGB
§ 242

**Diebstahl
Personalausweis als taugliches Tatobjekt**

StGB

(OLG Stuttgart in NSTZ 2011, 44; Beschluss vom 21.01.2010 – 6 Ss 1458/09)

Ein **Personalausweis** kann **taugliches Objekt eines Diebstahls** sein, denn die Zueignung ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass er **im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland** steht.

„Zwar steht der Personalausweis nicht im Eigentum des Inhabers, sondern im Eigentum der BR Deutschland (vgl. § 1 VII 2 PersonalauswG). **Durch die Wegnahme und Benutzung durch einen Nichtberechtigten wird der Ausweis aber dem Zugriff durch den Aussteller entzogen**. Der Täter steht anders als der berechtigte Ausweisinhaber in Bezug auf den Ausweis in keiner rechtlichen Beziehung zum Aussteller; der Dieb kommt mit dem unrechtmäßigen Besitz des Ausweises gerade nicht seiner **gesetzlichen Ausweispflicht** (vgl. § 1 I PersonalauswG) nach. Die beliebige **Benutzung des Ausweises durch den Dieb erfolgt unter faktischer Verdrängung des Ausstellers aus seiner Eigentümerstellung** (a.A. bei Wegnahme von Ausweisen Kindhäuser in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, 2. Aufl., § 242 Rn 103).“ (OLG Stuttgart aaO)

StGB
§ 244 I Nr. 3

**Wohnungseinbruchsdiebstahl
Begriff des Einsteigens**

StGB

(BGH in StV 2011, 17; Beschluss vom 27.07.2010 – 1 StR 319/10)

Gelangt der Täter durch die Terrassentür in die Wohnung, liegt ein Einsteigen i.S. des § 244 I Nr. 3 StGB selbst dann **nicht vor**, wenn der Täter zum Öffnen der Tür zunächst durch einen gekippten Türflügel in die Wohnung hineingreifen muss.

„Einsteigen in einen Raum ist über den **engeren Sprachsinn hinaus jedes nur unter Schwierigkeiten mögliche Eindringen durch eine zum ordnungsgemäßen Eintritt nicht bestimmte Öffnung** (vgl. Fischer, StGB, 57. Aufl., § 243 Rn 6 mN). Eine **im Erdgeschoss gelegene Terrassentür ist demgegenüber allgemein zum Betreten des Gebäudes vorgesehen**. In solchen Fällen [liegt] ein Einsteigen selbst dann nicht vor, wenn der Täter zum Öffnen der Tür zunächst durch einen gekippten Türflügel in die Wohnung hineingreifen muss (vgl. BGHSt 10, 132 = NJW 1957, 638; Vogel, LK-StGB, 12. Aufl. § 243 Rn 22).“ (BGH aaO)

StVO
§ 23 Ia

**Mobiltelefon
Walkie-Talkie**

StVO

(AG Sonthofen in NSTZ-RR 2010, 387; Beschluss vom 01.09.2010 – 144 Js 5270/10)

Bei einem **Walkie-Talkie** handelt es sich um ein **Mobiltelefon i.S. des § 23 Ia StVO**.

I. Unter Mobiltelefon ist ein **bewegliches Kommunikationsgerät zur Übertragung von Tönen, insbes. von Sprache** mittels elektrischer Signale zu verstehen.

„Die **Beweglichkeit des Geräts** [hier: Walkie-Talkie] ist vorliegend evident, auch dient es zur **Übertragung von Sprache mittels elektrischer Signale**. Einziger Unterschied zu gewöhnlichen Mobilfunkgeräten ist, dass **kein Mobilfunknetz benötigt wird und keine Nummer zu wählen ist**. Dies rechtfertigt weder eine andere Betrachtung noch wird dadurch die grds. en-

ge Auslegung des Begriffs „Mobilfunkgerät“ gesprengt. Bei Wikipedia wird Mobilfunk sogar bereits noch deutlicher als Sammelbezeichnung für den Betrieb von beweglichen Funkgeräten definiert. Darunter fallen vor allem tragbare Telefone (Mobiltelefone, Gegensprechverfahren) und in Fahrzeuge eingebaute Wechselsprechgeräte (z.B. Taxifunk). Wäre eine Einschränkung des Anwendungsbereichs, zum Beispiel auf die Nutzung „öffentlich zugänglicher Telefondienste“, § 3 Nr. 17 TKG (i.d.F.v. 07.07.2005; § 3 Nr. 19 TKG a.F.) durch Kraftfahrer, auf bestimmte Kommunikationszwecke, auf bestimmte Betriebsarten oder auf nachrichtentechnische Verfahren („Wechselsprechen“ oder „Gegensprechen“) gewollt gewesen, hätte es einer anderen Fassung des Wortlauts des Bußgeldtatbestandes selbst bedurft. Hinweise auf ein „ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“ finden sich in der amtlichen Begründung freilich nicht.“ (AG Sonthofen aaO)

II. Auch die **Besonderheiten eines Walkie-Talkie rechtfertigen keine andere Einordnung.**

„**Ob eine Nummer** – wie in der Regel – bei einem Mobiltelefon über eine Namensliste über wenige Tastendrucke oder gar über Kurzwahl erfolgt oder schlicht eine Taste zu drücken ist, um die Verbindung herzustellen, ist **für die Begrifflichkeit des Mobilfunkgeräts nicht entscheidend**, zumal bereits das Halten sanktioniert ist, also ein **Gesprächsaufbau nicht einmal zwingende Voraussetzung** ist.“

Ferner ändert auch die Art der elektrischen Signale bzw. deren Frequenz nicht das Geringste an der Verwendungsart des Geräts.

Auch die Tatsache, dass **Walkie-Talkies nicht gleichzeitiges Hören und Sprechen ermöglichen, vermag einen entscheidenden Unterschied nicht zu begründen**, nachdem dafür bei Walkie-Talkies für die Sprechfunktion eine Taste gedrückt werden und gedrückt gehalten werden muss. Für Letzteres ist sicher nicht weniger Konzentration erforderlich als für die aus persönlichen Gesprächen gewohnte und insbesondere bei Paarbeziehungen häufige Konstellation, dass beide Gesprächsteilnehmer gleichzeitig reden und zuhören (sollten). Hinzu kommt, dass selbst dass Abhören von Musikdateien aus einem Handy der Sanktion unterfällt (vgl. OLG Köln NSTZ-RR 2010, 88).“ (AG Sonthofen aaO)

III. Mit dieser Auslegung ist auch weder der mögliche Wortsinn durch Analogie, noch auch nur die Definition des Begriffs überschritten.

„Die entgegenstehende Auffassung (Hentschel/König/Dauer, StraßenverkehrsR, 40. Aufl., § 23 Ia StVO) vermag demgegenüber nicht zu überzeugen: **Alleine die Möglichkeit, auf Grund minimaler Unterschiede Abgrenzungen vornehmen zu können, rechtfertigt nicht eine unterschiedliche Beurteilung.** Es wäre lebensfremd, würde man bei derartigen Unterscheidungskriterien ansetzen, zumal der Gesetzgeber dann auf jede technische Weiterentwicklung von Mobilfunkgeräten mit einer Gesetzesänderung reagieren müsste. So wird – soweit ersichtlich – auch nicht vertreten, Mobilfunkgeräte mit UMTS unterfielen deswegen der Definition nicht mehr, weil auf Grund dieser Neuerung Abgrenzungsmöglichkeiten zu bisherigen Modellen bestehen. Selbstverständlich kann es im Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht nur Sanktionen für klar definierte Tatbestände geben. Dieser Definition ist indes vorliegend Genüge getan.“ (AG Sonthofen aaO)

GG

Amtshaftung

GG

Art. 34

kein Schadensersatz wegen Streusalz-Schäden

(LG Magdeburg in NVwZ-RR 2011, 183; Urteil vom 09.11.2010 – 10 O 1151/10)

Ein **Straßenanlieger hat keinen Anspruch** gegenüber dem Träger der Straßenbaulast, eine **bestimmte Winterdienstmaßnahme** (hier: Verwendung abstumpfender Mittel wie z.B. Splitt statt Streusalz) **zu fordern.**

„Die Verwendung von Streusalz zum Abstreuen der Straßenoberfläche war der bekl. Gemeinde erlaubt. Anders als der Kl. meint, war die Bekl. nicht gehalten, vor dem Grundstück des Kl. die Art der winterdienstlichen Behandlung zu ändern und auf ein Abstumpfen mit Splitt oder „einfaches“ Räumen des Schnees umzustellen. **Welche Art der Winterdienstbehandlung zur Anwendung kommt, durfte die Bekl. nach fachlicher Prüfung selbst entscheiden.** Ihr steht ausschließlich die fachliche Entscheidung zu (wird ausgeführt.)

Anhaltspunkte dafür, dass die Bekl. eine willkürliche Auswahl unter den Winterdienstmaßnahmen vorgenommen hat, sind nicht ersichtlich. Ebenso **fehlen Anhaltspunkte für einen Ermessensfehl- oder Ermessensnichtgebrauch** (wird ausgeführt.)

Dasselbe gilt auch für die Frage der Streuweitenregulierung. Sofern diese regulierbar sei und deshalb reguliert werden müsse, wäre damit ein unverhältnismäßiger und der Bekl. nicht zumutbarer Aufwand verbunden. Gerade in historisch gewachsenen Orten entsprechen viele Straßen und Wege in ihrer Breite nicht den heutigen „Normen“. Wenn die Bediensteten der Bekl. für jede Straße die Streuweite exakt einzustellen hätten, würde ein unverhältnismäßiger Mehraufwand entstehen, der vor dem Hintergrund von § 9 SachsAnhStrG nicht eingefordert werden kann.“ (LG Magdeburg aaO)

BBG

disziplinarrechtliche Maßnahme

BeamtenR

§ 77 I 2

außerdienstlicher Besitz kinderpornografischer Schriften

(BVerwG in NVwZ 2011, 299; Urteil vom 19.08.2010 – 2 C 13/10)

I. Wird ein **Beamter wegen einer vorsätzlich begangenen außerdienstlichen Straftat verurteilt**, für die das Strafgesetzbuch zumindest eine mittelschwere Strafdrohung (Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren) vorsieht, so liegt i. d. R. ein **Dienstvergehen i. S. des § 77 I 2 BBG** vor.

„Der **Strafrahmen lässt Rückschlüsse auf das Maß der disziplinarrechtlich relevanten Ansehensschädigung zu.** Die Disziplinarwürdigkeit eines erstmaligen außerdienstlichen Verhaltens eines Beamten i. S. von § 77 I 2 BBG ist regelmäßig anzunehmen, wenn das außerdienstliche Verhalten im Strafgesetzbuch als **Vergehen mit einer Freiheitsstrafe im mittleren Bereich belegt** ist.“

Durch die Festlegung des Strafrahmens bringt der Gesetzgeber verbindlich den Unrechtsgehalt eines Delikts zum Ausdruck. An dieser Wertung hat sich auch die Entscheidung über die Eignung zur Vertrauensbeeinträchtigung i. S. von § 77 I 2 BBG zu orientieren, wenn andere Kriterien, wie etwa ein Dienstbezug oder die Verhängung einer Freiheitsstrafe bei einer vorsätzlich begangenen Straftat ausscheiden. Hierdurch wird hinsichtlich der Frage der Disziplinarwürdigkeit außerdienstlichen Verhaltens eine Entscheidung gewährleistet, die an nachvollziehbare Kriterien anknüpft.

Durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27.12.2003 (BGBl I, 3007) hat der Gesetzgeber den Strafraumen für den Besitz kinderpornografischer Schriften von einem auf zwei Jahre Freiheitsstrafe erhöht. Gemessen an den Kriterien des Strafgesetzbuches handelt es sich um eine Strafandrohung im mittleren Bereich.“ (BVerwG aaO)

II. Dem **außerdienstlichen Besitz kinderpornografischer Schriften** lässt sich wegen der Variationsbreite der denkbaren Fallgestaltungen **nicht eine bestimmte Disziplinarmaßnahme i. S. einer Regelmaßnahme** zuordnen.

1. Für das außerdienstlich begangene Dienstvergehen des Besitzes kinderpornografischer Schriften **scheidet eine Regeleinstufung** wie sie in der Rspr. für schwerwiegendes innerdienstliches Fehlverhalten entwickelt worden ist (BVerwG NVwZ-RR 2007, 695 m. w. N.), **aus**.

Danach kommt regelmäßig die Entfernung aus dem Dienst (bzw. die Aberkennung des Ruhegehalts) dann in Betracht, wenn die Schwere des innerdienstlichen Dienstvergehens das für die weitere dienstliche Tätigkeit notwendige Vertrauensverhältnis endgültig zerstört hat (z. B. BVerwGE 124, 252 = NVwZ 2006, 469). Im Bereich der Sexualdelikte hat der Senat den mit Freiheitsstrafe geahndeten außerdienstlichen sexuellen Missbrauchs eines Kindes (§ 176 I StGB) als derart schwerwiegend erachtet, dass die Höchstmaßnahme indiziert ist, wenn es insgesamt an hinreichend gewichtigen entlastenden Umständen fehlt (BVerwG NVwZ 2010, 1571)

„Anders als bei einem solchen unmittelbaren Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung ist beim Besitz kinderpornografischer Schriften eine **Regeleinstufung nicht angezeigt, weil die Variationsbreite der jeweiligen Schwere der außerdienstlichen Verfehlung zu groß** ist. Dies gilt für den Besitz kinderpornografischer Schriften namentlich dann, wenn es an einem dienstlichen Bezug des strafbaren Verhaltens fehlt. In diesen Fällen hat sich die Maßnahmebemessung als Richtschnur an der jeweiligen Strafandrohung auszurichten. Denn durch die Strafandrohung bringt der Gesetzgeber seine Einschätzung zum Unwert eines Verhaltens verbindlich zum Ausdruck. Die **Anknüpfung an den Strafraumen gewährleistet auch insoweit eine nachvollziehbare und gleichmäßige disziplinarrechtliche Ahndung von Dienstvergehen**. Ebenso wie bei einer Regeleinstufung sind die Verwaltungsgerichte auch bei der Bestimmung eines Orientierungsrahmens gehalten, über die erforderliche Disziplinarmaßnahme auf Grund einer prognostischen Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller im Einzelfall belastenden und entlastenden Gesichtspunkte zu entscheiden. Die Verwaltungsgerichte dürfen ihre eigene Einschätzung des Unwertgehalts eines Delikts nicht an die Stelle der Bewertung des Gesetzgebers setzen, wenn sie den Strafraumen für unangemessen niedrig halten. Das Ausmaß des Ansehensschadens, der durch eine außerdienstlich begangene Straftat herangerufen wird, wird maßgeblich durch den Strafraumen bestimmt.“ (BVerwG aaO)

2. Auf der Grundlage des vom Gesetzgeber im Jahr 2003 angehobenen Strafraumens für das Vergehen des Besitzes kinderpornografischer Schriften, der im mittelschweren Bereich liegt, hat sich die **Zuordnung einer Disziplinarmaßnahme** für derartige außerdienstliche Verfehlungen als Richtschnur an der Maßnahme der **Zurückstufung (§ 9 BDG)** zu orientieren.

„Anders als das Delikt der außerdienstlichen Trunkenheitsfahrt ist der außerdienstliche Besitz kinderpornografischer Schriften in besonderem Maße geeignet, das **Ansehen des Beamtentums in bedeutsamer Weise zu beeinträchtigen**. Dies folgt aus den mit dem Delikt einhergehenden Eingriff in die Menschenwürde des Kindes, das zum bloßen Objekt sexueller Begierde degradiert wird. Dieser Unrechtsgehalt hat im Strafraumen seinen Ausdruck gefunden.“ (BVerwG aaO)

GaststG
§ 1

Rauchverbot
gilt auch für Wasserpfeifen

öffR

(BVerfG in NVwZ 2011, 294; Beschluss vom 02.08.2010 – 1 BvQ 23/10)

Es ist **verfassungsrechtlich unbedenklich**, das **Rauchen von Wasserpfeifen in sog. Shisha-Bars**, in denen das Rauchen Teil des gastronomischen Konzepts ist, **in das strikte Rauchverbot in Gaststätten i. S. des § 1 GaststG einzubeziehen**.

„Angesichts des **Einschätzungsspielraums, der dem Gesetzgeber zusteht**, wenn er zur Verhütung von Gefahren für die Allgemeinheit tätig wird (vgl. BVerfGE 121, 317 = NJW 2008, 2409 = NVwZ 2008, 987 m. w. Nachw.), ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Landesgesetzgeber auch den beim Rauchen von Wasserpfeifen entstehenden Tabakrauch in der Umgebungsluft als **Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung ansieht**.

Entscheidet sich der Gesetzgeber wegen des hohen Rangs der zu schützenden Rechtsgüter für ein striktes Rauchverbot in allen Gaststätten i. S. von § 1 GaststG, so darf er dieses Konzept konsequent verfolgen und muss sich auch nicht auf Ausnahmeregelungen für solche Gaststätten einlassen, bei denen – wie bei sog. Shisha-Bars – das **Rauchen Teil des gastronomischen Konzepts** ist. Auch die besondere Belastung des Ast. begründet keine verfassungsrechtlichen Zweifel am strikten Rauchverbot. Zwar kann ein die Berufsfreiheit beschränkendes Gesetz, das als solches dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, insoweit gegen Art. 12 I i. V. mit Art. 3 I GG verstoßen, als bei der Regelung Ungleichheiten nicht berücksichtigt wurden, die typischerweise innerhalb der betroffenen Berufsgruppe bestehen. Der Gesetzgeber kann dann gehalten sein, den unterschiedlichen Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung durch Härteregulungen oder weitere Differenzierungen Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 34, 71 = NJW 1972, 2261).

Auch wenn für den Ast. das Gleiche gelten mag, bedarf es vorliegend keiner Entscheidung, ob Gaststätten, die überwiegend auf das Rauchen von Wasserpfeifen ausgerichtet sind, die beschriebenen Voraussetzungen einer besonderen Betroffenheit erfüllen (vgl. in diesem Zusammenhang SaarVerfGH, LKRZ 2009, 55; BerlVerfGH BeckRS 2010, 47494). Denn eine stärkere Belastung von Inhabern bestimmter Arten von Gaststätten – bis hin zur Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz – ist angesichts der für alle Gaststätten geltenden Regelung durch hinreichende sachliche Gründe gerechtfertigt, weshalb weder Ausnahme- noch Härteregulungen erforderlich sind (vgl. BVerfGE 121, 317 = NJW 2008, 2409 = NVwZ 2008, 987).“ (BVerfG aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 690 I Nr. 3

Anspruchsindividualisierung im Mahnbescheid „Schadensersatz aus Mietvertrag“ (BGH in NJW 2011, 2648; Urteil vom 17.11.2011 – VIII ZR 211/09)

ZPO

1. Den in § 690 I Nr. 3 ZPO aufgestellten Anforderungen an eine **Individualisierung des im Mahnbescheid bezeichneten Anspruchs** kann unter bestimmten Umständen auch dann genügt sein, wenn zwar eine im Mahnbescheid in Bezug genommene Anlage weder diesem beigefügt noch dem Schuldner zuvor zugänglich gemacht worden ist, jedoch die **übrigen Angaben im Mahnbescheid eine Kennzeichnung des Anspruchs ermöglichen**.
2. Das Erfordernis, einen angegebenen Gesamtbetrag bereits im Mahnbescheid hinreichend aufzuschlüsseln, besteht nur dann, wenn eine Mehrzahl von Einzelforderungen geltend gemacht wird. Anders liegt es, wenn Gegenstand des Mahnbescheids eine **einheitliche Schadensersatzforderung** ist, die sich aus **mehreren unselbstständigen Rechnungs-posten** zusammensetzt.

Fall: Die Kl. waren Mieter eines Wohnhauses der Bekl. in E. Nachdem zwischen den Parteien Streit über Mängel am Mietobjekt entstanden war, der in eine umfangreiche gerichtliche Auseinandersetzung mündete, zogen die Kl. im Oktober 2003 aus dem Wohnhaus aus. Mit rechtskräftigem Urteil des LG Münster vom 21.12.2006 wurden die jetzigen Kl. zur Zahlung von 3.594,14 Euro Miete nebst Verzugszinsen verurteilt. In jenem Rechtsstreit hatten die jetzigen Kl. mehrfach die Geltendmachung umfangreicher Schadensersatzansprüche angekündigt. Ende des Jahres 2006 übersandten sie den Bekl. zwei Einschreiben, mit denen sie die geltend gemachten Schadensersatzansprüche unter Bezugnahme auf eine „Forderungsaufstellung, Stand: Aug. 2006“ mit insgesamt 111.530,24 Euro bezifferten. Die Bekl. verweigerten die Annahme dieser Schreiben. Daraufhin beantragten die Kl. am 28.12.2006 den Erlass eines Mahnbescheids über 29.014,34 Euro zuzüglich Zinsen, in dem die geltend gemachte Hauptforderung mit „Schadensersatz aus Mietvertrag gem. Aufstellung vom 27.12.2006“ bezeichnet war. Dem Antrag war die erwähnte Schadensaufstellung beigefügt. Nach Eingang des Antrags teilte der zuständige Rechtspfleger dem Prozessbevollmächtigten der Kl. mit, dass im maschinell bearbeiteten Mahnverfahren ein Mahnbescheid nicht unter Beifügung einer gesonderten Anlage erlassen und zugestellt werden könne. In Abstimmung mit dem Prozessbevollmächtigten der Kl. ist daraufhin am 22.01.2007 ein Mahnbescheid ohne die angefügte Schadensaufstellung erlassen und den Bekl. am 24.01.2007 zugestellt worden. Die Bekl. haben hiergegen Widerspruch erhoben. Mit Schriftsatz vom 27.06.2007 haben die Kl. die geltend gemachte Schadensersatzforderung begründet. Die Bekl. haben die Einrede der Verjährung erhoben. Ist Anspruchsverjährung eingetreten?

I. Berechnung der Verjährungsfrist

Nach der **regelmäßigen Verjährungsfrist** des § 195 BGB verjähren Ansprüche grundsätzlich nach **Ablauf von 3 Jahren**. Sie beginnt nach § 199 I BGB mit dem **Schluss des Jahres**, in dem der **Anspruch entstanden** ist und der **Gläubiger** von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners **Kenntnis erlangt** oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Die Ansprüche sind während des Mietverhältnisses entstanden, welches schon um Jahre 2003 beendet wurde. Seither verfügten die Kl. auch über die sonst notwendigen Kenntnisse für den Beginn des Verjährungslaufes, so dass die Verjährungsfrist Ende 2003 zu laufen begann und **am 31.12.2006 die Verjährungsfrist endete**.

II. Hemmung der Verjährung durch Zustellung des Mahnbescheides

Allerdings könnte die **Zustellung des Mahnbescheides** am 24.01.2007 die Verjährungsfrist nach § 204 I Nr. 3 BGB **gehemmt** haben.

1. Zustellung „demnächst“, § 167 ZPO

Zwar erfolgte diese Zustellung erst nach Ablauf der Verjährungsfrist, allerdings findet auch im Mahnverfahren § 167 ZPO Anwendung.

*„Denn gem. § 167 ZPO wirkt die in § 204 I Nr. 3 BGB angeordnete Hemmung zurück auf den Zeitpunkt der Einreichung des Mahnantrags beim Mahngericht, wenn die Zustellung des Mahnbescheids „demnächst“ erfolgt. Im Bereich des Mahnverfahrens ist eine **binnen eines Monats** erfolgende Zustellung im Hinblick auf*

die Wertung des § 691 II ZPO stets als „**demnächst**“ i. S. von § 167 ZPO anzusehen (vgl. etwa BGH NJW-RR 2006, 1436 Rn 17; GE 2005, 1420 = BeckRS 2005, 6489 [unter I]).“ (BGH aaO)

Der Antrag ist noch im Jahre 2006 am 28.12.2006 beantragt worden und die Zustellung am 24.01.2007 ist nach allgemeinen Maßstäben noch als „**demnächst**“ anzusehen.

2. hinreichende Anspruchsindividualisierung

Allerdings hemmt die Zustellung eines Mahnbescheids die Verjährung des geltend gemachten Anspruchs gem. § 204 I Nr. 3 BGB nur dann, wenn dieser im Antrag auf Erlass des Mahnbescheids in einer den Anforderungen des § 690 I Nr. 3 ZPO entsprechenden Weise **hinreichend individualisiert** worden ist.

a) Grundsatz

„Dazu ist erforderlich, dass der Anspruch durch seine Kennzeichnung von anderen Ansprüchen so unterschieden und abgegrenzt wird, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein kann und dem **Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will**. Wann diese Anforderungen erfüllt sind, kann nicht allgemein und abstrakt festgelegt werden; vielmehr hängen **Art und Umfang** der erforderlichen Angaben **im Einzelfall** von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des Anspruchs ab (st. Rspr.; Senat, NJW 2008, 1220 = NZM 2008, 202 Rn. 13; BGH, NJW 2009, 56 Rn 18; NJW 2008, 3498 Rn 7; Senat, NJW-RR 2010, 1455 Rn 11; vgl. auch BGHZ 172, 42 = NJW 2007, 1952 = NZM 2007, 403 Rn 39 zur Unterbrechung der Verjährung nach § 209 BGB a. F. m.w.N.).“ (BGH aaO)

Voraussetzung für die verjährungshemmende Wirkung ist nicht, dass aus dem Mahnbescheid für einen außenstehenden Dritten ersichtlich ist, **welche konkreten Ansprüche** mit dem Mahnbescheid geltend gemacht werden.

„Es reicht aus, dass dies **für den Antragsgegner erkennbar** ist (Senat, NJW 2008, 1220 = NZM 2008, 202 Rn 15; NJW-RR 2010, 1455; vgl. ferner BGHZ 172, 42 = NJW 2007, 1952 = NZM 2007, 403 Rn 46 m.w.N.). So kann im Mahnbescheid zur Bezeichnung des geltend gemachten Anspruchs **auf Rechnungen oder andere Unterlagen Bezug genommen** werden; wenn ein solches Schriftstück dem Antragsgegner bereits bekannt ist, braucht es dem Mahnbescheid nicht in Abschrift beigelegt zu werden (Senat, NJW 2008, 1220 = NZM 2008, 202 Rn 18; NJW-RR 2010, 1455; BGH, NJW 2008, 3498). Den in § 690 I Nr. 3 ZPO aufgestellten Anforderungen an eine Individualisierung des im Mahnbescheid bezeichneten Anspruchs kann aber unter bestimmten Umständen auch dann genügt sein, wenn zwar eine im Mahnbescheid in Bezug genommene **Anlage weder diesem beigelegt noch dem Schuldner zuvor zugänglich gemacht** worden ist, jedoch die übrigen Angaben im Mahnbescheid eine **Kennzeichnung des Anspruchs ermöglichen** (vgl. BGH, NJW 1994, 323 [unter B III 1 b], insow. in BGHZ 124, 27 nicht abgedruckt; NJW 2000, 1420 [unter II 1 b]; NJW 2002, 520 [unter II 2 b]).“ (BGH aaO)

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das Mahnverfahren als Massenverfahren die Zielsetzung hat, Verfahren schnell zu erledigen. Hiermit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn umfangreiche Erläuterungen zur Individualisierung des Anspruchs erforderlich wären. Notwendig ist daher lediglich eine knappe Kennzeichnung des geltend gemachten Anspruchs und der verlangten Leistung.

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Bezeichnung des geltend gemachten Anspruchs im Mahnbescheid diesen Anforderungen noch gerecht wird. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Bezugnahme auf die dem Mahnbescheid nicht beigelegte Aufstellung vom 27.12.2006 unrelevant ist, da diese den Bekl. auch zuvor nicht zugegangen ist. Maßgeblich ist allein die Bezeichnung als „Schadensersatz aus Mietvertrag“. Diese müssten also unter den konkreten Umständen des vorliegenden Einzelfalls für eine Individualisierung des geltend gemachten Anspruchs noch ausreichend sein. Es kommt daher darauf an, ob für die Bekl. im Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids erkennbar war, auf welchen Lebenssachverhalt die Kl. ihre Forderungen gründeten (vgl. hierzu BGH, NJW 2001, 305 [unter II 2 c bb]).

aa) Eindeutigkeit des Rechtsverhältnisses

„Entscheidend ist hierbei zunächst, dass zwischen den Parteien bei Zustellung des Mahnbescheids **außerhalb** des hier in Rede stehenden **Mietverhältnisses keine rechtlichen Beziehungen** bestanden haben (vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch BGH, NJW 2000, 1420 [„Schadensersatz aus Unfall/Vorfall“], sowie Senat, NJW 2008, 1220 = NZM 2008, 202 Rn 15). Zudem war den Bekl. auf Grund des vorangegangenen Rechtsstreits, der erst kurz vor Zustellung des

Mahnbescheids mit Urteil des LG vom 21.12.2006 seinen Abschluss gefunden hatte, **bekannt**, dass die Kl. wegen der von ihnen gerügten Mängel des angemieteten Hauses und den von ihnen in diesem Zusammenhang getätigten Aufwendungen **beabsichtigten, Schadensersatzansprüche gerichtlich geltend zu machen**. Aus diesem Grund konnte bei den Bekl. bei verständiger Würdigung kein Zweifel daran bestehen, dass die im Mahnbescheid vom 22.01.2007 verlangte **Schadensersatzforderung** in Höhe von 29.014,34 Euro aus dem von den Kl. als mangelhaft **beanstandeten Zustand des vermieteten Wohnhauses** resultierte.“ (BGH aaO)

bb) Fehlende Anspruchsaufschlüsselung

Die Anspruchsindividualisierung könnte aber deshalb unzureichend sein, weil die Bekl. die Zusammensetzung des verlangten Gesamtbetrags aus für sie unterscheidbaren Ansprüchen nicht erkennen konnten.

„Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung besteht das Erfordernis, einen angegebenen Gesamtbetrag bereits im Mahnbescheid hinreichend aufzuschlüsseln, nur dann, wenn eine **Mehrzahl von Einzelforderungen** geltend gemacht wird (vgl. BGH, NJW 2001, 305 [unter II 2 c aa]; Senat, NJW 2008, 1220 = NZM 2008, 202 Rn 13, 19; BGH, NJW 2008, 3498; vgl. ferner BGH, NJW 1993, 862 [unter II 2]; GE 2008, 119 = BeckRS 2007, 65248 Rn 7). Solche selbstständigen Einzelforderungen verfolgen die Kl. im Streitfall nicht. Gegenstand des Mahnbescheids ist vielmehr eine **einheitliche Schadensersatzforderung**, die sich lediglich aus mehreren **unselbstständigen Rechnungsposten zusammensetzt** (vgl. zur Unterscheidung zwischen selbstständigen Forderungen und unselbstständigen Rechnungspositionen Senat, NJW-RR 2010, 1455 Rn 16). Anders als in den vom BGH am 17.12.1992 (NJW 1993, 862), am 17.10.2000 (NJW 2001, 305), am 06.11.2007 (GE 2008, 119 = BeckRS 2007, 65248) und am 10.07.2008 (NJW 2008, 3498) entschiedenen Fällen nimmt der Mahnbescheid **nicht** auf eine **größere Anzahl von Rechnungen** oder auf eine Vielzahl von gezogenen Verrechnungsschecks Bezug. Zur weiteren Kennzeichnung der verlangten Leistung „Schadensersatz aus Mietvertrag“ in Höhe von 29 014,34 Euro wird lediglich auf eine „Aufstellung“ verwiesen. Bereits diese Wortwahl deutet darauf hin, dass die Kl. **nicht mehrere selbstständige Schadensersatzansprüche** verfolgten. Hinzu kommt, dass sich für die Bekl. aus dem vorangegangenen Rechtsstreit, insbesondere aus den dortigen Angaben der Kl. und den Feststellungen im rechtskräftig gewordenen Urteil des LG vom 21.12.2006 bei objektiver Betrachtung erschloss, dass die Kl. ihre Schadensersatzforderung auf den **festgestellten Schimmelbefall** und dessen Auswirkungen und damit auf einen **einheitlichen Lebenssachverhalt** stützten. Einzelangaben zur Berechnung der Höhe der aus diesem Tatsachenkomplex abgeleiteten Schadensersatzforderung waren für eine ausreichende Bezeichnung des geltend gemachten Anspruchs nicht erforderlich (vgl. auch BGH, NJW 2002, 520 [unter II 2 b]).“ (BGH aaO)

Die Angaben im Mahnbescheid genügen daher in Anbetracht der konkreten Fallumstände auch ohne die Beifügung der „Aufstellung vom 27.12.2006“ den in § 690 I Nr. 3 ZPO aufgestellten Anforderungen.

cc) Reduzierung des ursprünglich geforderten Betrages

Einer ausreichenden Anspruchsindividualisierung könnte jedoch entgegenstehen, dass die Kl. zuvor in ihren Einschreiben einen viel höheren Betrag geltend gemachten hatten und nunmehr den Mahnbescheidsantrag auf einen Betrag von 29.014,34 € beschränken.

„Die Bekl. verweigerten die Annahme dieser Schreiben, so dass sie **keine Kenntnis** davon erlangten, dass sich die Kl. **ursprünglich einer höheren Forderung** berühmten. Der wenige Tage vor Ablauf der Verjährungsfrist eingereichte Mahnantrag enthielt auch **keine Hinweise** darauf, dass der darin bezeichnete Anspruch nur einen **Teil einer höheren Gesamtforderung** ausmachte (vgl. zu dieser Fallgestaltung BGH, NJW 2009, 56). In Anbetracht der aufgezeigten Umstände konnten bei den Bekl. keine durchgreifenden Zweifel darüber aufkommen, dass die Kl. den ihnen entstandenen Schaden abschließend auf 29.014,34 Euro bezifferten.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Da der Lauf der Verjährungsfrist nach § 204 I Nr. 3 BGB wirksam durch die Beantragung des Mahnbescheides gehemmt wurde, ist noch keine Verjährung der geltend gemachten Ansprüche eingetreten.

ZPO
§ 345

Rechtsmittel gegen zweites Versäumnisurteil

Meistbegünstigungsprinzip bei Fehlen der Voraussetzungen

(BGH in NJW-RR 2011, 216; Urteil vom 10.08.2010 – 9 U 61/08)

ZPO

1. Gegen ein **zu Unrecht** vom Landgericht **erlassenes II. Versäumnisurteil** (statt I. Versäumnisurteil) ist nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz **Einspruch und/oder Berufung** möglich.
2. Wird Berufung eingelegt, kann das BerGer. nach § 538 II Nr. 6 ZPO den Rechtsstreit **unter Aufhebung des II. Versäumnisurteils** an das Landgericht **zurückverweisen**, weil dort gemäß § 342 ZPO weiterzuverhandeln ist.

Fall: Die Kl. verlangt Rückzahlung eines Darlehens, das sie – bzw. ihre Rechtsvorgängerin – den Bekl. zur Finanzierung des Erwerbs einer Eigentumswohnung zu Steuersparzwecken gewährte. Die Bekl. verteidigen sich gegen die Klage unter anderem mit dem Vortrag, der Darlehensvertrag sei unwirksam.

Das LG hat zunächst einen frühen ersten Termin durchgeführt und ist sodann in die Beweisaufnahme eingetreten. Im Termin vom 02.07.2007 hat das LG einen weiteren Zeugen vernommen und am Schluss der Sitzung ein der Klage stattgebendes Versäumnisurteil gegen die Bekl. erlassen, für die niemand erschienen war. Gegen dieses Versäumnisurteil haben die Bekl. fristgerecht Einspruch eingelegt. Daraufhin hat das LG Einspruchstermin bestimmt. In diesem Termin, der am 12.11.2007 stattgefunden hat, haben die Parteivertreter mit an die neue Prozesssituation angepassten Anträgen verhandelt. Im angesetzten Verkündungstermin hat das LG einen weiteren Beweisbeschluss erlassen und unter anderem Fortsetzungstermin bestimmt. In diesem Termin, der am 02.06.2008 stattgefunden hat, hat das LG einen weiteren Zeugen vernommen und anschließend gegen die Bekl., für die erneut niemand erschienen war, II. Versäumnisurteil erlassen, mit dem ihr Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 02.07.2007 verworfen wurde. Hiergegen liegt die Kl. Berufung ein. Wird diese Erfolg haben?

Die Berufung gegen ein Versäumnisurteil kommt **nur** in Betracht, wenn es sich um ein **zweites Versäumnisurteil** handelt. Gegen ein erstes (echtes) Versäumnisurteil ist die Berufung nach § 514 I ZPO ausgeschlossen. Gegen ein zweites Versäumnisurteil hingegen ist das **Einspruchsverfahren nach § 345 ZPO nicht statthaft**. Dem Verurteilten bleibt lediglich noch eine eingeschränkte Berufungsmöglichkeit nach § 514 II ZPO.

I. Zulässigkeit der Berufung

1. Vorliegen eines zweiten Versäumnisurteils

Die Berufung ist nur gegen das zweite Versäumnisurteil möglich. Gegen ein erstes Versäumnisurteil ist sie nicht statthaft. Für die Statthaftigkeit kommt es nach § 514 II 2 ZPO nicht auf § 511 II ZPO an, d.h. eine Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil ist **auch unterhalb des Berufungswertes von 600,00 €** möglich.

*„Nachdem am 12.11.2007 verhandelt worden war, durfte am 02.06.2008 kein den Einspruch der Bekl. verworfendes II. Versäumnisurteil erlassen werden. Lediglich ein das vorhergegangene **Versäumnisurteil aufrechterhaltendes weiteres (I.) Versäumnisurteil** nach § 331 ZPO hätte ergehen dürfen. Zwar waren die Bekl. in der Sitzung vom 02.06.2008 (wieder) säumig. Das macht jedoch ein Verhandeln in früherer Sitzung nicht gegenstandslos (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 28. Aufl., § 345 Rn 1).*

*Wäre – wie geboten – ein (I.) Versäumnisurteil ergangen, hätte den Bekl. wieder der Einspruch zugestanden. Gegen die **tatsächlich erlassene Entscheidung** war dagegen nach §§ 345, 514 II 1 ZPO **nur noch die Berufung** möglich. Auf Grund des so genannten Meistbegünstigungsgrundsatzes können die Bekl. in einem solchen Fall das Versäumnisurteil mit dem Einspruch und/oder der Berufung angreifen (BGH, NJW 1997, 1448).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)*

2. eingeschränkte Angriffsmöglichkeit nach § 514 II ZPO

Die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil kann grundsätzlich nur darauf gestützt werden kann, dass ein Fall der Versäumnis beim Einspruchstermin nicht vorgelegen habe. Die Berufung ist also nur zulässig, wenn der Berufungsführer den **Mangel an Säumnis oder die Schuldlosigkeit der Säumnis schlüssig darlegt**. Allerdings kommt es hier nach **h.M.** nur auf das Mangel der **Säumnis oder deren Schuldlosigkeit im Einspruchstermin**, nicht jedoch in dem Termin an, auf den das erste Versäumnisurteil ergangen ist (vgl. BGH NJW 1986, 2113; BGH NJW 1999, 2599; BAG AP § 513 ZPO Nr. 6; Braun ZZP 93 (1980), 443, 456 ff., 467 ff., 472; MüKo-Rimmelspacher, § 514 ZPO, Rn. 19; Stein /Jonas-Grunsky § 513 ZPO, Rn. 14; Musielak-Ball. § 514 ZPO, Rn.

8; Thomas/Putzo-Reichold, § 514 ZPO, Rn. 5; a.A. OLG Stuttgart MDR 1976, 51; Vollkommer ZZP 94 (1981), 91 ff.; Orlich NJW 1980, 1782 f.; Fuchs NJW 1979, 1306; E. Schneider MDR 1985, 377 f.). Wird der Mangel der schuldhaften Säumnis **nicht schlüssig** dargelegt, wird die **Berufung als unzulässig** verworfen.

Im vorliegenden Fall lag jedoch in dem Termin, auf welchen das zweite Versäumnisurteil ergangen ist, Säumnis vor.

„Auf das Vorbringen der Bekl. hierzu kommt es nicht an, denn der – ebenfalls statthafte – Einspruch hätte der Beschränkung des § 514 II 1 ZPO nicht unterlegen. Zwar entbindet auch der Meistbegünstigungsgrundsatz nicht von der Einhaltung der für ein Rechtsmittel vorgesehenen Formen und Fristen. Geht es hingegen – wie hier – um eine Voraussetzung der Statthaftigkeit des Rechtsmittels überhaupt, würde es keine „Meist“-Begünstigung mehr darstellen, wenn bereits der Zugang zur nächsten Instanz durch Voraussetzungen behindert würde, die bei dem wahlweise statthaften Rechtsmittel oder Rechtsbehelf nicht eingreifen (in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Urt. v. 15. 3. 2001 – 10 U 189/99, BeckRS 2001, 30167853; LAG Sachsen, Urt. v. 24. 11. 2004 – 2 Sa 263/04, BeckRS 2004, 30474242).

Die Berufung ist somit auch nicht deshalb unstatthaft, weil sie nach § 514 II 1 ZPO nur darauf gestützt werden könnte, dass im Termin vom 02.06.2008 kein Fall der schuldhaften Versäumung vorgelegen habe.

II. Begründetheit der Berufung

Die Berufung ist erfolgreich, wenn die geltend gemachten Berufungsgründe tatsächlich bestehen. Hiermit hat sich das erstinstanzliche Gericht jedoch wegen des Erlasses des zweiten Versäumnisurteils nicht befasst. Im Falle der ebenfalls möglichen Einspruchserhebung hätte aber eine weitere Prüfung der Angelegenheit stattfinden müssen.

„Nach § 538 II Nr. 6 ZPO kann das BerGer. die Sache, soweit ihre weitere Verhandlung erforderlich ist, unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das erstinstanzliche Gericht zurückverweisen, wenn das angefochtene Urteil – wie hier – ein Versäumnisurteil ist und eine Partei – wie hier die Bekl. – die Zurückverweisung beantragt hat.

Auch die Notwendigkeit der weiteren Verhandlung ist gegeben. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die von dem LG vorgesehene weitere Beweisaufnahme aus Sicht des BerGer. überhaupt notwendig ist. Die Notwendigkeit der weiteren Verhandlung ergibt sich nämlich schon daraus, dass der Rechtsstreit – wäre in der Verhandlung vom 02.06.2008 zutreffend Versäumnisurteil nach § 331 ZPO ergangen – durch den dann zulässigen Einspruch der Bekl. gem. § 342 ZPO in die Lage zurückversetzt worden wäre, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand. Dies wäre hier der Zeitpunkt unmittelbar nach der Beweisaufnahme vor dem LG am 02.06.2008, also noch vor der sich daran anschließenden – gem. § 370 ZPO notwendigen – Fortsetzung der mündlichen Verhandlung.

Eine – grundsätzlich mögliche – eigene Sachentscheidung des BerGer. erscheint bei dieser Sachlage unzweckmäßig, schon weil jedwede Tatsachenfeststellung der ersten Instanz fehlt.

Das LG hat die sich an die Beweisaufnahme anschließende mündliche Verhandlung vom 02.06.2008 zu wiederholen. Dass die damals bestehende Prozesslage – die Säumnis der Bekl. – nicht wiederhergestellt werden kann und demnach auch keine Möglichkeit besteht, auf Grund der damaligen Sachlage ein Versäumnisurteil nach § 331 ZPO gegen die Bekl. zu erlassen, ist prozessual unvermeidlich und deshalb hinzunehmen. Teilweise vertretene andere Lösungsansätze hält der Senat nicht für überzeugend (vgl. dazu OLG Karlsruhe, NJW-RR 1993, 383: Umdeutung des II. Versäumnisurteils in ein Versäumnisurteil; LAG Sachsen, v. 24. 11. 2004 – 2 Sa 263/04, BeckRS 2004, 30474242: Nichtladen des Bekl. zum neuen Termin, um ein Versäumnisurteil zu ermöglichen).“ (OLG Frankfurt aaO)

Ergebnis: Das zweite Versäumnisurteil wird aufgehoben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das erstinstanzliche Gericht verwiesen.

(LG Düsseldorf in NStZ-RR 2011, 84; Beschluss vom 11.10.2010 – 4 Qs 50/10)

Beweismittel, die eine Privatperson durch einen „Datendiebstahl“ erlangt hat, unterliegen keinem Verwertungsverbot.

Fall: Im Jahr 2008 nahm ein unbekannter Informant Kontakt zu der nordrhein-westfälischen Finanzverwaltung auf und bot dieser eine CD mit Daten über bei der Schweizer Großbank S unterhaltene Kapitalanlagen von in der BRD steuerpflichtigen Personen zum Kauf an. Auch in der Folgezeit kamen die Kontakte mit dem Informanten ausschließlich auf dessen Initiative zustande. Die Prüfung eines vorab erhaltenen Probedatensatzes durch die Finanzverwaltung ergab, dass die auf der CD enthaltenen Daten inhaltlich korrekt waren und in der Mehrheit der Fälle entsprechende ausländische Kapitalerträge in den Steuererklärungen der Steuerpflichtigen nicht angegeben worden waren. Die Finanzverwaltung erwarb daher die CD gegen Zahlung eines Entgelts. Die CD unterhält u.a. 1106 Datensätze, die in einer Excel-Tabelle zusammengefasst dargestellt sind. Die Datensätze enthalten jeweils eine Ordnungsnummer, die Konto-Nummer der S, Personalien der Kontoinhaber, Kontaktdaten wie Telefonnummern oder Postversandadressen, den Anlagebetrag und das Kontoeröffnungsdatum. Dieser Datenbestand ist augenscheinlich von dem Informanten aus einem anderen Datenbestand entnommen, abgeschrieben und sodann – wie beschrieben – aufgelistet worden.

Der Besch. ist eine der auf dieser CD benannten Personen. Nach dem Inhalt der CD unterhielt er bei der S ein Konto, auf dem sich ein Guthaben in Höhe von 1.841.000 SFR (= 1.109.900 €) befand. Kapitalerträge aus dem Kontoguthaben wurden von ihm steuerlich nicht erklärt.

Auf Antrag des Finanzamts für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung ordnete das AG sodann die Durchsuchung der Wohnräume des Besch. einschließlich sämtlicher Nebengelasse und Fahrzeuge sowie der Person des Besch. an. Gleichzeitig wurde die Beschlagnahme der privaten und geschäftlichen Unterlagen wie Bankkonten, Verträge, Schriftverkehr, Buchführung und sonstiger angeordnet, die über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Besch. Auskunft geben können, sowie die Beschlagnahme solcher Unterlagen, die sich zu Geschäftsbeziehungen zu Banken, insbesondere zur S, verhalten, für den Zeitraum ab dem Jahr 2000.

Zu prüfen ist, ob der Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss des AG rechtmäßig ist. Dies ist der Fall, wenn die Voraussetzungen der **§§ 102, 94 I, II StPO** vorliegen.

- I. Der für den Erlass eines Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses erforderliche, aber auch ausreichende **Anfangsverdacht** einer Steuerhinterziehung gem. § 370 I AO ergibt sich hier aus der von der Finanzverwaltung von einem Informanten erworbenen CD, da der Besch. die daraus resultierenden Kapitalerträge steuerlich nicht erklärt hat.
- II. **Der Annahme eines Anfangsverdachts steht die Herkunft dieser tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Steuerhinterziehung nicht entgegen**, insbes. unterliegen diese **keinem Beweisverwertungsverbot**.

1. Die Annahme eines **Beweisverwertungsverbots** setzt nach allg. M. zunächst eine **fehlerhafte staatliche Beweiserhebung** voraus.

- a) Bereits das **Vorliegen einer staatlichen Beweiserhebung** erscheint hier **fraglich**.

„Denn die Daten, die hier einen Anfangsverdacht gegen den Besch. begründen, sind von den Ermittlungsbehörden nicht selbst ermittelt worden. Vielmehr handelt es sich um von einer Privatperson „ermitteltes“ Datenmaterial.“ (LG Düsseldorf aaO)

- b) Die **Verwertung** solchen „privat-deliktisch“ beigebrachten Materials ist **nicht per se unzulässig**.

BVerfGE 34, 238 = NJW 1973, 891; BGHSt 27, 355 = NJW 1978, 1390; EGMR NJW 1989, 654; Bay-ObLG NJW 1997, 3454

Eine **Unverwertbarkeit „privat-deliktisch“ beigebrachten Beweismaterials** ist nach der h. M. allerdings dann **anzunehmen, wenn**

- die **Beweisbeschaffung** des Privaten **extrem menschenrechtswidrig** war,
- die **Verwertung des Materials** einen eigenen und **ungerechtfertigten Grundrechtseingriff** bildet oder

- das **privat-deliktische Vorgehen durch Ermittlungsbehörden gezielt ausgelöst** wurde (Kölbel NStZ 2008, 241 m. w. N.).

Keiner dieser Ausnahmefälle ist hier gegeben.

„Die Entwendung von Bankdaten kann offenkundig nicht als „extrem menschenrechtswidrig“ eingestuft werden: Der in einer gerichtlichen Verwertung der Daten bestehende Grundrechtseingriff wäre durch die Befugnisnorm des § 244 II StPO gerechtfertigt und angesichts des Strafverfolgungsinteresses bei erheblichen Steuerdelikten auch verhältnismäßig. Schließlich handelte es sich hier nicht um eine staatlich initiierte Beweiserhebung durch einen Privaten, weil sich der Informant aus eigenem Antrieb an die Finanzverwaltung wandte und der Kontakt auf seine Initiative zustande kam (so auch Kölbel NStZ 2008, 241 für den ähnlichen Fall „Kieber“).“ (LG Düsseldorf aaO)

- c) Soweit eine **staatliche Beweiserhebung** bereits in der bloßen **Übernahme des Beweismaterials durch die Ermittlungsbehörden** zu sehen sein sollte (so Kölbel NStZ 2008, 241), **scheitert die Annahme eines Beweisverwertungsverbots bereits daran, dass diese Beweiserhebung nicht rechtswidrig war, denn die Beamten der Finanzverwaltung haben sich durch den Ankauf der CD nicht strafbar gemacht.**

- aa) Eine Strafbarkeit der Beamten wegen **Hehlerei nach § 259 I StGB** scheidet bereits deshalb aus, weil die **angekauften Daten keine „Sachen“ i.S. des § 259 I StGB** darstellen.

„Die CD als Speichermedium der Daten war hingegen nicht Gegenstand der Vortat. Diese Vortat, die nach deutschem Recht ein Ausspähen von Daten gem. § 202a StGB oder einen Verstoß gegen § 17 I, II Nr. 2 UWG darstellen kann, richtete sich zudem nicht gegen das Vermögen der S, so dass der Tatbestand des § 259 I StGB auch aus diesem Grunde nicht erfüllt ist.“

Eine strafbare Teilnahme der Beamten an einem Ausspähen von Daten gem. § 202a StGB kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil der Vorgang der Zugangsverschaffung zu den Daten im Zeitpunkt der Kontaktaufnahme des Informanten mit der Finanzverwaltung bereits abgeschlossen und die Tat mithin bereits beendet war.“ (LG Düsseldorf aaO)

- bb) Die in den Ankauf der Daten involvierten Beamten haben sich auch nicht einer strafbaren Teilnahme an einem **Geheimnisverrat gem. § 17 I, II Nr. 2 UWG** oder einer **Begünstigung gem. § 257 I StGB** schuldig gemacht.

„Denn der Ankauf der Daten ist durch die allgemeine Ermittlungsbefugnis gem. §§ 399 I, 404 AO i.V. mit §§ 161 I, 163 I StPO gedeckt. Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Informant wegen des Nichtvorhandenseins eines Zeugnisverweigerungsrechts für Geschäftsgeheimnisse nach § 17 UWG auch zu einer entsprechenden Zeugenaussage verpflichtet gewesen wäre. Die Offenbarung der Daten als solche stellte damit nur den Zustand her, den die StPO mit der Aussagepflicht eines Zeugen erreichen will (so auch Sieber NJW 2008, 881, der allerdings davon ausgeht, dass die Zahlung eines Geldbetrages in der StPO keine Begründung findet).“

*Den Steuerbehörden steht nicht nur die Befugnis zu, im Rahmen steuerstrafrechtlicher Ermittlungen potenziell relevantes Material entgegenzunehmen, sondern auch dafür eine **finanzielle Gegenleistung zu erbringen**. Eine spezielle Ermächtigungsgrundlage ist hierfür nicht erforderlich. Dafür spricht bereits, dass der Gewährung eines finanziellen Vorteils für sich genommen jegliche Eingriffsqualität im Hinblick auf den Rechtskreis von Zeugen und Beschuldigten fehlt (Kölbel NStZ 2008, 241). Auch ist die Zahlung von Belohnung für Hinweise zur Aufklärung von Straftaten ein traditionelles Mittel der Strafverfolgung (so auch Kölbel NStZ 2008, 241).*

Soweit in der Lit. zu dieser Frage abweichende Ansichten vertreten werden (Göres/Kleinert NJW 2008, 1353; Trüg/Habetha NStZ 2008, 481; Schönemann NStZ 2008, 305), werden diese zu meist mit moralisierenden Betrachtungen begründet, die unberücksichtigt lassen, dass kein ausdrückliches Verbot existiert, steuerrechtlich relevantes Material gegen Entgelt zu erwerben. Da die Leistung eines Entgelts keine Eingriffsqualität hat, ist auf der anderen Seite eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für ein solches Vorgehen nicht erforderlich.“ (LG Düsseldorf aaO)

2. Selbst wenn in dem Ankauf der CD eine **fehlerhafte Beweiserhebung** liegen würde, **ergäbe sich hieraus nicht zwangsläufig ein Beweisverwertungsverbot.**

- a) Vielmehr ist in den Fällen, in denen das Gesetz nicht ausdrücklich ein Verwertungsverbot vorsieht, das **Interesse des Staates an der Tataufklärung gegen das Individualinteresse des Bürgers an der Bewahrung seiner Rechtsgüter abzuwägen** (Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., Einl. Rn 55, 55a m.w.N.).

Bei dieser Abwägung sind das Gewicht eines Verfahrensverstößes und seine Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betr. ebenso zu beachten wie die Erwägung, dass der Staat eine funktions-tüchtige Rechtspflege zu gewährleisten hat (Meyer-Goßner aaO, Einl. Rn 55, 55a).

*„Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe sind die durch den Ankauf der CD erlangten Informationen strafprozessual verwertbar. Dabei verkennt die Kammer nicht, dass es hier nicht um die **Aufklärung eines besonders schwerwiegenden Delikts** geht. Auf der anderen Seite ist der gegen den Besch. bestehende Tatverdacht der **Steuerhinterziehung gem. § 370 I AO** auch **nicht zu bagatellisieren**. Der Besch. ist verdächtig, die aus einem Konto bei der C S resultierenden Kapitalerträge nicht versteuert zu haben.*

Hinzu kommt, dass der Besch. durch den Ankauf und die Auswertung der CD nicht in seiner absolut geschützten Intimsphäre verletzt ist. Lediglich seine allgemeine persönliche Geheimnissphäre ist von der Beweiserhebung betroffen, wobei die angekauften Daten lediglich einen Ausschnitt der wirtschaftlichen Gesamtsituation des Besch. betreffen. Ferner spricht für die Verwertbarkeit der Daten, dass die Finanzbehörden nicht gezielt Ermittlungen durch eine Privatperson in Auftrag gegeben haben. Sie haben lediglich Daten angekauft, die sich eine Privatperson aus eigenem Antrieb verschafft und den Finanzbehörden von sich aus angeboten hat. Schließlich haben die an dem Ankauf der Daten beteiligten Finanzbeamten auch nicht „gezielt Straftaten begangen“; insoweit wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.“ (LG Düsseldorf aaO)

b) Ein Verwertungsverbot besteht auch nicht aus **völkerrechtlichen Gründen**.

„Selbst wenn der Ankauf der in der Schweiz durch eine Privatperson beschafften Daten der BRD als Umgehung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.04.1959 zurechenbar wäre, ergäbe sich ein Beweisverwertungsverbot nur dann, wenn die Verwertung des außerhalb eines vereinbarten Rechtshilfeverkehrs erlangten Beweismittels selbst völkerrechtswidrig ist (BGHSt 37, 30 = NJW 1990, 1801 = NStZ 1990, 401; LG Bochum NStZ 2010, 351).

Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben, weil das möglicherweise völkerrechtswidrige Geschehen mit der Datenbeschaffung abgeschlossen ist und das Übereinkommen durch die Verwendung der Daten im Ermittlungsverfahren nicht erneut beeinträchtigt wird.“ (LG Düsseldorf aaO)

III. Eine Vorlage an das BVerfG oder an den EuGH ist nicht angezeigt, da die **Datenbeschaffung rechtmäßig** war und auch **keinen Verstoß gegen Vorschriften mit Verfassungsrang** darstellt.

1. Die **Entscheidung des BVerfG zur Online-Durchsuchung** (NJW 2008, 822) befasst sich mit einem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch Maßnahmen der Internetaufklärung des Verfassungsschutzes.

„Vorliegend sind zwar Daten in den Besitz des Staates gelangt. Dieser hat jedoch weder die Daten selbst erhoben, noch dies veranlasst. Eine Vergleichbarkeit ist somit nicht gegeben.“ (LG Düsseldorf aaO)

2. Auch die **Entscheidung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung** (NJW 2010, 833) ist mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar.

„Während die Vorratsdatenspeicherung die Betreiber von Telekommunikationsdiensten verpflichten sollte, sämtliche Telekommunikationsverkehrsdaten zu Festnetz-, Internet- und Mobilfunktelefonaten, zum Versand von SMS-, MMS- und ähnlichen Nachrichten, zu E-Mail-Verbindungen und zum Internetzugang für einen Zeitraum von 6 Monaten zu speichern, und zwar unabhängig davon, wer mit wem worüber kommuniziert hat, insbes. also ohne jeden Anhaltspunkt dafür, ob die Daten später für Zwecke der Strafverfolgung relevant werden würden, sind vorliegend konkret die Daten von 1106 deutschen Anlegern der S angekauft worden. Dabei verkennt die Kammer nicht, dass es für deutsche Anleger auch andere Gründe geben mag, Geld in der Schweiz anzulegen, als die Kapitalerträge nicht zu versteuern. Dem steht jedoch entgegen, dass die Wahrung des Bankgeheimnisses durch die Schweiz in der Vergangenheit bekanntermaßen einen typischen Grund darstellte, Gelder, die in Deutschland der Besteuerung entzogen werden sollten, auf Schweizer Konten einzuzahlen. Es konnte somit beim Ankauf der CD damit gerechnet werden, in einer Vielzahl von Fällen Steuerstraftaten aufzudecken. Demgegenüber ist nicht ersichtlich, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht „steuerehrlicher“ Anleger verletzt wird, wenn deren Daten ebenfalls übermittelt und sodann – weil strafrechtlich nicht relevant – nicht weiter verwendet werden.“ (LG Düsseldorf aaO)

(VGH München in NVwZ-RR 2011, 169; Beschluss vom 21.10.2010 - 15 ZB 10.461)

Die **materiell-rechtliche Position** einer Gemeinde bleibt **unberührt**, wenn wegen Identität der Gemeinde mit der Baugenehmigungsbehörde das **Einvernehmensefordernis** nach § 36 BauGB **entfällt**.

Fall: Die Beigel. beehrten die Erteilung einer Baugenehmigung für den Umbau und die Erweiterung eines Wohnhauses (ehem. „Hüterhaus“) auf dem Grundstück FINr. 2781 Gemarkung A. Das Grundstück liegt im Geltungsbe- reich der Landschaftsschutzgebiets-VO „X“. Der Naturschutzbeirat der Kl. stimmte dem Vorhaben nicht zu. Die Kl. lehnte den Bauantrag vom 20.04.2006 mit Bescheid vom 16.11.2006 ab. Die beantragte Erweiterung des Ge- bäudes sei nicht vom Bestandsschutz gedeckt. Das Vorhaben sei nicht genehmigungsfähig. Es beeinträchtige in mehrfacher Hinsicht öffentliche Belange. Auf den hiergegen gerichteten Widerspruch der Beigel. hin hob die Re- gierung der Oberpfalz mit Widerspruchsbescheid vom 24.03.2009 den Versagungsbescheid auf und verpflichtete die Kl., die Baugenehmigung gem. dem Antrag vom 20.04.2006 zu erteilen. Diesen Widerspruchsbescheid greift die Kl. mit der Anfechtungsklage vor dem zuständigen VG an. Wird sie Erfolg haben?

I. Zulässigkeit der Klage

1. Klageart

Fraglich ist, welche Klageart gegen den Widerspruchsbescheid einschlägig ist, mit dem die Gemeinde verpflichtet wird, die Baugenehmigung zu erteilen. Es könnte eine **Anfechtungsklage** statthaft sein, was allerdings voraussetzt, dass die Kl. sich gegen einen belastenden **Verwaltungsakt** zur Wehr setzt. Dann müsste aber der Widerspruchsbe- scheid auch gegenüber der Kl. als Gemeinde als Verwaltungsakt anzusehen sein. Dies kommt nach § 35 S. 1 VwVfG nur in Betracht, wenn **Außenwirkung** anzunehmen ist. Die **Anweisung der Widerspruchsbehörde** an die Gemeinde ist jedoch im Rahmen der Aufsichtsbefugnisse ergangen. Die Kl. kann daher eine Anfechtungsklage nur erhe- ben, wenn eine solche **Aufsichtsmaßnahme ihr gegenüber Außenwirkung** hat. Bei Aufsichtsmaßnahmen ist dahingehend zu unterscheiden, so sich Gemeinde nur in ihrer Funktion als Teil des Staates betroffen ist oder aber den staatlichen Aufsichtsbehörden ebenso als nicht-staatliches Subjekt gegenübersteht wie der Bürger. Dies ist dann der Fall, wenn sie in einer **wehrfähigen Rechtsposition** betroffen und insofern in ihrer Stel- lung mit einem Bürger vergleichbar ist.

„Die Kl. ist durch den Widerspruchsbescheid an die Rechtsauffassung der Widerspruchsbehörde gebunden und damit gehindert, bei der Neuentscheidung eine abweichende Auffassung bezüglich der bauplanungs- rechtlichen Beurteilung zu Grunde zu legen.“ (VGH München aaO)

Die Gemeinde ist daher in ihrer sich aus Art. 28 I GG ergebenden Planungshoheit be- troffen, so dass eine Außenwirkung anzunehmen und eine Anfechtungsklage gegen den die Kl. belastenden Widerspruchsbescheid statthaft ist.

2. Klagebefugnis

Die Kl. müsste nach § 42 II VwGO geltend machen können, in ihren Rechten verletzt zu sein. Nach der Adressatentheorie wird eine solche Rechtsverletzung zwar grds. dann vermutet, wenn der durch einen Verwaltungsakt Belastete eine Anfechtungsklage er- hebt. Da die Adressatentheorie jedoch auf die mögliche Verletzung von Art. 2 I GG ab- stellt, eine Gemeinde jedoch nicht Trägerin dieses Rechts ist, muss stets geprüft wer- den, ob die **Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinde möglich** er- scheint.

Grundsätzlich kommt der Gemeinde die gemeindliche Planungshoheit auch hinsichtlich des Bauplanungsrechts zu.

a) mögliche Verletzung durch Verfahrensfehler

In § 36 I 1 BauGB ist gerade in Fällen, in denen die Gemeinde ihre bauplanerischen Vorstellungen nicht in einem Bebauungsplan niedergelegt hat, die Beteiligung der Gemeinde dergestalt vorgesehen, dass diese um ihr Einvernehmen ersucht werden muss. Wird dieses **Einvernehmen nicht hergestellt**, so kann schon darin die mög- liche **Verletzung einer verfahrensrechtlichen Rechtsposition** liegen und sich

hieraus eine Klagebefugnis ergeben. Allerdings ist die Gemeinde hier selbst die Baugenehmigungsbehörde.

„Grundsätzlich ist das **förmliche Einvernehmen** nach § 36 I 1 BauGB **nicht erforderlich**, wenn die **Gemeinde mit der Baugenehmigungsbehörde identisch** ist (BVerwGE 121, 339 = NVwZ 2005, 83; VGH München, BayVBl 2003, 210; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Bd. II, § 36 BauGB, Rn 15). Das Einvernehmenserfordernis soll der Gemeinde, die nicht zugleich über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens entscheidet, die Möglichkeit geben, ihre **planerischen Vorstellungen im Genehmigungsverfahren einzubringen**. Dieses Schutzes bedarf die Gemeinde, die mit der Baugenehmigungsbehörde identisch ist, nicht; denn die Gefahr, dass der zuständige Rechtsträger ein Bauvorhaben „über ihren Kopf hinweg“ genehmigt, besteht nicht. Die **Nichtanwendbarkeit des § 36 I 1 BauGB** führt dazu, dass die **Versagung des gemeindlichen Einvernehmens nicht als Grund für die Ablehnung des Baugesuchs** herangezogen werden kann. Auch gegenüber der Widerspruchsbehörde kann sich die Gemeinde darauf nicht berufen (BVerwGE 121, 339 = NVwZ 2005, 83; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Bd. II, § 36 BauGB, Rn 15). Die Widerspruchsbehörde kann entweder die Baugenehmigung erteilen oder die Gemeinde zur Erteilung verpflichten.“ (VGH München aaO)

Der Umstand, dass die Widerspruchsbehörde bei der Widerspruchsentscheidung nicht das Einvernehmen mit der Gemeinde hergestellt hat, kann daher nicht zur Verletzung einer verfahrensrechtlichen Position führen, da diese bei Identität von Gemeinde und Genehmigungsbehörde gar nicht besteht.

b) mögliche Verletzung der materiellen Position

Die mögliche Verletzung der Planungshoheit kann sich jedoch daraus ergeben, dass die Widerspruchsbehörde die Gemeinde **zur Erteilung der Baugenehmigung verpflichtet** hat, denn der Entzug der verfahrensrechtlichen Position, die das Einvernehmenserfordernis vermittelt, bleibt ohne Auswirkungen auf den Schutz der materiell-rechtlichen Position der Gemeinde.

„Die Sicherung der planerischen Belange der Gemeinde ist nicht auf § 36 I 1 BauGB beschränkt. Denn **§ 36 I BauGB begründet** hinsichtlich der Planungshoheit **keine Rechte**, sondern **setzt sie voraus** (BVerwGE 121, 339 = NVwZ 2005, 83; BVerwG, NVwZ 2000, 1048). Der **materiell-rechtliche Gehalt der Planungshoheit** bleibt deshalb von der verfahrensrechtlichen Einschränkung **unberührt** (BVerwGE 121, 339 = NVwZ 2005, 83; VGH München, BayVBl 2003, 210). Kommt es **außerhalb des Anwendungsbereichs des § 36 I 1 BauGB** zu einer Verletzung der Planungshoheit, so ist die Gemeinde **nicht weniger schutzbedürftig** (BVerwG, NVwZ 2000, 1048). Aus Sicht der Gemeinde spielt es keine Rolle, ob ihr Recht auf Selbstverwaltung dadurch beeinträchtigt wird, dass eine Baugenehmigung ohne das erforderliche Einvernehmen erteilt wird, das Einvernehmen rechtswidrig ersetzt wird oder sie zur Erteilung einer Baugenehmigung verpflichtet wird, deren Erteilung sie – unter Berufung auf ihre Planungshoheit – abgelehnt hat. Die Interessenlage unterscheidet sich insoweit nicht.“ (VGH München aaO)

aa) keine Einschränkung der Klagebefugnis auf bestimmte Probleme

Die Kl. kann nicht darauf verwiesen werden, dass eine Verletzung nur in Betracht kommt, wenn sie sich darauf beruft, dass das Vorhaben

- eine **bestimmte Planung nachhaltig störe**,
- wesentliche Teile des Gemeindegebiets einer **durchsetzbaren Planung entziehe** oder
- **kommunale Einrichtungen erheblich beeinträchtige** (so: VGH Mannheim, Urt. v. 8. 7. 2009 – 8 S 1685/08).

„Die hierzu entwickelte Rechtsprechung bezieht sich auf **überörtliche Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren**, auf die nach § 38 S. 1 BauGB die §§ 29 – 37 BauGB nicht anwendbar sind (vgl. etwa: BVerwGE 69, 256 = NVwZ 1984, 718; BVerwGE 74, 124 = NVwZ 1986, 837). Für die Frage der Verletzung der gemeindlichen Planungshoheit bei der **Zulassung eines Vorhabens im Außenbereich**, das an den Vorgaben des § 35 BauGB zu messen ist, lässt sich hieraus nichts ableiten. In Art. 28 II GG, Art. 11 II BayVerf. ist das **Recht der Gemeinden verankert**, als Teil der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung im Rahmen der Gesetze **für ihr Gemeindegebiet die Bodennutzung festzulegen**. Zur Sicherung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung stehen dafür vor allem die Instrumente der **Bauleitplanung** zur Verfügung. Die Situation im Gemeindegebiet unterliegt also überall dort dem Vorbehalt planerischer Bestimmung der städtebaulichen Ordnung und Entwicklung durch die Gemeinde, wo noch keine Steuerung im Wege der Bauleitplanung erfolgt ist. Die **Planungshoheit** ist deshalb **stets dann berührt**, wenn ein **Vorhaben** auf der Grundlage des **§ 35 BauGB zugelassen** oder verwirklicht wird (BVerwG, NVwZ 2000, 1048). Es obliegt in diesen Fällen der Gemeinde, zu prü-

fen, ob die in § 35 BauGB genannten, gesetzlich vorgegebenen und planerisetzenden Regelungen aus ihrer Sicht eine geordnete städtebauliche Entwicklung im betroffenen Gebiet gewährleisten oder ob es etwa einer bauleitplanerischen Nachsteuerung bedarf. Auf das Rechtsmittel der Gemeinde hin sind die Voraussetzungen des § 35 BauGB deshalb in vollem Umfang nachzuprüfen (BVerwG, NVwZ 2010, 1561).“ (VGH München aaO)

bb) Präklusion wegen Nichtgeltendmachung im Baugenehmigungsverfahren

Die Gemeinde ist mit einer Klage auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil sie sich im Baugenehmigungsverfahren nicht ausdrücklich auf eine Verletzung ihrer Planungshoheit gestützt hat.

„Die Möglichkeit, eine Verletzung der Planungshoheit geltend zu machen, **hängt nicht davon ab**, ob die Gemeinde sich bei der Versagung der Genehmigung **ausdrücklich darauf berufen hat** oder ob sie – wie hier – die Versagung mit der bauplanungsrechtlichen Unzulässigkeit nach § 35 BauGB begründet hat. Mit der Unanwendbarkeit des § 36 I 1 BauGB entfällt die Möglichkeit, bereits in einem vorprozessualen Stadium die Verletzung gemeindlicher Rechte in einem eigenen Verfahrensschritt geltend zu machen. Auf die materiell-rechtliche Position der Gemeinde und damit ihre Klagebefugnis muss dies jedoch ohne negative Auswirkungen bleiben (BVerwGE 121, 339 = NVwZ 2005, 83). Eine **Präklusion der Abwehrrechte der Gemeinde** mit der Begründung, die Versagung der Baugenehmigung sei nicht ausdrücklich auch auf die Verletzung der Planungshoheit gestützt worden, **kommt deshalb nicht in Betracht** (vgl. auch: BVerwG, NVwZ 2010, 1561 – zur Möglichkeit einer Gemeinde, sich in einem späteren Rechtsbehelfsverfahren auf Gründe zu berufen, auf die sie die Verweigerung ihres Einvernehmens nicht gestützt hat). Dies gilt umso mehr, als die Kl. die Versagung der Baugenehmigung auch mit der Gefahr der Entstehung und Verfestigung einer Splittersiedlung, also einem städtebaulichen Belang, der ihrer Planungshoheit zuzuordnen ist, begründet hat.“ (VGH München aaO)

3. Vorverfahren

Unabhängig von den landesrechtlichen Regelungen zur Notwendigkeit eines Vorverfahrens ist dieses jedenfalls nach § 68 I 2 Nr. 2 VwGO entbehrlich, da der Widerspruchsbescheid für die Kl. **erstmalig eine Beschwerde** enthält.

II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung der Baugenehmigung nicht vorliegen und daher die Verpflichtung der Gemeinde zu ihrer Erteilung rechtswidrig ist und die Gemeinde in ihrer Planungshoheit verletzt.

Das Vorhaben soll in einem Gebiet realisiert werden, für das **kein Bebauungsplan** vorhanden ist und das sich außerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils befindet. Es handelt sich daher um ein **Vorhaben im Außenbereich**, welches nur nach Maßgabe des **§ 35 BauGB** planungsrechtlich zulässig ist.

1. Bestandsschutz

Eine planungsrechtliche Zulässigkeit könnte sich schon aus dem in Art. 14 GG verankerten Gesichtspunkt des Bestandsschutzes ergeben, da es um den Umbau und die Erweiterung eines vorhandenen Wohnhauses im Außenbereich geht.

„Der **Bestandsschutz für die Wohnnutzung** beschränkt sich auf den **vorhandenen Bestand** und dessen **Instandhaltung** (vgl. hierzu: VGH München, Beschl. v. 20. 1. 2009 – 15 CS 08.1638). Der Bauantrag des Beigel. zu 3 beinhaltet jedoch nicht nur bloße Instandhaltungsmaßnahmen unter Belassung von Konstruktion und äußerer Gestalt, sondern die **Änderung der bestehenden baulichen Anlage** mit der Neuerrichtung eines zusätzlichen Gebäudeteiles. Diese Maßnahmen sind vom Bestandsschutz nicht mehr gedeckt. Für den **Außenbereich** sind die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze des **Bestandsschutzes** und der **eigentumskräftig verfestigten Anspruchsposition in § 35 IV BauGB gesetzlich ausgestaltet**. Sind die in dieser Vorschrift genannten Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt, scheidet eine Berufung auf einen Bestandsschutz aus (so z. B.: BVerwG, BeckRS 2007, 24265). Auf die von den Beigel. vorgetragenen früheren Wohnnutzungen im so genannten „Hüterhaus“ kommt es deshalb – entgegen der Ausführungen im Widerspruchsbescheid – nicht entscheidend an.“ (VGH München aaO)

2. Vorliegen der Voraussetzungen des § 35 IV BauGB

Das Vorhaben könnte den sog. **Teilprivilegierungen** des § 35 IV BauGB unterfallen. Hier kommt die Zulässigkeit nach § 35 IV 1 Nr. 5 BauGB in Betracht.

„Die Teilprivilegierung nach § 35 IV 1 Nr. 5 BauGB kommt Vorhaben zugute, die der **Erweiterung eines Wohngebäudes auf bis zu höchstens zwei Wohnungen** dienen. „Erweiterung“ bedeutet in diesem Zusammenhang die bloße Vergrößerung des eigengenutzten Wohngebäudes, **ohne dass** dadurch dessen **bisheriger Charakter verlorenginge** (Jäde/Dirnberger/Weiss, BauGB/BauNVO, 6. Aufl. [2010], § 35

BauGB, Rn 151). Die Erweiterung findet ihre **Grenze** dort, wo sie in eine **qualitative Änderung des Gebäudes** umschlägt. Dies ist etwa der Fall, wenn an das vorhandene Gebäude – verbunden mit einem Zwischentrakt –, ein weiteres Wohngebäude „erweiternd“ angebaut wird (vgl. BVerwGE 120, 130 = NVwZ 2004, 982; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 35 BauGB, Rn 159). Von einer **eigenständigen**, den Bestand **erweiternden baulichen Anlage** ist auszugehen, wenn zu ihrer Errichtung keine grundlegenden Eingriffe in die vorhandene Bausubstanz erforderlich sind, wenn ein **nicht unerhebliches neues Bauvolumen** geschaffen wird und wenn Art und Weise des geplanten Anschlusses bei objektiver Betrachtung auch eine **selbstständige Nutzung des geplanten Vorhabens** zulassen würden (VGH München, BeckRS 2008, 31225 = BayVBl 2008, 668).

Das Vorhaben der Beigel. verändert das bestehende „Hüterhaus“ qualitativ. Mit dem Anbau des Querriegels wird ein **zusätzlicher**, in seinen Ausmaßen **dominanter Gebäudeteil** angefügt, der auch **selbstständig nutzbar** wäre. Es entsteht der Eindruck eines aus zwei Baukörpern bestehenden Gesamtkomplexes, der mit dem bestehenden Gebäude **in seiner Gesamterscheinung nicht mehr vergleichbar** ist. (VGH München aaO)

In dieser Form ist das Vorhaben auch nicht mehr angemessen.

„Ob eine Erweiterung **angemessen** ist, orientiert sich am **vorhandenen Bestand** unter Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse (Jäde/Dirnberger/Weiss, § 35 BauGB, Rn. 152). Die **bisher überbaute Grundfläche** wird durch den Anbau nahezu verdreifacht. Auch die Kubatur vergrößert sich um mehr als 50%. Selbst wenn die geplante Erweiterung im Hinblick auf die Wohnbedürfnisse der Familie des Beigel. zu 3 maßvoll erscheint, dient sie der **Verwirklichung eines Gebäudes**, das in seinen Ausmaßen und seiner baulichen Wirkung mit dem Vorhandenen **nicht mehr vergleichbar** ist.“ (VGH München aaO)

Das Vorhaben ist nicht nach § 35 IV 1 Nr. 5 BauGB genehmigungsfähig.

3. Zulassung als sonstigen Vorhaben nach § 35 II BauGB

Eine Zulassung als sonstiges Vorhaben nach § 35 II BauGB kommt nur in Betracht, wenn keine öffentlichen Belange nach § 35 III BauGB beeinträchtigt werden.

- a) Hier kommt eine Beeinträchtigung von Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege nach § 35 III 1 Nr. 5 BauGB.

„Auf die Frage, ob das streitgegenständliche Vorhaben teilprivilegiert i. S. des § 35 IV 1 Nr. 5 BauGB ist, kommt es hierbei nicht an. Die **Begünstigung des § 35 IV BauGB** ist darauf beschränkt, dass den dort genannten Vorhaben **nur die in Satz 1 aufgeführten öffentlichen Belange nicht entgegengehalten** werden können. Werden andere öffentliche Belange beeinträchtigt, so ist eine Zulassung des Vorhabens auch nach § 35 IV BauGB ausgeschlossen (BVerwG, NVwZ-RR 1994, 372).

Mit der **förmlichen Unterschutzstellung** des Gebiets „...“ durch eine Landschaftsschutzgebietsverordnung sollen Natur und Landschaft in besonderer Weise geschützt werden (Art. 10 I BayNatSchG, § 3 LandSchVO). Ziel ist es u. a., die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushaltes zu erhalten, zu entwickeln und wieder herzustellen, die **Vielfalt, Eigenart und Schönheit der Landschaft zu bewahren** und die besondere Bedeutung des Gebiets für die Erholung zu gewährleisten (§ 3 LandSchVO). Damit werden **Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege** sowie des Landschaftsbildes angesprochen, die über den Begriff der natürlichen Eigenart der Landschaft i.S.d. § 35 IV 1 BauGB hinausreichen (s. hierzu auch: BVerwG, NVwZ-RR 1994, 372). Das Vorhaben der Beigel. steht im **Widerspruch zur LandschaftsschutzgebietsVO „X.“** und beeinträchtigt deshalb öffentliche Belange i. S. des § 35 III 1 Nr. 5 BauGB.“ (VGH München aaO)

- b) Auch § 35 III 1 Nr. 7 BauGB könnte dem Vorhaben entgegenstehen,

„Das Vorhaben lässt auch die Verfestigung und Erweiterung einer Splittersiedlung befürchten (§ 35 III 1 Nr. 7 BauGB) und begründet damit die Gefahr einer städtebaulichen Fehlentwicklung.“ (VGH München aaO)

III. Ergebnis

Die planungsrechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Baugenehmigung liegen nicht vor, so dass die Anweisung der Widerspruchsbehörde an die Gemeinde, sie zu erteilen, rechtswidrig ist. Zudem hierin auch die Verletzung der Planungshoheit der Gemeinde, so dass die Anfechtungsklage zulässig und begründet ist.

AO
§§ 172 ff.

Nachträglich erkannter Verstoß gegen Unionsrecht
keine Durchbrechung der Bestandskraft

AO

(BFH in NVwZ 2011, 253, Urteil vom 16. 9. 2010 - V R 57/09)

1. Die für den Erlass einer Verwaltungsentscheidung zuständige Behörde kann nach dem (für die Streitjahre noch) in **Art. 10 EG** verankerten **Grundsatz der Zusammenarbeit** unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet sein kann, ihre **Entscheidung zu überprüfen und zurückzunehmen**.
2. Dazu müssen **vier Voraussetzungen** vorliegen:
 - a) Die Behörde muss **nach nationalem Recht befugt** sein, die bestandskräftige Entscheidung **zurückzunehmen**.
 - b) Die Entscheidung ist **infolge eines Urteils** eines in **letzter Instanz entscheidenden nationalen Gerichts** gegenüber dem die Änderung begehrenden Steuerpflichtigen bestandskräftig geworden sein.
 - c) Das **Urteil** muss, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des EuGH zeigt, **auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts** beruhen, die erfolgt ist, ohne dass der EuGH um Vorabentscheidung ersucht worden ist, obwohl die Voraussetzungen einer Vorlage gem. Art. 234 III EG (nunmehr Art. 267 AEUV) erfüllt waren.
 - d) Der Betroffene muss sich, **unmittelbar nachdem er Kenntnis** von der besagten Entscheidung des EuGH erlangt habe, **an die Verwaltungsbehörde gewandt** haben.
3. Ein Steuerbescheid ist auch bei einem erst nachträglich erkannten Verstoß gegen das Unionsrecht **nicht unter günstigeren Bedingungen als bei einer Verletzung innerstaatlichen Rechts änderbar**. Das Korrektursystem der §§ 172 ff. AO regelt die Durchsetzung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Ansprüche abschließend. Nach den Vorgaben des Unionsrechts muss das steuerrechtliche Verfahrensrecht auch keine weitergehenden Korrekturmöglichkeiten für Steuerbescheide vorsehen.

Fall: Streitig ist, ob der Kl. ein Anspruch auf Änderung bestandskräftiger Umsatzsteuerfestsetzungen für die Streitjahre (1993–1998) zusteht. Sie betrieb in den Streitjahren eine Spielhalle und führte dort Umsätze durch den Betrieb von Glücksspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit aus. In den Umsatzsteuerbescheiden für die Streitjahre wurden diese Umsätze, den Steuererklärungen der Kl. folgend, vom bekl. Finanzamt (FA) als umsatzsteuerpflichtig behandelt.

Mit Urteil vom 17.02.2005 entschied der EuGH in der Rechtssache Linneweber und Akritidis C-453/02 und C-462/02 (*EuGH*, Slg. 2005, I-1131 = NJW 2005, 2842 = BFH/NV Beil. 2005, 94), dass Art. 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie des Rates vom 17. 5. 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern 77/388/EWG (Richtlinie 77/388/EWG) unmittelbare Wirkung zukomme, so dass sich ein Veranstalter oder Betreiber von Glücksspielen oder Glücksspielgeräten vor den nationalen Gerichten auf die Steuerfreiheit dieser Umsätze berufen könne. Bei Ergehen dieses Urteils lag für alle Streitjahre bereits Festsetzungsverjährung nach den Bestimmungen der Abgabenordnung (AO) vor. Die Einspruchsfrist für die für die Streitjahre ergangenen Umsatzsteuerjahresbescheide war bereits seit mehr als einem Jahr abgelaufen. Mit Schreiben unter dem 13.04.2005 legte die Kl. Einspruch gegen die für die Streitjahre ergangenen Umsatzsteuerfestsetzungen ein und machte die Steuerfreiheit für die Umsätze mit Geldspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit geltend. Das FA verwarf die Einsprüche wegen Verfristung als unzulässig. Die hiergegen eingelegte Klage hat das FG abgewiesen (EFG 2010, 364 = BeckRS 2009, 26028262). Hiergegen richtete sich die Revision. Die Kl. rügte die Verletzung materiellen Bundesrechts sowie des Unionsrechts. Sie regte an, gem. Art. 267 AEUV eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen. Wird die zulässige Revision Erfolg haben?

I. Nichtigkeit der Umsatzsteuerfestsetzungen

Ein Verwaltungsakt ist gem. § 125 I AO nichtig, soweit er an einem besonders **schwerwiegenden Fehler** leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände **offenkundig** ist. Nach § 125 II AO ist ein Verwaltungsakt z.B. nichtig, der die erlassende Finanzbehörde nicht erkennen lässt, den aus tatsächlichen Gründen niemand befolgen kann, der die Begehung einer rechtswidrigen Tat verlangt oder der gegen die guten Sitten verstößt.

„Ein Verwaltungsakt ist **nicht allein deswegen nichtig**, weil er der gesetzlichen **Grundlage entbehrt** oder weil die in Betracht kommenden **Rechtsvorschriften** – auch diejenigen des formellen Rechts (Verfahrensrechts) – **unrichtig angewendet** worden sind (BFHE 150, 70 = BeckRS 1987, 22008091, und BFH, BeckRS 2006,

25011727). Für Verstöße gegen Unionsrecht ergeben sich insoweit keine Besonderheiten (vgl. EuGH, EuZW 2009, 852 – Asturcom Telecommunications SL; ebenso BVerwG, NVwZ 2007, 709). Die Gegenauffassung, nach der ein Verstoß gegen das Unionsrecht stets einen „schweren“ Rechtsfehler begründen soll (vgl. de Weerth, DStR 2008, 1368 [1369], zu § 130 AO 1977), lässt unberücksichtigt, dass für einen **unionsrechtswidrigen Bescheid keine andere Behandlung geboten** ist als für einen Bescheid, der auf einer nicht verfassungskonformen Rechtsgrundlage beruht und dessen Bestand hiervon unberührt bleibt (§ 79 II 1 BVerfGG; BFHE 214, 287 BeckRS 2006, 24002855; BFHE 179, 563 = EuZW 1996, 479).“ (BFH aaO)

II. Änderbarkeit der Bescheide für die Streitjahre wegen Nichteintritt der Bestandskraft

1. Wahrung der Einspruchsfrist

Die streitigen Umsatzsteuerbescheide sind dann änderbar, wenn die Kl. rechtzeitig Einspruch gegen die Steuerfestsetzungen erhoben hätte.

„Nach § 355 I 1 AO ist der Einspruch (§ 347 I 1 AO) **innerhalb eines Monats** nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts einzulegen. Ein Einspruch gegen eine Steueranmeldung ist gem. § 355 I 2 AO innerhalb eines Monats nach Eingang der Steueranmeldung bei der Finanzbehörde, in den Fällen des § 168 S. 2 AO innerhalb eines Monats nach Bekanntwerden der Zustimmung, zu erheben.

Die Kl. hat mit Schreiben unter dem 13.04.2005 Einspruch gegen die Umsatzsteuerfestsetzungen für die Streitjahre (1993–1998) erhoben. Nach den für den Senat bindenden Feststellungen des FG (§ 118 II FGO) war zu diesem Zeitpunkt bereits für alle Streitjahre **sowohl die Monatsfrist als auch** die – nach Auffassung der Kl. wegen fehlender Rechtsbehelfsbelehrung anwendbare – **Jahresfrist** für die Einlegung eines Einspruchs **abgelaufen**. Dies ist im Übrigen auch zwischen den Bet. unstrittig.“ (BFH aaO)

Die Klägerin hat demnach verspätet Einspruch eingelegt.

2. Unbeachtlichkeit der Fristversäumung aufgrund „Emmott’schen Fristenhemmung“

Die Versäumung der Einspruchsfrist durch die Kl. könnte auf Grund der so genannten „Emmott’schen Fristenhemmung“ unbeachtlich sein.

„Nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH BeckRS 2004, 74972 Rn 23 – Emmott) kann sich ein **säumiger Mitgliedstaat** zwar bis zum Zeitpunkt der ordnungsgemäßen **Umsetzung einer Richtlinie** unter bestimmten Voraussetzungen nicht auf die verspätete Einlegung einer Klage berufen (vgl. zuletzt EuGH, NVwZ 2009, 771 – Danske Slagterier). Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt, sondern setzt das **Vorliegen besonderer Umstände** voraus, die sich in der Rechtssache Emmott daraus ergaben, dass ein Bürger eines Mitgliedstaates von dessen Behörden zunächst **von der rechtzeitigen Einlegung einer Klage abgehalten** und ihm später der Einwand der verspäteten Klageerhebung entgegengehalten wurde (EuGH-Urteil Danske Slagterier in Slg. 2009, I-2119 Rn 54). Eine derartige Fallgestaltung ist im Streitfall nicht gegeben, da die Kl. **nicht daran gehindert** war, innerhalb der allgemeinen Fristen ihre **Umsatzsteuerfestsetzungen anzufechten** (vgl. BFH BeckRS 2006, 24002836; BFHE 216, 350; BFH, BeckRS 2008, 25014121; BFH EuZW 1996, 479; BFH, BeckRS 2004, 25007125).“ (BFH aaO)

Es liegt daher kein Anwendungsfall der „Emmott’schen Fristenhemmung“ vor.

3. Unbeachtlichkeit der Fristversäumung wegen Unionsrechtswidrigkeit der Dauer der Einspruchsfrist

Die Fristversäumung könnte dadurch überwunden werden, dass die Monatsfrist für die Einspruchseinlegung unionsrechtswidrig ist.

„Die Dauer der Einspruchsfrist nach § 355 AO verstößt weder gegen die unionsrechtlichen Vorgaben des Äquivalenz- noch des Effektivitätsprinzips, da nach dem EuGH-Urteil vom 19.09.2006 (EuGH NVwZ 2006, 1277– I-21 Germany und Arcor) eine **einmonatige Frist zur Einlegung eines Rechtsbehelfs angemessen** ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweist der Senat auf sein Urteil in BFHE 216, 357 = BeckRS 2006, 24002836.“ (BFH aaO)

Die Monatsfrist für die Einspruchseinlegung ist folglich nicht unionsrechtswidrig.

4. Unbeachtlichkeit der Fristversäumung wegen Anlaufhemmung

Der Fristlauf könnte jedoch von der Kenntniserlangung über die maßgebliche EuGH-Entscheidung zur Umsatzsteuerpflicht von Geldspieleinnahmen durch die Kl. abhängen.

„Die **Einspruchsfrist beginnt** – trotz der fehlerhaften Umsetzung des Art. 13 Teil B lit. f der Richtlinie 77/388/EWG in nationales Recht – **mit Bekanntgabe des Steuerbescheids** und nicht erst zu dem Zeitpunkt, in dem die Kl. Kenntnis von der EuGH-Entscheidung Linneweber und Akritidis (Slg. 2005, I-1131 = BFH/NV Beil. 2005, 94 = NJW 2005, 2842) erlangen konnte.

Das **Unionsrecht verlangt** auf Grundlage der aus Art. 10 I des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften (EG) abgeleiteten Prinzipien der Effektivität und der Äquivalenz (zum Grundsatz der Zusammenarbeit vgl. EuGH, NVwZ 2010, 1419 Rdnm. 55, 58 – Winner Wetten) nur, dass die Mitgliedstaaten

die verfahrensrechtlichen Fristen, die zur Durchsetzung des Unionsrechts einzuhalten sind, nicht ungünstiger ausgestalten als in den nur das innerstaatliche Recht betreffenden Verfahren. Weiter darf es nicht praktisch unmöglich sein, eine auf das Unionsrecht gestützte Rechtsposition geltend zu machen. Danach sind **Verwaltungsakte**, die nach Ablauf einer angemessenen Frist nicht mehr anfechtbar sind, selbst wenn sie gegen das Unionsrecht verstoßen, **für die Beteiligten bindend** (vgl. EuGH, NVwZ 2004, 459–Kühne & Heitz; EuGH, NVwZ 2006, 1277- I-21 Germany und Arcor).“ (BFH aaO)

Wenn die **Kl.** daher verlangt, dass die Einspruchsfrist erst ab ihrer Kenntniserlangung zu laufen beginnt, **verlangt** sie nicht eine Gleich-, sondern eine **Besserstellung** gegenüber den Steuerpflichtigen, die sich auf eine Rechtsposition des innerstaatlichen Rechts berufen können, diese aber nicht kennen und sich nach Ablauf der Einspruchsfrist in § 355 I AO die formelle Bestandskraft der Steuerfestsetzung entgegenhalten lassen müssen.

„Die von der Kl. für maßgeblich gehaltenen Umstände, dass die Richtlinie 77/388/EWG sich an die Mitgliedstaaten und nicht unmittelbar an den Bürger als Adressaten wende und es bis zum **EuGH-Urteil Linneweber und Akritidis** (EuGH NJW 2005, 2842) **nicht vorhersehbar** gewesen sei, dass Art. 13 Teil B lit. f der Richtlinie 77/388/EWG **unmittelbar Anwendung** finden könne, rechtfertigt entgegen ihrer Auffassung nicht den Schluss, dass es „praktisch unmöglich“ war, diese Rechtsposition im Rahmen der „normalen“ Einspruchsfrist gem. § 355 I 1 AO durchzusetzen. Ein **Steuerpflichtiger, der mit Rücksicht auf die herrschende Rechtsauffassung** zum Zeitpunkt des Bescheiderlasses von einer Klage abgesehen und es **unterlassen hat, die Gerichte selbst** von einem Verstoß der Steuerfestsetzung gegen das Unionsrecht zu **überzeugen**, nimmt den Eintritt der Bestandskraft – auch für den Fall eines späteren Rechtsprechungswechsels – bewusst in Kauf (vgl. BFH BeckRS 2008, 25013918.). Die Rechtsverfolgung innerhalb der allgemeinen gesetzlichen Fristen ist daher auch bei Fragen des Unionsrechts möglich und zumutbar (BFHE 216, 350 = BeckRS 2006, 24002832, unter II 3).“ (BFH aaO)

Der Zeitpunkt der Kenntniserlangung der Kl. ist daher für den Beginn des Fristlaufes unerheblich. Ihr ist deshalb auch keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Die Kl. beansprucht eine verfahrensrechtliche Besserstellung gegenüber den sich aus dem nationalen Recht ergebenden Rechten, um die auf der Richtlinie 77/388/EWG beruhende Steuerbefreiung durchzusetzen. Das Unionsrecht gebietet es jedoch nicht, die Kl. verfahrensrechtlich besserzustellen (BFHE 216, 350); EuGH, EuZW 2009, 852– Asturcom Telecommunicationes SL).“ (BFH aaO)

5. **Zwischenergebnis:** Die maßgeblichen Steuerbescheide sind nach alledem bestandskräftig geworden

III. Änderbarkeit der Bescheide für die Streitjahre trotz Eintritt der Bestandskraft

Die bestandskräftigen Bescheide könnten jedoch aus unionsrechtlichen Gründen trotz Eintritts der Bestandskraft zu ändern sein.

1. Vorgaben für die Änderbarkeit

„Die für den Erlass einer Verwaltungsentscheidung zuständige Behörde kann nach dem (für die Streitjahre noch) in **Art. 10 EG** verankerten **Grundsatz der Zusammenarbeit** unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet sein kann, ihre **Entscheidung zu überprüfen und zurückzunehmen** (EuGH NVwZ 2004, 459; EuGH NVwZ 2006, 1280 -Kapferer; EuGH, NVwZ 2006, 1277 I-21 Germany und Arcor; EuGH, NVwZ 2008, 870 Rn 37–39 – Kempfer; EuGH, EuZW 2009, 739 Rn 23 ff. – Olimpiclub; EuGH, EuZW 2009, 852 Asturcom Telecommunicationes SL).

Für diesen Überprüfungs- und Aufhebungsanspruch müssen nach der Rechtsprechung des EuGH vier „Voraussetzungen“ vorliegen:

- **Erstens** muss die **Behörde nach nationalem Recht befugt** sein, die bestandskräftige Entscheidung **zurückzunehmen**.
- **Zweitens** muss die Entscheidung infolge eines **Urteils eines in letzter Instanz entscheidenden nationalen Gerichts** gegenüber dem die Änderung begehrenden Steuerpflichtigen bestandskräftig geworden sein.
- **Drittens** muss das Urteil, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des EuGH zeigt, auf einer **unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts** beruhen, die erfolgt ist, **ohne** dass der EuGH **um Vorabentscheidung ersucht** worden ist, obwohl die Voraussetzungen einer Vorlage gem. Art. 234 III EG (nunmehr Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]) erfüllt waren.
- **Viertens** muss der Betroffene sich, **unmittelbar nachdem er Kenntnis** von der besagten Entscheidung des EuGH erlangt habe, **an die Verwaltungsbehörde gewandt** haben.“ (BFH aaO)

2. Vorliegen der Voraussetzungen

a) Änderungsmöglichkeit nach nationalem Recht

„**Steuerbescheide** i.S. des § 155 AO können bei **nachträglich erkannter Unionsrechtswidrigkeit** – wie auch bei einem nachträglich erkannten Verstoß gegen innerstaatliches Recht – auf Grundlage der „Kühne & Heitz-Grundsätze“ und den §§ 172 ff. AO **nicht geändert werden**, da es im steuerrechtlichen Verfahrensrecht an der hierzu erforderlichen Befugnis fehlt (vgl. BFHE 216, 357; BFH, BeckRS 2006, 25011135; BFHE 179, 563; BFH, BeckRS 2009, 25015697; zust. Klein/Rüsken, AO, 10. Aufl., § 130 Rn 32 f. und § 172 Rn 4 a; v. Wedelstädt, in: Beermann/Gosch, AO, vor §§ 172–177 Rn 41. 1; deWeerth, DB 2009, 2677; Tehler, in: Festschr. f. Reiss, 2008, S. 81 [94]; Leonard/Sczcekalla, UR 2005, 420; Birk/Jahndorf, UR 2005, 198 [199 f.]; Gosch, DStR 2005, 413; Gosch, DStR 2004, 1988).

Nach der **ständigen Rechtsprechung des EuGH** (EuGH NVwZ 2006, 1280 – Kapferer; EuGH, EuZW 2009, 852 – Asturcom Telecomunicaciones SL), der der Senat folgt, setzt der auf den „Kühne & Heitz-Grundsätzen“ beruhende Anspruch auf Überprüfung oder Änderung rechtskräftiger Entscheidungen voraus, dass das **nationale Verfahrensrecht** hierfür eine **Rechtsgrundlage vorsieht** und insoweit das **Äquivalenz- sowie das Effektivitätsprinzip beachtet** werden.“ (BFH aaO)

b) Unionsrechtswidrigkeit fehlender Änderungsmöglichkeit

aa) Verstoß gegen den unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatz

Die fehlende Änderungsmöglichkeit für bestandskräftige unionsrechtswidrige Steuerbescheide in den §§ 172 ff. AO verstößt entgegen der Auffassung der Kl. nicht gegen den unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatz.

„Der nach nationalem Recht bestehende **Dualismus der abgabenrechtlichen Korrekturvorschriften** mit voneinander unabhängigen Regelungssystemen – §§ 130, 131 AO einerseits und §§ 172 ff. AO andererseits – ist ein **Grundprinzip des steuerrechtlichen Verfahrensrechts** (vgl. Wernsmann, in: HHSp, vor §§ 130–133 AO Rn 43, 114 ff.; Loose, in: Tipke/Kruse, AO, FGO, Vorb. §§ 172–177 Rn 6; v. Wedelstädt, in: Beermann/Gosch, AO, vor §§ 130–133 Rn 8; Klein/Rüsken, AO, 10. Aufl., § 172 Rn 1; Pahlke/Koenig/Koenig, AO, 2. Aufl., vor §§ 172–177 Rn 5). Dem **Äquivalenzprinzip wird genügt**, wenn innerhalb der verfahrensrechtlich jeweils eigenständigen Änderungsregelungen für rechtswidrige bestandskräftige Steuerverwaltungsakte einerseits und für Steuerbescheide andererseits **dieselben Änderungsmöglichkeiten** zur Durchsetzung der sich **aus dem nationalem Recht und dem Unionsrecht ergebenden Ansprüche** bestehen (vgl. z. B. EuGH, EuZW 2009, 852 Asturcom Telecomunicaciones SL). Dies ist vorliegend der Fall, da Verstöße gegen innerstaatliches Recht und das Unionsrecht innerhalb der beiden Änderungssysteme jeweils gleich behandelt werden.“ (BFH aaO)

bb) Verstoß gegen das Effektivitätsprinzip

„Der Grundsatz der Effektivität ist entgegen der Rechtsauffassung der Kl. nicht verletzt, wenn der Steuerpflichtige eine Steuerfestsetzung des FA bestandskräftig werden lässt, weil eine **künftige Rechtsprechungsänderung** des EuGH oder BFH zu seinen Gunsten **nicht absehbar** ist (BFH BeckRS 2008, 25013918). Denn durch das Rechtsinstitut der Bestandskraft bezweckt der Gesetzgeber den **Eintritt der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens**. Dieser Zweck würde vereitelt, wenn die Bestandskraft nachträglich durchbrochen werden könnte und dies von der regelmäßig **schwierig zu beurteilenden Vorhersehbarkeit einer Rechtsprechungsänderung des EuGH** oder des BFH abhängig gemacht würde. Es ist Sache des Steuerpflichtigen, unter Übernahme des Kostenrisikos seine **Chance zur Herbeiführung der Korrektur** einer entgegenstehenden Rechtsprechung zu wahren, indem er **Rechtsmittel einlegt** (BFHE 216, 350) Sieht der Steuerpflichtige hiervon ab, nimmt er den Eintritt der Bestandskraft auch für den Fall einer späteren Rechtsprechungsänderung bewusst in Kauf.“ (BFH aaO)

Ein Verstoß gegen das Effektivitätsprinzip ist daher ebenfalls nicht zu erkennen.

c) Eintritt der Bestandskraft infolge eines Urteils eines in letzter Instanz entscheidenden nationalen Gerichts

„Die Kl. hat – wie sie selbst einräumt – **gegen die bestandskräftigen Umsatzsteuerfestsetzungen nicht** die ihr zur Verfügung stehenden **Rechtsbehelfe** (vgl. EuGH, NVwZ 2006, 1277– I-21 Germany und Arcor) **ausgeschöpft** (vgl. zu diesem Erfordernis BFH, BeckRS 2004, 25007137; Kanitz/Wendel, EuZW 2008, 231 [232]; Ludwigs, DVBl 2008, 1164 [1170]; Müller/Seer, Internationale Wirtschaftsbriefe Fach 11, Gruppe 2, 865 [875]; Rennert, DVBl 2007, 400 [408]; Ruffert, JZ 2007, 407 [409]).“ (BFH aaO)

Ergebnis: Die Kl. kann keine Änderung der bestandskräftigen und festsetzungsverjährten Bescheide für die Streitjahre verlangen. Die Revision wird keinen Erfolg haben.

Kurzauslese II

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

ZPO
§§ 139, 236

Wiedereinsetzungsantrag Vervollständigung ergänzungsbedürftiger Angaben nach Fristablauf (BGH in NJW 2011, 458; Beschluss vom 21.10.2010 – IX ZB 73/10)

ZPO

Erkennbar unklare und ergänzungsbedürftige Angaben eines Wiedereinsetzungsgesuchs dürfen auch noch nach Fristablauf erläutert und vervollständigt werden.

- I. Eine Partei muss im Rahmen ihres Antrags auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist gem. § 236 II ZPO die die Wiedereinsetzung begründenden **Tatsachen vortragen und glaubhaft machen**.

Hierzu gehört eine **aus sich heraus verständliche, geschlossene Schilderung der tatsächlichen Abläufe**, aus denen sich ergibt, auf welchen konkreten Umständen die Fristversäumnis beruht. Alle Tatsachen, die für die Wiedereinsetzung von Bedeutung sein können, müssen **grds. innerhalb der Antragsfrist vorgetragen** werden (§§ 234 I, 236 II 1 ZPO). Erkennbar unklare oder ergänzungsbedürftige Angaben, deren Aufklärung nach § 139 ZPO geboten ist, dürfen jedoch nach Fristablauf erläutert oder vervollständigt werden (BGH NJW 2002, 2107 m.w. Nachw.; BGH NJW 2007, 3212; BGH FamRZ 2010, 636).

- II. Erkennbar unklare oder ergänzungsbedürftige Angaben, deren Aufklärung nach § 139 ZPO geboten war, können nach Ablauf der Antragsfrist mit der **Rechtsbeschwerde** ergänzt werden (BGH NJW 1999, 2284 m.w. Nachw.; BGH NJW 2007, 2778).

ZPO
§ 310

Scheinurteil Zustellung eines nicht verkündeten Urteils (OLG München in NJW 2011, 689; Urteil vom 21.01.2011 – 10 U 3446/10)

ZPO

Wird ein **Urteil in der irrigen Annahme, dass es verkündet worden sei, zugestellt**, ist dies ein **Fall des sog. Scheinurteils**. Ein solches „Urteil“ beendet nicht die Instanz – vielmehr handelt es sich nur um einen **Urteilsentwurf**, der mit der Berufung zur Beseitigung des durch die Zustellung bewirkten Rechtsscheins angegriffen werden kann.

Ein Urteil ist am Schluss der mündlichen Verhandlung (§ 310 I 1 Alt. 1 ZPO) oder in einem sofort zu bestimmenden Termin zu verkünden (§ 310 I 1 Alt. 2 ZPO).

Wird ein Verkündungstermin bestimmt (§ 310 I Alt. 2 ZPO), so fällt hierunter auch die Anordnung, dass eine Entscheidung „am Schluss der Sitzung“, also am Ende des Sitzungstags, ergehen soll (BGHZ 158, 37 = NJW 2004, 1666; Saenger, in: Hk-ZPO, § 310 Rn 4; ungenau Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., 2010, § 310 Rn 3 und Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Aufl., 2011, § 310 Rn 5; krit. Fischer DRiZ 1994, 95; MüKo-ZPO/Musielak, 3. Aufl., 2008, § 310 Rn 5). In diesem Fall muss gem. §§ 310 II, 315 I 1 ZPO das vollständig abgefasste und unterschriebene Urteil vorliegen und über dessen Verkündung ein **gesondertes Verkündungsprotokoll** mit dem Inhalt des § 160 III Nr. 6, 7 ZPO erstellt werden (vgl. BGHZ 158, 37 = NJW 2004, 1666).

„Ein solches Verkündungsprotokoll liegt nicht vor: Das zusammen mit dem Verhandlungsprotokoll übersandte, vollständig schriftlich abgefasste und unterschriebene Urteil enthält nach der Unterschrift der Richterin einen Verkündungsvermerk, welcher, dem Gang der Verhandlung entsprechend, konsequenterweise nicht unterschrieben wurde. Ein solches Verkündungsprotokoll ist auch nicht etwa angefertigt und später nur verloren gegangen.“

Somit wurde vorliegend ein Urteil in der irrigen Annahme zugestellt, dass es verkündet worden ist. Dies ist ein Fall des sog. Scheinurteils. Ein solches „Urteil“ beendet nicht die Instanz, vielmehr handelt es sich nur um einen Urteilsentwurf, der aber mit der Berufung zur Beseitigung des durch die Zustellung bewirkten Rechtsscheins angegriffen werden kann (vgl. hierzu eingehend Doukoff, Zivilrechtliche Berufung, 4. Aufl., 2010, Rn 168 m. umfass. Nachw.).

Als Folge der Nichtverkündung muss der Senat die Nichtexistenz eines erstinstanzlichen Urteils durch Aufhebung der den Parteien zugegangenen Entscheidung klarstellen und die Sache an das erstinstanzliche Gericht zwecks Beendigung des noch nicht abgeschlossenen Verfahrens zurückverweisen (BGH NJW 1995, 404 = MDR 1995, 89).“ (OLG München aaO)

ZPO
§ 519 II

Bezeichnung des Rechtsmittelgegners notwendige Angaben bei Streitgenossen (BGH in MDR 2011, 181 = NJW-RR 2011, 359; Urteil vom 15.12.2010 – XII ZR 18/09)

ZPO

An die Bezeichnung des Rechtsmittelgegners sind nach st. BGH-Rspr. **weniger strenge Anforderungen** zu stellen als an die **Bezeichnung des Rechtsmittelführers**. Wenn der in der Vorinstanz obsiegende Gegner aus mehreren Streitgenossen besteht, richtet sich das Rechtsmittel **im Zweifel gegen die gesamte angefochtene Entscheidung**

und somit **gegen alle gegnerischen Streitgenossen**, es sei denn, die Rechtsmittelschrift lässt eine Beschränkung der Anfechtung erkennen.

- I. Zum **notwendigen Inhalt der Berufungsschrift** nach § 519 II ZPO gehört neben den weiteren, gesetzlich normierten Voraussetzungen auch die **Angabe, für und gegen welche Partei das Rechtsmittel eingelegt wird**. Die Berufungsschrift muss entweder für sich allein betrachtet oder mit Hilfe weiterer Unterlagen bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist **eindeutig erkennen lassen, wer Berufungskläger und wer Berufungsbeklagter sein soll** (BGH NJW-RR 2011, 281 = MDR 2010, 828 m. w. Nachw.).

An die **eindeutige Bezeichnung des Rechtsmittelführers** sind dabei **strenge Anforderungen** zu stellen: Nach st. Rspr. des BGH muss bei verständiger Würdigung des gesamten Vorgangs der Rechtsmittelinlegung jeder Zweifel an der Person des Rechtsmittelklägers ausgeschlossen sein. Dabei sind, wie allgemein bei der Auslegung von Prozesserkklärungen, alle Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen (BGH NJW-RR 2011, 281 = MDR 2010, 828).

- II. An die **Bezeichnung des Rechtsmittelgegners** sind indessen nach st. Rspr. des BGH **weniger strenge Anforderungen** zu stellen. Jedenfalls in denjenigen Fallgestaltungen, in denen der in der Vorinstanz obsiegende Gegner aus mehreren Streitgenossen besteht, richtet sich das Rechtsmittel im Zweifel gegen die gesamte angefochtene Entscheidung und somit gegen alle gegnerischen Streitgenossen, es sei denn, die Rechtsmittelschrift lässt eine Beschränkung der Anfechtung erkennen (BGH NJW-RR 2011, 281 = MDR 2010, 828; NJW-RR 2009, 208).

1. Eine solche Beschränkung kann sich, wenn auf der Gegenseite mehrere Streitgenossen stehen, zwar auch daraus ergeben, dass in der Rechtsmittelschrift nur einige von ihnen angegeben werden (BGH NJW 1969, 928; NJW-RR 2009, 208). Dies ist jedoch nicht zwingend: Der BGH hat eine unbeschränkte Berufungseinlegung auch in Fällen bejaht, in denen als Rechtsmittelgegner nur einer von mehreren Streitgenossen, und zwar der im Urteilsrubrum an erster Stelle Stehende, genannt wurde (BGH NJW 2002, 831; NJW 1984, 58 jeweils m. w. Nachw.).

2. Weil auch die **Bezeichnung einer Partei als Teil einer Prozesshandlung auslegungsfähig** ist (BGHZ 4, 328 = NJW 1952, 545; NJW-RR 2006, 1569), kommt es für die Frage, ob eine Beschränkung der Anfechtung gewollt ist, letztlich auf eine vollständige Würdigung des gesamten Vorgangs der Rechtsmittelinlegung bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist an.

„Dabei können sich aus einer beigefügten Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift des angefochtenen Urteils oder aus sonstigen beigefügten Unterlagen häufig entscheidende Hinweise auf den Umfang der Anfechtung ergeben. Dabei kommt insbes. der Frage Bedeutung zu, ob eine Beschränkung des Rechtsmittelangriffs auf einen Teil der bisherigen Prozessgegner in Anbetracht des der Vorinstanz unterbreiteten Streitstoffs ungewöhnlich oder gar fern liegend erscheint (BGH NJW-RR 2011, 281 = MDR 2010, 828).“ (BGH aaO)

StGB
§ 46b

**Kronzeugenregelung
Opfer einer Katalogtat**

StGB

(BGH in ZAP 2010, 1211; Beschluss vom 19.05.2010 – 5 StR 182/10)

Die **Kronzeugenregelung des § 46b StGB ist auch auf das Opfer einer in § 46b I 1 Nr. 1 StGB i.V. mit § 100a II StPO bezeichneten Tat anwendbar.**

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

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

- II. Das **Merkmal der Freiwilligkeit** wird auch **nicht mit Blick auf eine strafprozessuale Aussagepflicht des Zeugen** (vgl. §§ 51, 70 StPO) **ausgeschlossen**.

„Freiwilligkeit ist nach der insoweit auf § 46b StGB übertragbaren Rspr. des BGH zu § 31 BtMG dann gegeben, wenn sich der Besch. frei zur Offenbarung entschließen kann; unfreiwillig handelt hingegen, wer meint, nicht mehr anders handeln zu können (BGHR BtMG § 31 Nr. 1 Freiwillig 1 und 2). Abgesehen davon, dass gesetzliche Anzeigepflichten betreffend begangene Straftaten nach geltender Rechtslage die Ausnahme bilden und der Zeuge etwa bei polizeilichen Vernehmungen nicht aussagen muss, führt eine gegebene Zeugnispflicht nicht dazu, dass er nicht Herr seiner Entschlüsse ist und eine Aussage daher nicht mehr auf einem autonomen Entschluss beruhen kann. Dem entspricht es, dass der Gesetzgeber den Tatbestand des § 46b I 1 Nr. 2 StGB und damit das Freiwilligkeitserfordernis selbst bei Bestehen einer strafbewehrten Anzeigepflicht nach § 138 StGB nicht in Frage gestellt sieht (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des federführenden Rechtsausschusses des Bundestages in BT-Dr 16/13094, S. 5). Anders läge es, wenn der Zeuge erst nach gegen ihn konkret ergriffenen Erzwingungsmaßnahmen (vgl. §§ 51, 70 StPO) aussagen würde.“ (BGH aaO)

StPO
§ 145a III 2 Hs. 2

Wiedereinsetzungsantrag

StPO

Verteidiger hat keine Entscheidungsabschrift erhalten

(OLG Stuttgart in StV 2011, 85; Beschluss vom 13.07.2009 – 4 Ws 127/09)

Erhält der Verteidiger entgegen § 145 a III 2 HS 2 StPO **keine Abschrift der Entscheidung**, ist ihm **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren**, sofern die Nichteinhaltung der Frist darauf beruht, dass er vom Inhalt der Entscheidung keine Kenntnis nehmen konnte.

„Zwar ist die **an den Verurteilten bewirkte Zustellung wirksam**. Sie **setzt die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde auch dann in Lauf, wenn der Verteidiger** entgegen § 145a III 2 StPO davon **weder unterrichtet wurde, noch eine Abschrift des Beschlusses erhalten hat**, weil diese Norm lediglich eine Ordnungsvorschrift ist (vgl. BVerfG NJW 2002, 1640; KK-Laufhütte, StPO, 6. Aufl., § 145 a Rn 6; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 145 a Rn 14).

Das **Unterbleiben der Benachrichtigung des Verteidigers begründet jedoch regelmäßig die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**, da die Beteiligten in einem Strafverfahren darauf vertrauen dürfen, dass das Gericht § 145a III StPO beachtet. Die h. M. sieht als *ratio legis* die Sicherstellung der Fristenkontrolle durch den Verteidiger an (vgl. LG Zweibrücken NZV 2007, 431; Meyer-Goßner, StPO, § 145a Rn 14, § 44 Rn 17; KK-Laufhütte, StPO, § 145 a Rn 6). Der Verurteilte solle sich darauf verlassen können, dass (auch) sein Verteidiger von der Zustellung Kenntnis erhält, der sich dann ohne Rückfrage danach richten und seine Interessen wahrnehmen kann (KG StrV 2003, 343; KK-Laufhütte aaO).

Es kann dahinstehen, ob diese Auslegung der **gesetzgeberischen Intention** zutreffend ist. Zweifel mögen bestehen, weil der Verteidiger nur von der Anordnung der Zustellung und nicht von deren Ausführung unterrichtet wird. Er kann deshalb den Zeitpunkt der Zustellung des Beschlusses nicht bestimmen und ist daher ohne Rücksprache mit seinem Mandanten nicht in der Lage, selbstständig Rechtsmittelfristen zu überwachen. Unabhängig hiervon dient die in § 145a III 2 HS 2 StPO angeordnete Übersendung einer Abschrift der Entscheidung dazu, den Verteidiger vom **genauen Inhalt der Entscheidung in Kenntnis zu setzen.**“ (OLG Stuttgart aaO)

StPO
§ 257 c

Verstoß gegen Belehrungspflicht fehlende Angabe der Strafuntergrenze

StPO

(BGH in StV 2011, 75; Beschluss vom 08.10.2010 – 1 StR 347/10)

Weist das Gericht im Falle einer Verständigung entgegen der gesetzlichen Regelung in § 257c III 2 StPO **lediglich auf die bestehende Strafobergrenze, nicht aber auf die Strafuntergrenze hin**, stellt dies **keinen Verstoß gegen die** dem Gericht gegenüber dem Angekl. obliegende **Belehrungspflicht** dar.

- I. Nach **§ 257c III 1 StPO kann das Gericht** - im Rahmen seiner Pflicht zur Bekanntgabe des Inhalts einer möglichen Verständigung - unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine **Ober- und Untergrenze der Strafe angeben**. Die **Vereinbarung einer bestimmten Strafe** (sog. Punktstrafe; vgl. hierzu BGHSt 51, 84, 86) bleibt damit nach der gesetzlichen Neuregelung des Verständigungsverfahrens **nach wie vor unzulässig**.

Ob allerdings nach dieser Regelung das Gericht bei der Bekanntgabe des möglichen Verfahrensergebnisses zwingend auch einen Strafraum anzugeben hat oder ob - im Hinblick auf die Ausgestaltung als "Kann-Vorschrift" - die isolierte Angabe einer Strafober- oder Strafuntergrenze ausreicht, wird unterschiedlich beurteilt (letzteres bejahend: SK-StPO/Velten, § 257c Rn 21; Bittmann wistra 2009, 415; verneinend Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 257c Rn 20; vgl. auch BGH NStZ-RR 2010, 152).

„**Angesichts des Wortlauts der Vorschrift** ("Ober- und Untergrenze der Strafe"; "der in Aussicht gestellte Strafraum [§ 257c IV 1 StPO]") und der **Gesetzesmaterialien** (BT-Drucks. 16/13095 S. 3 [Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses]: "wobei das Gericht eine [...] tat- und schuldangemessene Strafober- und Strafuntergrenze anzugeben hat") sprechen gewichtige Gründe dafür, dass nach dem Willen des Gesetzgebers das Gericht nach fallbezogener Verengung des gesetzlichen Strafraums stets einen konkreten Rahmen für die schuldangemessene Strafe, bestehend aus einer Strafober- und einer Strafuntergrenze, anzugeben hat.“ (BGH aaO)

- II. In diesem Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung in § 257c III 2 StPO einer Forderung der Generalstaatsanwälte nachgekommen ist, die in der Festlegung einer unteren Strafgrenze ein legitimes Anliegen der Staatsanwaltschaft gesehen haben, ihre Vorstellung von einem **gerechten Schuld Ausgleich** nicht nur nach oben, sondern auch nach unten abgesichert zu sehen.

„**Die Benennung einer Strafuntergrenze trägt daher in erster Linie den Interessen der Staatsanwaltschaft Rechnung** (vgl. AnwK-StPO/Püschel, 2. Aufl., § 257c Rn 22 m.w.N.; hinsichtlich einer daneben bestehenden Informationsfunktion für den Angekl. (vgl. BT-Drucks. 16/11736 S. 12), deren Zustimmung für das Zustandekommen einer Verständigung im Unterschied zu der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des § 257c StPO nunmehr unerlässlich ist. Fehlt es an der Angabe einer Strafuntergrenze durch das Gericht, kann dies in der Regel nur von der Staatsanwaltschaft im Rahmen einer Revision zum Nachteil des Angekl. beanstandet werden.“ (BGH aaO)

GG
Art. 103 I

Überraschungsentscheidung gerichtliche Hinweispflicht

GG

(BVerwG in NVwZ 2011, 372; Beschluss vom 19.07.2010 – 6 B 20/10)

Das Gericht muss, um eine **unzulässige Überraschungsentscheidung** zu vermeiden, den **Kl. auf eine rechtliche Einschätzung hinweisen, die in jedem Fall zur Klageabweisung führt und mit der der Kl. nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht rechnen muss**.

- I. Eine das **Recht auf rechtliches Gehör** verletzende Überraschungsentscheidung liegt nach der **st. Rspr. des BVerwG** (vgl. etwa: BVerwG NVwZ 2003, 1132 und BVerwG NVwZ 2010, 845) vor, wenn das Gericht einen bis dahin nicht erörterten rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt zur Grundlage seiner Entscheidung macht und damit dem Rechtsstreit eine Wendung gibt, mit der die Bet. nach dem bisherigen Verlauf des Verfahrens auch unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchten.

Zwar muss das Gericht auch in Anbetracht der Ausprägung, die das Recht auf rechtliches Gehör in § 86 III VwGO gefunden hat, die Bet. grds. nicht vorab auf seine Rechtsauffassung oder die beabsichtigte Würdigung des Prozessstoffs hinweisen, denn die tatsächliche und rechtliche Würdigung ergibt sich regelmäßig erst auf Grund der abschließenden Beratung. Die besonderen Umstände eines konkreten Falls können indes eine andere Beurteilung gebieten.

II. In dem zur Entscheidung stehenden Fall sind solche **besonderen Umstände** gegeben.

„Das OVG hätte daher der Kl. mit einem entsprechenden Hinweis Gelegenheit geben müssen, zu der die Entscheidung tragenden Einschätzung, die nach § 61 Nr. 2 VwGO beteiligungsfähige und nach § 42 II VwGO klagebefugte Kl. könne eine Aufhebung der vereinsrechtlichen Verbotsverfügung nach § 113 I 1 VwGO in der Sache nicht beanspruchen, weil sie durch diese – ungeachtet ihrer objektiven Rechtswidrigkeit – wegen der ihr nicht zukommenden Eigenschaft eines Vereins nicht in einem Recht aus Art. 9 I GG verletzt sein könne, Stellung zu nehmen und auf sie ggf. prozessual zu reagieren.

Vor dem Hintergrund der prozessualen Entwicklung musste die Kl. zu der Einschätzung gelangen, die in den Vordergrund getretene und in ihrer Beantwortung von dem Ausgang der Beweisaufnahme abhängige Frage, ob sie – noch – die Voraussetzungen eines Vereins i. S. des Art. 9 I GG und des § 2 I VereinsG erfülle, könne im Fall ihrer Verneinung zwar zu einer Abweisung der Klage als unzulässig wegen einer nicht gegebenen Beteiligungsfähigkeit nach § 61 VwGO oder eines fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses führen, müsse aber, wenn das OVG die Zulässigkeit - unabhängig von der Vereinseigenschaft – bejahe, zum Erfolg der Klage in der Sache führen. In keiner Weise hatte sie mit dem der angefochtenen Entscheidung zu Grunde liegenden rechtlichen Ansatz zu rechnen, nach dem es für sie im Fall der Verneinung ihrer Eigenschaft als Verein von vornherein aussichtslos war, im Wege der Anfechtungsklage eine Aufhebung der Verbotsverfügung zu erreichen, da sie selbst bei einer Überwindung der Zulässigkeitsschranken jedenfalls im Rahmen der Begründetheit der Klage zwingend scheitern musste, weil die objektiv rechtswidrige Verfügung sie nicht in ihren Rechten verletze.

Von einem Hinweis auf diesen Ansatz durfte das OVG in Anbetracht seiner Verpflichtung zur Gewährung rechtlichen Gehörs nicht absehen.“ (BVerwG aaO)

VwGO
§ 42 II

**Verwirkung
prozessuales Klagerecht**

VwGO

(OVG Münster in NVwZ-RR 2011, 208; Beschluss vom 13.10.2010 – 6 B 1001/10)

Eine **Verwirkung** sowohl des materiellen Rechts auf Überprüfung und ggf. Änderung einer dienstlichen Beurteilung als auch des prozessualen Klagerechts tritt ein, wenn der beurteilte Beamte während eines längeren Zeitraums unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen vernünftigerweise etwas zur Rechtswahrung unternommen zu werden pflegt, so dass beim Dienstherrn der Anschein erweckt worden ist, er werde bzgl. der Beurteilung nichts mehr unternehmen. Die Bemessung des Zeitraums hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

„Zwar sind nach der st. Rspr. des BVerwG dienstliche Beurteilungen der Beamten nicht der Bestandskraft fähig. Der Beamte ist deshalb nicht genötigt, Einwendungen unmittelbar gegen die Beurteilung vorzubringen, um zu verhindern, dass eine Beurteilung, die er für rechtswidrig hält, zu seinem Nachteil bei Auswahlentscheidungen verwendet wird. Er kann vielmehr - auch ohne vorherige Anfechtung der Beurteilung selbst - seine Einwendungen in dem Auswahlverfahren, in dem die Beurteilung herangezogen wird, ebenso wie in einem gegebenenfalls anschließenden verwaltungsgerichtlichen Konkurrentenstreit geltend machen und die Beurteilung auf diese Weise einer inzidenten Rechtmäßigkeitsüberprüfung zuführen; eine - einzelfallbezogene - Grenze wird insoweit jedoch durch die Grundsätze der Verwirkung gezogen.

Eine Verwirkung sowohl des materiellen Rechts auf Überprüfung und ggf. Änderung der dienstlichen Beurteilung als auch des prozessualen Klagerechts tritt ein, wenn der beurteilte Beamte während eines längeren Zeitraums unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen vernünftigerweise etwas zur Rechtswahrung unternommen zu werden pflegt, so dass beim Dienstherrn der Anschein erweckt worden ist, er werde bezüglich der Beurteilung nichts mehr unternehmen. Die Bemessung des Zeitraums hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl. hierzu BVerfGE 32, 305; BVerwGE 49, 351; VGH Bad.-Württ. NVwZ-RR 2009, 967).

Hiervon ausgehend hat der Ast. das Recht, gegen seine dienstliche Beurteilung vom 27.10.2008 vorzugehen, verwirkt: Die aus Anlass seiner Bewerbung um eine Beförderungsstelle erstellte Beurteilung ist ihm am 27.10.2008 bekannt gegeben worden. Der Ag. hat in der Folgezeit auf der Grundlage dieser Beurteilung mehrere Auswahlentscheidungen, letztlich auch die vorliegend in Rede stehende, zulasten des Ast. getroffen. Der Ast. hat Einwendungen gegen seine dienstliche Beurteilung weder in den jeweiligen Verwaltungs- noch in anschließenden erstinstanzlichen Gerichtsverfahren geltend gemacht, sondern erstmals im vorliegenden Beschwerdeverfahren und damit erst rd. 20 Monate nach Bekanntgabe der Beurteilung. Es drängt sich auf, dass die Dauer der Untätigkeit unter den hier gegebenen Umständen dem Ag. berechtigten Anlass zu der Annahme gegeben haben, der Ast. habe die Beurteilung hingenommen und werde gegen diese keine Einwendungen mehr erheben.“ (OVG Münster aaO)

VwGO
§ 146

**Beschwerdeverfahren
Zulässigkeit der Antragsweiterung**

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2011, 95; Beschluss vom 18.10.2010 – 1 S 2029/10)

Eine Antragsweiterung ist im Beschwerdeverfahren zur Vermeidung eines zusätzlichen erstinstanzlichen Eilrechtsschutzverfahrens ausnahmsweise zulässig, wenn sie einer Änderung der Sachlage Rechnung trägt, die vor Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist eingetreten ist und daher noch in das Beschwerdeverfahren eingeführt werden kann.

„Nach § 146 IV 3 u. 6 VwGO muss sich die Beschwerdebegründung mit der erstinstanzlichen Entscheidung auseinandersetzen und hat der VGH nur die dargelegten Gründe zu prüfen. Mit dieser der Entlastung der OVG dienenden Qualifizierung der Beschwerdebegründung einerseits und der Beschränkung des Prüfungsumfangs andererseits in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist eine Antragsänderung oder -erweiterung in der Beschwerdeinstanz regelmäßig nicht vereinbar (vgl. VGH Bad.-Württ. VBIBW2006, 285 m.w.N.).

Eine **Ausnahme** hiervon ist jedoch **aus Gründen effektiven Rechtsschutzes** zu machen, soweit es um eine **sachdienliche Antragserweiterung** geht, mit der der Bf. einer **Änderung der Sachlage** Rechnung trägt, die **vor Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist eingetreten ist und daher noch in das Beschwerdeverfahren eingeführt werden kann** (vgl. zu letzterem Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., § 146 Rn 42; Bader u. a., VwGO, 4. Aufl., § 146 Rn 36; VGH Bad.-Württ. VBIBW 2006, 323). Es wäre ein Wertungswiderspruch, einerseits neues Vorbringen bis zum Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist zuzulassen, andererseits aber eine hierauf bezogene **sachdienliche Antragserweiterung** auszuschließen. Auch der **Beschleunigungs- und Vereinfachungseffekt des § 146 IV VwGO** würde konterkariert, wenn in dieser Konstellation die ursprünglichen Anträge im Beschwerdeverfahren weiterverfolgt werden müssten und der Bf. Bzgl. neuer Anträge darauf verwiesen würde, ein zusätzliches erstinstanzliches Eilrechtsschutzverfahren einzuleiten. Bereits die einengenden Voraussetzungen des § 91 VwGO - die freilich erfüllt sein müssen - tragen dazu bei, dass sich das Beschwerdegericht nicht mit Änderungen des Streitgegenstandes befassen muss, bei denen die Einleitung eines neuen Gerichtsverfahrens besser ist (so auch Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 146 Rn 94).“ (VGH Mannheim aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

RVG
§ 15

Gebührenanspruch wiederaufgenommenes Versorgungsausgleichsverfahren (OLG Celle in FamRZ 2011, 240; Beschluss vom 16.09.2010 – 12 WF 102/10)

RVG

- I. Bei einem **wiederaufgenommenen Versorgungsausgleichsverfahren**, das **zuvor abgetrennt und ausgesetzt** worden ist, handelt es sich **gebührenrechtlich** um eine **neue Angelegenheit**, auf die die zuvor entstandenen Gebühren anzurechnen sind.

„Für die Tätigkeit in dem abgetrennten und selbstständigen Verfahren über den Versorgungsausgleich verdient der Rechtsanwalt gesonderte Gebühren. Dies ergibt sich aus § 150 V 2 FamFG (Borth FamRZ 2010, 1210). Diese Regelung entspricht der bisherigen Verfahrenstrennung nach § 623 II 2 ZPO a.F. (OLG Karlsruhe JurBüro 1999, 383; OLG Düsseldorf JurBüro 2001, 686; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 16. Aufl., Nr. 3100 VV RVG Rn 105; Zöller/Philippi, § 623 Rn 32k). Letztlich ist dies die Folge der Entscheidung des Gesetzgebers in Art. 111 IV FGG-RG, die abgetrennten Versorgungsausgleichsverfahren als selbstständige Verfahren weiterzuführen.“

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Rechtsanwalt im Scheidungsverfahren bereits Gebühren aus dem Wert des Versorgungsausgleichs verdient und abgerechnet hat. Diese Vergütung, soweit sie auf den Versorgungsausgleich angefallen ist, muss sich der Rechtsanwalt anrechnen lassen, § 15 II 1 RVG. Nach § 21 III RVG handelt es sich bei der abgetrennten, nunmehr selbstständigen Folgesache um eine Angelegenheit (Borth FamRZ 2010, 1210; Schneider NJW-Spezial 2008, 635).“ (OLG Celle aaO)

- II. Die **Anrechnung unterbleibt** auch dann **nicht**, auch **wenn** zwischen der Abtrennung und Aussetzung des Verfahrens und der Wiederaufnahme ein **Zeitraum von mehr als zwei Jahren** liegt.

„Zwar werden gem. § 15 V 2 RVG früher verdiente Gebühren nicht angerechnet, wenn der frühere Auftrag seit mehr als zwei Kalenderjahren erledigt ist. Diese Vorschrift findet jedoch unmittelbar nur dann Anwendung, wenn einem Rechtsanwalt nach Erledigung eines früheren Auftrags ein weiterer Auftrag erteilt worden ist (BGH NJW 2006, 1525). Dass hier der frühere Auftrag des Rechtsanwalts erledigt worden ist, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Auf Grund der Aussetzung des Verfahrens über den Versorgungsausgleich war zu erwarten, dass das Verfahren nach der Einkommensangleichung i.S. von § 1 VAÜG fortgesetzt werden würde. Eine Erledigung ist damit nicht eingetreten.“ (OLG Celle aaO)

RVG
§ 15 II

Entpflichtung eines Pflichtverteidigers wegen Untätigkeit (OLG Düsseldorf in NSTz-RR 2011, 48; Beschluss vom 11.11.2010 – 1 Ws 290/10)

RVG

Eine **Auswechslung des Pflichtverteidigers** kann dann **gerechtfertigt** sein, **wenn** er den bereits **seit zwei Monaten** inhaftierten **Angekl. weder** in der Justizvollzugsanstalt **besucht, noch schriftlich kontaktiert**, obwohl die Hauptverhandlung unmittelbar bevorsteht.

*„Die vorliegende Sachverhaltsgestaltung zwingt nach Ansicht des Senats zu einem **Widerruf der Verteidigerbestellung aus wichtigem Grund**, da konkrete Anhaltspunkte für eine im Mandatsverlauf eingetretene tiefgreifende Erschütterung des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Angekl. und seinem Pflichtverteidiger bestehen (vgl. hierzu Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 143 Rn 3, 5 m.w.N.). Dies ergibt sich aus dem Antragsvorbringen des Angekl.: Der durch das Gericht ausgewählte – dem Angekl. zuvor nicht bekannte – Pflichtverteidiger hat seinen Mandanten zunächst weder in der JVA aufgesucht noch schriftlich kontaktiert. Bei der Anbringung des Entpflichtungsantrags befand sich der Angekl. bereits seit über 2 Monaten wegen des hier zur Rede stehenden – wichtigen – Tatvorwurfs in Untersuchungshaft, ohne von seinem Pflichtverteidiger gehört zu haben. Vor diesem Hintergrund ist es – auch aus der Sicht eines vernünftigen und verständigen Betrachters – nachvollziehbar, dass sich der Angekl. durch den gerichtlich bestellten Verteidiger nicht hinreichend vertreten sieht und mittlerweile die Kontaktaufnahme zu diesem ablehnt. Dem Entpflichtungsgesuch ist daher bei der hier gegebenen Sachlage zu entsprechen.“* (OLG Düsseldorf aaO)

RVG
§ 15 a

Geschäftsgebühr Abgeltung durch Prozessvergleich (OLG Oldenburg in AnwBl 2011, 228; Beschluss vom 29.10.2010 – 5 W 66/10)

RVG

Ein **Prozessvergleich**, in dem **keine ausdrückliche Regelung zur Abgeltung der Geschäftsgebühr** getroffen wird, stellt **weder** eine **Erfüllung noch** einen **Vollstreckungstitel i. S. von § 15 a RVG** dar.

- I. Zutreffender Ansicht nach bildet ein **Prozessvergleich** selbst dann **keinen auf die Geschäftsgebühr bezogenen Vollstreckungstitel**, wenn diese Gebühr ausdrücklich zum Gegenstand des Rechtsstreits gemacht worden

ist, es sei denn, der Vergleich verhält sich unmissverständlich dazu, in welcher Höhe die Geschäftsgebühr mit abgegolten werden soll.

vgl. OLG München JurBüro 2010, 23; OLG Naumburg JurBüro 2010, 298; a. A. OLG Saarbrücken JurBüro 2010, 194

„Schon die **Formulierung des § 15a II RVG** („soweit [...] wegen einer dieser Ansprüche ein Vollstreckungstitel besteht“) zeigt, dass der Titel die Geschäftsgebühr als eigenen bezifferten Gegenstand ausweisen muss; nur dann kann konkret festgestellt werden, in welcher Höhe die Geschäftsgebühr auf die entstandene Verfahrensgebühr anzurechnen ist.“ (OLG Oldenburg aaO)

II. Schließlich scheidet auch die **3. Variante des § 15a II RVG** aus.

„Ob die **Geschäftsgebühr Gegenstand des Hauptsacheverfahrens** war oder nicht, ist in Gestaltungen der vorliegenden Art unerheblich. Denn dasselbe Verfahren i. S. des § 15a II RVG wird nicht bereits dadurch begründet, dass im Erkenntnisverfahren eine Geschäftsgebühr klageweise geltend gemacht worden ist und sodann im nachfolgenden Kostenfestsetzungsverfahren die Verfahrensgebühr in Ansatz gebracht wird (vgl. OLG München JurBüro 2010, 23).“ (OLG Oldenburg aaO)

VV RVG **Einigungsgebühr** **VV RVG**
Nr. 1000, 1003 **Verzicht auf Durchführung des Versorgungsausgleichs**
(OLG Karlsruhe in FamRZ 2011, 243; Beschluss vom 31.08.2010 – 5 WF 177/10)

I. Eine **Einigungsgebühr** entsteht nach dem Wortlaut der Nr. 1000 VV RVG **nicht, wenn sich der Vertrag ausschließlich auf ein Anerkenntnis oder einen Verzicht beschränkt**. Hiervon kann jedoch keine Rede sein, wenn die Parteien zur **Beseitigung einer aufgrund der Billigkeitsregelung des § 1587 c BGB bestehenden Ungewissheit** eine Vereinbarung treffen. Die **Bejahung einer Einigungsgebühr** kann **nicht davon abhängen, ob der Versorgungsausgleich** von den Parteien nun **ganz oder aber** - wie dies auch möglich ist - **nur teilweise ausgeschlossen** wird.

„Denn die **Begründung zu Nr. 1000 VV RVG** im Gesetzgebungsverfahren enthält deshalb auch den Hinweis, dass es **für den Anfall der Einigungsgebühr gerade genügen soll, dass durch den Vertrag der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt** wird.“ (OLG Karlsruhe aaO)

II. Diese Voraussetzungen liegen aber jedenfalls in den Fällen vor, in dem ein **Ausschluss des Versorgungsausgleichs** in Betracht kommt.

OLG Nürnberg FamRZ 2007, 573; OLG Koblenz FamRZ 2008, 910; Hartmann, Kostengesetze, 37. Aufl., Nr. 1000 VV RVG Rn 26

„Nach Auskunft der Rentenversicherung ergab sich, dass die von der Ag. erworbenen Anwartschaften zu einem erheblichen Teil auf Pflichtbeiträgen aufgrund von Kindererziehung beruhen. Demgegenüber soll der Ast. nach Vortrag der Ag. einer geregelten Berufstätigkeit während der Ehe nicht nachgegangen sein und aus diesem Grunde nur geringe Rentenanswartschaften erworben haben. Zudem sei ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs für den Ast. auch nicht grob unbillig, da dieser durch seine jetzt begonnene Berufsausbildung eventuelle Nachteile beim Versorgungsausgleich in Kürze aufgrund höherer Beitragszahlungen durchaus ausgeglichen haben wird.

Da nach ihrem Vortrag vom Ast. auch ein Unterhalt für die Ag. und das gemeinsame Kind nicht gezahlt worden war, war die **Durchführung des Versorgungsausgleichs durchaus fraglich**. Bei dieser Situation und der notwendigen weiteren Betreuung des gemeinsamen Kindes durch die Ag. stand durchaus die Frage im Raum, ob der zugunsten des Ast. durchzuführende Versorgungsausgleich nicht nach § 1587 c Nr. 1 BGB als unbillig auszuschließen oder zu beschränken wäre.

Mit der vorliegenden Vereinbarung ist diese **unsichere Rechtslage aus der Welt geschafft** worden. Schließlich kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass mit der vorliegenden Vereinbarung auch eine mögliche nachträgliche Abänderbarkeit der Regelung gem. § 10 a VAHRG/§ 51 VA-Gesetz entfällt. Im Hinblick auf diese Gesichtspunkte erscheint die Vereinbarung der Parteien zum Verzicht auf einen Versorgungsausgleich im vorliegenden Fall nicht als einseitiger Verzicht, vielmehr hält der Senat für diesen Fall den Anfall einer Einigungsgebühr für geboten.“ (OLG Karlsruhe aaO)

VV RVG **Einigungsgebühr** **VV RVG**
Nr. 1000, 1003 **Verzicht auf Durchführung des Versorgungsausgleichs**
(KG in FamRZ 2011, 242; Beschluss vom 12.10.2009 – 19 WF 90/09)

Der **Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs** löst eine **Einigungsgebühr nach Nr. 1000, 1003 VV RVG** aus, wenn weder die Person des Ausgleichspflichtigen noch die Höhe eines Ausgleichs bekannt sind.

„Der Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs ist grds. eine Erklärung, die eine Einigungsgebühr nicht auslöst; denn da nur einer der Parteien ein Ausgleichsanspruch zusteht, handelt es sich regelmäßig nur um den Verzicht eines Bet. Dieser **Grundsatz gilt uneingeschränkt** aber **nur, wenn die Höhe der jeweiligen Versorgungsanwartschaften feststehen** und so der Ausgleichspflichtige bekannt ist oder zumindest bekannt sein kann.

Eine **abweichende Beurteilung** ist aber gerechtfertigt, **wenn mangels (vollständiger) Ermittlungen weder die Person des Ausgleichspflichtigen noch die Höhe eines Ausgleichs bekannt sind** (ebenso z. B. OLG Zweibrücken OLG 2009, 581; Elden FamFR 2009, 23; OLG Köln NJW 2009, 237; OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 1463; OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 2142; OLG Celle FamRZ 2007, 2001; a. A. OLG Karlsruhe NJW 2007, 1072). In diesem Fall besteht eine **Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis i. S. von Nr. 1000 VV RVG**, das durch die Einigung beseitigt wird. Nach Nr. 1000 I HS 2 VV RVG reicht zwar ein einseitiger Verzicht oder ein Anerkenntnis für die Entstehung der Einigungsgebühr nicht aus. Dieser Ausschlussgrund besteht aber nur dann, wenn der von den Bet. geschlossene Vertrag das Anerkenntnis der gesamten Forderung durch den Schuldner oder den Verzicht des Gläubigers auf den gesamten Anspruch ausschließlich zum Inhalt hat (BGH NJW-RR 2007, 359 = MDR 2007, 492). Das ist – ebenso wie bei der Kombination von Anerkenntnis und Verzicht (BGH NJW-RR 2007, 359 = MDR 2007, 492; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG,

18. Aufl., Nr. 1000 VV RVG Rn 182) – dann nicht der Fall, wenn beide Bet. einen Verzicht erklären ohne wissen zu können, wer tatsächlich eine Position verliert.“ (KG aaO)

VV RVG
Nr. 3200

Terminsgebühr
nicht durchgeführte Berufungsverhandlung

VV RVG

(BGH in BRAK-Mitt. 2011, 40 = AnwBl 2011, 226; Beschluss vom 12.10.2010 – VIII ZB 16/10)

Eine **Terminsgebühr** nach Nr. 3200 VV RVG i. V. mit Teil 3 Vorb. 3 III VV RVG für die Vertretung in einem Gerichtstermin **entsteht nur dann, wenn der Termin auch stattfindet**. Dies **setzt voraus, dass das Gericht**, sofern der Termin nicht förmlich aufgerufen wird, zumindest konkludent **mit dem Termin „begonnen“ hat**.

- I. Die **Terminsgebühr in Zivilverfahren entsteht** nach Teil 3 Vorb. 3 III VV RVG **für die Vertretung in einem Verhandlungs-, Erörterungs- oder Beweisaufnahmetermin** oder die **Wahrnehmung eines von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen anberaumten Termins** oder die **Mitwirkung an auf die Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens gerichteten Besprechungen** auch ohne Beteiligung des Gerichts (außer für Besprechungen mit dem Auftraggeber). Was unter einem Termin i. S. des VV RVG zu verstehen ist, regelt das RVG nicht.
- II. Da das Gesetz die Vertretung „in“ einem der aufgeführten gerichtlichen Termine voraussetzt, legt der **Wortlaut** nahe, dass dieser **Termin auch stattfinden muss**.

Ob ein Termin stattfindet, entscheidet das Gericht: Ein Gerichtstermin beginnt gem. § 220 I ZPO mit dem Aufruf der Sache durch das Gericht. Dabei **reicht es aus, wenn der Termin nicht förmlich aufgerufen wird, sondern das Gericht konkludent mit dem Termin beginnt** (Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl., VV RVG Vorb. 3 Rn 47, 49, 51).

„Hieran mangelt es indes im vorliegenden Fall: Nach der dienstlichen Äußerung des Vorsitzenden Richters ist ein Aufruf der Sache nicht erfolgt. Ausweislich einer Aktennotiz des Kammervorsitzenden ist der Termin auch nicht „begonnen“ worden. Eine **Terminsgebühr konnte daher nicht entstehen**.“ (BGH aaO)

- III. An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts dadurch, dass der **gegnerische Anwalt in Unkenntnis der Berufungsrücknahme und der Terminaufhebung** zu der vorgesehenen Terminsstunde **erscheint**.

„Eine **entsprechende Anwendung von Teil 4 Vorb. 4 III 2 und 3 VV RVG scheidet aus** (a.A. Bischof/Jungbauer, RVG, 3. Aufl., Nr. 3104 VV Rn 35ff.). Nach dieser Vorschrift erhält der Rechtsanwalt in Strafsachen die **Terminsgebühr auch dann, wenn er zu einem anberaumten Termin erscheint, dieser aber aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, nicht stattfindet, es sei denn, er ist rechtzeitig von der Aufhebung oder Verlegung des Termins in Kenntnis gesetzt worden**. Da die **vorgenannte Regelung in Vorb. 4 jedoch nur für die Festsetzung der Terminsgebühr in Strafsachen gilt, eine solche Regelung in der für Zivilverfahren geltenden Vorb. 3 III VV RVG hingegen fehlt und sich aus den Gesetzesmaterialien zu den Gründen dieser Differenzierung nichts herleiten lässt (BT-Dr 15/1971, S. 209, 221), ist davon auszugehen, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, diese spezialgesetzliche Regelung nur in Strafsachen anzuwenden** (so auch Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, VV Vorb. 3 Rn 51 m.w. Nachw.).“ (BGH aaO)

VV RVG
Nr. 3305

Verfahrensgebühr für Mahnverfahren
Anrechnung auf Gebühr im Erkenntnisverfahren

VV RVG

(BGH in BRAK-Mitt. 2011, 37; Beschluss vom 28.10.2010 – VII ZB 116/09)

Ist die **anwältliche Geschäftsgebühr** gem. Nr. 2300 VV RVG **tituliert und dem Erkenntnisverfahren ein Mahnverfahren mit gleichen Gegenstandswerten vorausgegangen**, so ist bei der Kostenfestsetzung die gem. Nr. 3305 VV RVG entstandene **Verfahrensgebühr für die Tätigkeit im Mahnverfahren auf die** gem. Nr. 3100 VV RVG entstandene **Verfahrensgebühr** in vollem Umfang **anzurechnen**.

- I. Der Anrechnung der hälftigen Geschäftsgebühr steht nicht entgegen, dass die **Anrechnungsvorschrift** der Vorb. 3 IV VV RVG, Nr. 3100 VV RVG **grds. nur das Innenverhältnis zwischen Mandant und Anwalt betrifft** (vgl. BGH NJW 2009, 3101; BGH FamRZ 2010, 456; BGH AGS 2010, 159; BGH AGS 2010, 263).

„Denn eine Anrechnung hat in den Fällen zu erfolgen, die nunmehr in § 15a II RVG gesetzlich geregelt sind. Ist außergerichtliche Geschäftsgebühr voll tituliert worden, ist die Anrechnung auch im Verhältnis zu Dritten im Kostenfestsetzungsverfahren zu berücksichtigen (jetzt: § 15a II Alt. 2 RVG).“ (BGH aaO)

- II. Auch die **Anrechnungsregeln hinsichtlich der im Mahnverfahren entstandenen Gebühren wirken sich im Verhältnis zu Dritten aus**, § 15a II Alt. 3 RVG (vgl. Gerold/Schmidt-Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl., § 15 a Rn 23).

1. **Überwiegend** wird die Berechnung der Gebühren im Falle des nach außergerichtlicher Geschäftsbesorgung zunächst im Mahnverfahren und anschließend im Hauptverfahren in derselben Sache tätigen Rechtsanwalts in der Weise vorgenommen, dass auf die Verfahrensgebühr für die Vertretung des Ast. im Mahnverfahren die Geschäftsgebühr gem. Vorb. 3 IV VV RVG, Nr. 3100 VV RVG angerechnet wird. Die **Verfahrensgebühr für die Vertretung des Ast. im Mahnverfahren wird** gem. Nr. 3305 VV RVG **in vollem Umfang** und nicht in durch die Anrechnung der Geschäftsgebühr gekürztem Umfang **auf die Verfahrensgebühr für die Tätigkeit im streitigen Verfahren angerechnet**.

vgl. OLG Köln AGS 2009, 476; Meyer JurBüro 2008, 16; Gerold/Schmidt-Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl., VV Vorb. 3 Rn 209 f.; Enders JurBüro 2005, 243; Bräuer, FS Madert 2006, 9; vgl. auch OLG Stuttgart JurBüro 2008, 526.

2. Gegen diese Anrechnungslösung spricht sich Hansens (RVGReport 2009, 81) aus.

Er meint, auf die Verfahrensgebühr im Hauptverfahren nach Nr. 3100 VV RVG sei gem. Anm. zu Nr. 3305 VV RVG nur noch die im Mahnverfahren verbleibende Verfahrensgebühr (Nr. 3305 VV RVG – ½ Nr. 2300 VV RVG) anzurechnen. Nur diese sei, nachdem in der Reihenfolge des zeitlichen Entstehens angerechnet werde, zur Anrechnung noch vorhanden.

3. Nach **BGH aaO** ist die **herrschende Meinung zutreffend**.

„Sie entspricht schon dem **Wortlaut der Anrechnungsregelung** in Nr. 3305 VV RVG. Nach diesem ist die zuvor bezeichnete volle Verfahrensgebühr auf einen nachfolgenden Rechtsstreit anzurechnen. Dem Wortlaut kann nicht entnommen werden, dass – im Falle einer zuvor erfolgten Anrechnung – nur die verbleibende Gebühr im nachfolgenden Rechtsstreit anzurechnen ist. § 15a RVG lässt sich vielmehr entnehmen, dass die ursprünglich entstandene Gebühr anzurechnen ist. Mit dieser Norm wird klargestellt, dass jede Gebühr unabhängig von ihrer Anrechnung in vollem Umfang entsteht (Gerold/Schmidt-Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl., Vorb. 3 VV RVG Rn 210).

Nur mit diesem Verständnis ist gewährleistet, dass der **Sinn der Anmerkung zu Nr. 3305 VV RVG auch dann zum Tragen kommt, wenn eine vorgerichtliche entstandene Geschäftsgebühr anzurechnen ist**. Ansonsten entstünde das vom Gesetzgeber nicht gewollte Ergebnis, dass für die Tätigkeit des nach außergerichtlicher Geschäftsbesorgung zunächst im Mahnverfahren und anschließend im Hauptverfahren tätigen Rechtsanwalts mehr Gebühren festzusetzen wären, als für die Tätigkeit des Anwalts, der nach außergerichtlicher Geschäftsbesorgung direkt das Hauptsacheverfahren betreibt (ebenso Gerold/Schmidt-Müller-Rabe aaO, Rn 211).“ (BGH aaO)

AO
§ 367 II 3

Einspruchsverfahren
keine Erstattung von Rechtsanwaltskosten
(FG München in ZAP 2011, 132; Urteil vom 30.04.2009 – 15 K 320/09)

AO

Selbst wenn das Finanzamt im außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren einem **Einspruch abhilft**, besteht **kein Anspruch auf Ersatz** der im Einspruchsverfahren entstandenen **Kosten für die Zuziehung eines Bevollmächtigten oder Beistands**.

- I. Eine **Kostenerstattung im Fall des Widerspruchsverfahrens** vor Bundesverwaltungsbehörden (§ 80 I 1, II VwVfG, § 72, § 73 III 3 VwGO), vor bayerischen Landesverwaltungsbehörden (Art. 80 I 1, II BayVwVfG, Art. 72, Art. 73 III 3 BayVwGO), vor Sozialverwaltungsbehörden (§ 63 I 1, II SGB X) und im Fall des Einspruchsverfahrens wegen Kindergeldstreitigkeiten vor Familienkassen (§ 77 I 1, II EStG) ist **gesetzlich festgeschrieben**. Die **Erstattung derartiger Kosten im außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren vor einer Finanzbehörde** ist demgegenüber **grds. nicht vorgesehen**. Weder die AO noch die FGO enthalten hierfür eine Rechtsgrundlage.

„Ausschlaggebend für diesen Unterschied ist dabei jedoch nicht der Gesichtspunkt der Kostenfreiheit des finanzbehördlichen Einspruchsverfahrens (§§ 347 ff. AO). Allein die **Gebührenfreiheit des behördlichen Rechtsbehelfsverfahrens** würde eine gesetzliche Regelung der Erstattung der Aufwendungen des Rechtsbehelfsführers für die Beauftragung eines Bevollmächtigten nicht zwingend ausschließen. Das Rechtsbehelfsverfahren vor den Sozialverwaltungsbehörden ist gem. § 64 I SGB X zwar kostenfrei; gleichwohl hat der Gesetzgeber in § 63 II SGB X im Abhilfefall eine diesbezügliche Kostenerstattung vorgesehen. Entsprechendes gilt nach § 77 II EStG für das gebührenfreie Einspruchsverfahren vor den Familienkassen wegen Kindergeldstreitigkeiten. Auch der **fehlende Vertretungszwang** im Rechtsbehelfsverfahren vor den Finanzbehörden – d. h. der Steuerpflichtige kann sich durch einen fachkundigen Bevollmächtigten vertreten lassen, muss dies aber nicht (§ 80 I 1 AO) – ist kein hinreichender Differenzierungsgrund. Vertretungszwang besteht auch in den anderen o. g. verwaltungsbehördlichen Rechtsbehelfsverfahren nicht.“ (FG München aaO)

- II. Die **Erstattung von Aufwendungen** eines im Ergebnis erfolgreichen Rechtsbehelfsführers für seinen bereits für das finanzbehördliche Einspruchsverfahren beauftragten Prozessbevollmächtigten ist gem. § 139 III 3 FGO erst vorgesehen, wenn dieser **im finanzgerichtlichen Verfahren** obsiegt. Der **Umstand, dass eine dementsprechende Regelung für Kostenerstattung für den Fall fehlt**, dass bereits die Finanzbehörde dem **Einspruch abhilft** (§ 367 II 3 AO), ist jedoch keine planwidrige sondern eine **bewusste Regelungslücke**. Die Frage nach der Notwendigkeit eines Bevollmächtigten für das Einspruchsverfahren vor der Finanzbehörde stellt sich demnach erst, wenn der Einspruchsführer mit seinen Einwendungen bei der Finanzbehörde nicht durchgedrungen und nach Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes in der Sache erfolgreich gewesen ist.

„Bereits bei der Einführung der AO 1977 ist der **Gesetzgeber in diesem Punkt Bestrebungen zur Harmonisierung der Kostenerstattungsregelungen** gegenüber dem allgemeinen Verwaltungsrecht **bewusst nicht gefolgt** (Bericht der Abgeordneten von Bockelberg und Meinike, Tz. 6 BT-Drs. 7/4292). Das **gesetzgeberische Motiv** für diese Differenzierung mag darin gelegen haben, dass das **finanzbehördliche Einspruchsverfahren als verlängertes Veranlagungsverfahren** und die außergerichtlichen Rechtsbehelfe als überwiegend erfolgreich angesehen worden sind (BFH DStR 1996, 1482). Die insoweit unterschiedlichen Regelungen schließen deswegen eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 139 III 3 FGO, des § 77 II EStG oder auch des § 80 II VwVfG auf den Streitfall aus (BFH BFH/NV 1990, 388). Die **gesetzgeberische Differenzierung** der Erstattungsfähigkeit von außergerichtlichen Aufwendungen für ein „isoliertes“ Einspruchsverfahren gegenüber einem, das einem erfolgreichen Klageverfahren vorangegangen ist, **verstößt auch nicht gegen Art. 3 I GG** (für § 250 S. 1 RAO entschieden: BVerfG NJW 1973, 1739).“ (FG München aaO)

ZPO
§ 121

Prozesskostenhilfeantrag
Anspruch auf Beordnung eines Rechtsanwalts
(VG Berlin-Bbg. in NJW 2010, 3795; Beschluss vom 30.03.2010 – 11 M 16/10)

ZPO

Stellt eine **bedürftige Partei durch einen Prozessbevollmächtigten einen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe**, ist dies **grds. so zu verstehen**, dass der **Bevollmächtigte im Rahmen der zu bewilligenden Prozesskostenhilfe beigeordnet werden will**.

„Zwar hat Klägervertreter mit dem Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe keinen ausdrücklichen Antrag auf seine Beordnung gestellt.

Auch setzt die Beordnung, wenn – wie hier – die anwaltliche Vertretung im erstinstanzlichen Klageverfahren nicht vorgeschrieben ist, nach § 121 II ZPO einen entsprechenden Antrag voraus. Die **Anträge einer Partei sind jedoch sachgerecht auszulegen. Bestehen insoweit Zweifel, hat das Gericht von seinem ihm obliegenden Fragerecht gem. § 139 ZPO Gebrauch zu machen** (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 68. Aufl. 2010, § 121 Rn 30). **Dass die Kl. den Willen gehabt haben könnten, sich von Gerichtskosten befreien zu lassen, indes die Bereitschaft gehabt hätten und in der Lage gewesen wären, die deutlich höheren Anwaltskosten zu zahlen, kann ernstlich nicht angenommen werden.** Stellt eine bedürftige Partei durch einen Prozessbevollmächtigten einen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe, ist dieser deshalb regelmäßig so zu verstehen, dass der Prozessbevollmächtigte im Rahmen der zu bewilligenden Prozesskostenhilfe beigeordnet werden will. Es liegt damit vor dem Hintergrund der Antragstellung durch einen Prozessbevollmächtigten eine **stillschweigende Beantragung der Beordnung des jeweiligen Prozessbevollmächtigten** vor, selbst wenn kein Anwaltszwang besteht (vgl. nur OLG Dresden NJOZ 2001, 1629 = FamRZ 2001, 634; LAG Niedersachsen MDR 1999, 190; Musielak/Fischer, ZPO, 7. Aufl. 2009, § 121 Rn 5; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 121 Rn 30; Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 121 Rn 14).“ (VG Berlin-Bbg. aaO)

FamFG
§ 78

**Beordnung eines Rechtsanwalts
Vollstreckung von Unterhaltsansprüchen**

FamFG

(OLG Stuttgart in FamRZ 2011, 128; Beschluss vom 30.08.2010 – 8 W 354/10)

Einem **Beteiligten, der im Unterhaltsrechtsstreit anwaltlich vertreten war** bzw. dem in zahlreichen Fällen ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist, ist **auch im Vollstreckungsverfahren ein Rechtsanwalt beizuordnen**, da gerade die **Vollstreckung häufig Schwierigkeiten bereitet**.

„Zu § 121 II ZPO wurde wiederholt entschieden, dass sich die **Frage der Beordnung eines Rechtsanwalts** sowohl **nach Umfang, Schwierigkeit und Bedeutung der Sache**, als auch nach der **Fähigkeit des Antragstellers beurteilt**, seine Rechte sachgemäß wahrzunehmen und die notwendigen Maßnahmen in mündlicher oder schriftlicher Form zu veranlassen. Entscheidend ist, ob ein Bemittelter in der Lage des Unbemittelten vernünftigerweise einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hätte (BVerfG FamRZ 2002, 531; BVerfG NJW-RR 2007, 1713; BGH FamRZ 2003, 1547; vgl. auch MüKo-ZPO/Viefhues, § 78 FamFG Rn 5; Keidel/Zimmermann, FamFG, 16. Aufl., § 78 Rn 4 ff.). Für Unterhaltsverfahren ist die Notwendigkeit der Beordnung eines Rechtsanwalts allgemein anerkannt (Keidel/Zimmermann aaO Rn 14; Zöller/Philippi, ZPO, 27. Aufl., § 121 Rn 7 m. w. N.).

Was für das Unterhaltsverfahren selbst gilt, muss auch für die Vollstreckung eines Unterhaltstitels gelten: Der Beteiligte, der sich im Unterhaltsrechtsstreit anwaltlich vertreten lässt, bzw. dem in zahlreichen Fällen ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist, darf auch im Vollstreckungsverfahren anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen, da **gerade die Vollstreckung häufig Schwierigkeiten macht**. Dies gilt zum einen hinsichtlich der oft **schwierig zu berechnenden Höhe des vollstreckbaren Betrages**, als auch hinsichtlich der **Entscheidung darüber, in welcher Weise die Vollstreckung durchgeführt werden soll**, z. B. durch Eintragung einer Sicherungszwangshypothek. **Es kann nicht erwartet werden, dass eine Partei ohne entsprechende Vorbildung mit den sich daraus ergebenden Problemen ohne anwaltliche Hilfe zurechtkommt.** Wenn aber die Vertretung durch einen Anwalt erforderlich ist, ist dieser dem bedürftigen Beteiligten im Rahmen der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe beizuordnen.“ (OLG Stuttgart aaO)

Aus der Praxis

BORA
§ 7 I

unzulässige Werbung „Experten-Kanzlei“

RA/Nt

(LG Berlin in AnwBI 2011, 145; Urteil vom 25.11.2010 – 52 O 142/10)

Die **Werbung** eines Rechtsanwalts mit der **Bezeichnung „Experten-Kanzlei“** ist **wettbewerbswidrig**, die **Werbung mit den Bezeichnungen „Spezialkanzlei“** oder **„spezialisiert auf ...“** hingegen **nicht**

I. Die Bezeichnung **„Experten-Kanzlei“** (hier: für Scheidungen) in der Werbung eines Rechtsanwalts ist irreführend, wenn die in der Kanzlei tätigen Rechtsanwälte nicht nachweisen können, dass sich ihre Kenntnisse und Erfahrungen auf dem beworbenen Rechtsgebiet nicht nur vom Durchschnitt abheben, sondern weit über dem Durchschnitt (hier: auch über der Qualifikation eines Fachanwalts für Familienrecht) liegen.

1. Nach **§ 7 I 1 BORA** darf unabhängig von Fachanwaltsbezeichnungen Teilbereiche der Berufstätigkeit nur benennen, wer entsprechende Kenntnisse aus Ausbildung, Berufstätigkeit, Veröffentlichungen oder in sonstiger Weise nachweisen kann. Wer **qualifizierende Zusätze** verwendet muss zusätzlich über entsprechende Kenntnisse verfügen und **auf dem benannten Gebiet auch in erheblichem Umfang tätig** gewesen sein, § 7 I 2 BORA).

§ 7 Abs. 1 S.2 BORA begründet dem **Wortlaut** nach ein **Verbot der Verwendung qualifizierender Berufsbezeichnungen ohne korrespondierende Qualifikation**. Der Sache nach handelt es sich aber um einen Irreführungstatbestand, denn der Satzungsgeber hat angenommen, dass der angesprochene Verkehr auf das Vorliegen der in Anspruch genommenen Qualifikation vertraut und so aufgrund der angenommenen, tatsächlich aber nicht vorhandenen Qualifikation eine Geschäftsentscheidung trifft (OLG Karlsruhe GRUR-RR 2009, 431).

2. Bei der Bezeichnung **„Experten-Kanzlei Scheidung“** handelt es sich um einen **qualifizierenden Zusatz hinsichtlich eines bestimmten Teilbereichs des Familienrechts**, nämlich Scheidungsrecht; i. S. von § 7 I 2 BORA.

Die Werbung mit dieser Bezeichnung setzt nach § 7 I BORA voraus, dass die **betreffende Kanzlei bzw. die darin tätigen Rechtsanwälte über entsprechende theoretische Kenntnisse in diesem Rechtsgebiet verfügen** und auf dem Gebiet in erheblichem Umfang tätig geworden sind. Dies muss der sich so bezeichnende Rechtsanwalt **nachweisen**. Hinsichtlich der Anforderungen, die hinsichtlich des Umfangs der bisherigen Tätigkeit als auch hinsichtlich der besonderen theoretischen Kenntnisse zu stellen sind, kommt es auf die beim rechtsuchenden Publikum durch die Verwendung der Bezeichnung geweckten Erwartungen an (OLG Stuttgart NJW 2008, 1326).

3. Der **grundrechtliche Schutz der Berufsfreiheit** gebietet insofern eine **restriktive Auslegung dieser Werbeverbote**, so dass nur eine berufswidrige Werbung unzulässig ist, die dann vorliegt, wenn die durch das Verbot erfasste **Werbung** eines Rechtsanwalts **nicht in sachlicher Form erfolgt oder irreführend** ist (BVerfG NJW 2004, 2656, 2657).

Nach diesen Voraussetzungen liegt hier bei der Verwendung der Bezeichnung „Experten-Kanzlei“ eine Irreführung vor.

*„Die Angabe einer „Experten-Kanzlei“ wird von den angesprochenen Verkehrskreisen zunächst dahingehend verstanden, dass in dieser Kanzlei (nur) Experten tätig sind, die Bekl. mithin eine „Experte“ auf dem Gebiet „Scheidung“ (Rechtsgebiet Scheidungsrecht) ist. Mit der Verwendung der qualifizierenden Bezeichnung „Experten-Kanzlei Scheidung“ löst die Bekl. beim rechtsuchenden Publikum mithin **Erwartungen über ihre Qualifikation, den Grad ihrer Kenntnisse und Erfahrungen** als Rechtsanwältin der so bezeichneten Kanzlei auf dem Gebiet des Scheidungsrechts aus.*

Diese Werbung ist irreführend, da die so geweckten Erwartungen der dargelegten Qualifikation der Beklagten nicht entsprechen.

*Bezeichnet sich ein Rechtsanwalt hinsichtlich eines bestimmten Rechtsgebietes als „Spezialist“ löst dies bei den angesprochenen Verkehrskreisen **hohe Erwartungen** aus, was dessen Kenntnisse und Erfahrungen auf dem bezeichneten Rechtsgebiet betrifft. Hinsichtlich der Bezeichnung „Spezialist für Mietrecht“). Nichts anderes gilt hinsichtlich der Bezeichnung als „Experte“, der nach allgemeinem Sprachgebrauch dieselbe Bedeutung, wie dem „Spezialisten“ zukommt. Zwar ist ein „Spezialist“ oder „Experte“ nach allgemeinem Sprachgebrauch zunächst nur ein Fachmann. Bei der Vorstellung, welche Qualifikation dieser „Fachmann“ hat, kommt es aber auf den konkreten Kontext an. Über die Qualifikation eines sich selbst als „Experte“ auf einem bestimmten Rechtsgebiet bezeichnenden Rechtsanwaltes macht sich das rechtsuchende Publikum eine weitaus konkretere und weitergehende Vorstellung von dessen Qualifikation, als wenn eine Zeitung einen Rechtsanwalt in dem von der Zeitung zusammengestellten „Experten-Team“ vorstellt.*

*Wenn ein Rechtsanwalt, der seine Werbung an das gesamte rechtsuchende Publikum richtet, sich als „Spezialist“ oder „Experte“ auf einem bestimmten Rechtsgebiet bezeichnet, erwartet der rechtsuchende Bürger, dass dieser sich hinsichtlich seiner Kenntnisse und Erfahrungen auf dem so beworbenen Rechtsgebiet **nicht nur vom Durchschnitt abhebt, sondern vielmehr weit über dem Durchschnitt liegende Kenntnisse und Erfahrungen besitzt**. Nach überwiegender Meinung in der Rspr. misst der Durchschnittsbürger einem Rechtsanwalt, der sich als „Spezialist“ für ein bestimmtes Rechtsgebiet bezeichnet eine höhere Qualifikation bei als einem Fachanwalt auf demselben Rechtsgebiet (BVerfG NJW 2004, 2656 „Spezialist für Verkehrsrecht“, OLG Nürnberg NJW 2007, 1904).*

Eine höhere Qualifikation als ein Fachanwalt auf dem Gebiet des Familienrechts, zu welchem auch das Scheidungsrecht gehört, ist aber von der insoweit beweispflichtigen Bekl. nicht dargelegt.“ (LG Berlin aaO)

- II. Die Bezeichnung **„spezialisiert auf“** in der Werbung eines Rechtsanwalts ist nicht irreführend, wenn der Anwalt in dem Rechtsgebiet **„schwerpunktmäßig“** tätig ist.

„Der Bezeichnung „spezialisiert auf“ kommt im **allgemeinen Verständnis des Durchschnittsbürgers nicht dieselbe Bedeutung einer besonderen Befähigung** zu, wie dem Zusatz „Spezialist für“. Vielmehr ist nach allgemeinem Verständnis „spezialisiert auf“ gleichzusetzen mit „etwas schwerpunktmäßig betreiben“. Eine Rechtsanwältin, die sich auf Familienrecht oder auf rechtliche Fragen rund ums Familienleben spezialisiert ist jemand, der seine berufliche Tätigkeit schwerpunktmäßig auf ein bestimmtes Rechtsgebiet beschränkt, d. h. in anderen Rechtsgebieten eher nicht tätig ist. Weiterhin impliziert die Bezeichnung „spezialisiert auf“ dass es sich um einen noch laufenden Prozess und nicht um einen erreichten Zustand handelt. Sich spezialisieren auf ein bestimmtes Rechtsgebiet ist der Weg dazu, einmal auf diesem Gebiet zum Spezialisten zu werden.

Auf eine berufliche Spezialisierung darf der Rechtsanwalt aber im Rahmen der Berufsfreiheit und dem damit auch geschützten Informationsinteresse über seine Tätigkeit **hinweisen** (BGH NJW 1996, 852). Die Angabe „spezialisiert auf“ ist ein sachlicher, objektiver Hinweis auf der Schwerpunkt der Tätigkeit des Rechtsanwalts und kommt dem rechtsuchenden Verbraucher zugute. Eine ausschließliche Verwendung der Bezeichnungen „Interessenschwerpunkt“ oder „Tätigkeitsschwerpunkt“ ist nach § 7 BORA nicht erforderlich.“ (LG Berlin aaO)

UWG
§ 4

Wettbewerbsverstoß

RA7Nt

unterlassene Pflichtangaben nach dem Telemediengesetz

(LG Nürnberg in ZAP 2011, 132 = DStRE 2010, 1344; Urteil vom 25.03.2010 – 3 HK O 9663/09)

Ein **Rechtsanwalt ist nicht dazu verpflichtet, auf seiner Website einen unmittelbaren Link zu den für ihn geltenden berufsrechtlichen Regelungen einzurichten.**

„Nach den gesetzlichen Vorgaben des **§ 5 I Nr. 5c TMG** hat ein Diensteanbieter die Bezeichnung der berufsrechtlichen Regelungen anzugeben sowie auch, wie diese zugänglich sind. Nach dem **ausdrücklichen Wortlaut dieser Vorschrift** ist es somit nicht erforderlich, dass ein Diensteanbieter auf seiner eigenen Website diese berufsrechtlichen Regelungen wiedergeben muss. Es ist vielmehr **nur vorgeschrieben, dass er die Bezeichnung der berufsrechtlichen Regelungen anzugeben hat**, wie dies auch auf der Website des Bkl. geschehen ist. Weiterhin hat er anzugeben, wie diese für einen Nutzer zugänglich sind. Auf der Website des Bkl. geschieht dies dadurch, dass (hervorgehoben durch Unterstreichen) auf die Website der Bundesrechtsanwaltskammer hingewiesen wird. Durch Anklicken dieser auch als mögliche Internetverlinkung eindeutig hervorgehobenen Adresse gelangt man auf die Startseite der Bundesrechtsanwaltskammer, von der dann wiederum durch einen weiteren Klick der Zugriff auf diese Landesregeln möglich ist.

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

FAO
§ 5 I

Vertretung in Berufungsverfahren

RA/Nt

kein neuer Fall i.S.d. § 5 I FAO

(BGH in BRAK-Mitt 2010,270; Beschluss vom 12.07.2010 – AnwZ (B) 85/09)

Die **Vertretung in einer höheren Instanz** (hier: Berufungsverfahren) stellt ggü. einem nachgewiesenen Ausgangsfall **keinen neuen Fall i.S.d. § 5 I FAO** dar.

„Allein daraus, dass ein Fall in eine **höhere Instanz** gelangt, **folgt nicht zwingend eine höhere Gewichtung des Falles**. Bezugspunkt für die Gewichtung sind die Bedeutung, der Umfang und die Schwierigkeit des jeweiligen Falles mit allen seinen Besonderheiten. Eine schematische Auf- oder Abwertung des Falles je nach Verfahrensstand kommt deshalb nicht in Betracht. Das gilt auch für die Fallbearbeitung in einem Berufungs- oder sonstigen Rechtsmittelverfahren, die nicht schon für sich genommen eine Gewähr dafür bietet, dass der Rechtsanwalt hierbei in dem betreffenden Fachgebiet besondere praktische Erfahrungen (§§5 I FAO) erwirbt, die über diejenigen eines "durchschnittlichen" Falles hinausgehen. So kann eine Berufung zunächst fristwährend eingelegt und dann zurückgenommen werden. Der Anwalt kann auch mit der Vertretung gegenüber einer vom Gegner nur fristwährend eingelegten Berufung beauftragt worden sein. Wird bei unstreitigem Sachverhalt um Fragen des materiellen Rechts gestritten, besteht, wenn die Sache in zweiter Instanz nicht gleichsam rechtlich auf "neue Beine" gestellt wird, ebenfalls kein Anlass für eine Höhergewichtung. **I. Ü. kann nicht allgemein davon ausgegangen werden, dass das Rechtsmittelverfahren überhaupt noch einen ausreichenden Bezug zu dem betreffenden Fachgebiet aufweist.** Daran kann es etwa fehlen, wenn infolge einer Beschränkung des Streitstoffs Fragen aus dem betreffenden Fachgebiet nicht mehr erheblich sind (vgl. BGH BRAK-Mitt. 2009, 177).“ (BGH aaO)

BGB
§ 1357 I

„Schlüsselgewalt“

BGB

Beauftragung eines Rechtsanwalts zur Abwehr einer Räumungsklage

(OLG Düsseldorf in MDR 2011, 234; Beschluss vom 07.06.2010 – 24 U 194/09)

Die **Beauftragung eines Rechtsanwalts zur Abwehr einer Räumungsklage** betreffend die eheliche Wohnung ist **von der Schlüsselgewalt des Ehegatten umfasst.**

„Die Beauftragung der Kl. diente der Abwehr einer Klage auf Räumung, Zahlung rückständiger Mietzinsen und Nutzungsentschädigung. Sie betraf das Familienheim und diente damit der **Sicherung der Ehwohnung** und der **Abwehr einer erheblichen Forderung**. Unter Geschäfte i. S. des § 1357 BGB fallen grds. alle rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, die der **Aufrechterhaltung des ehelichen und familiären Haushaltes** dienen (Staudinger/Voppel, § 1357 Rn 44; MüKo-ZPO/Wacke aaO, § 1357 Rn 18; Palandt/Brudermüller, BGB, 68. Auflage, § 1357 Rn 12).

Dem steht nicht entgegen, dass die Anmietung und Aufgabe einer Wohnung als „Grundlagengeschäft“ nach überwiegender Meinung nicht von § 1357 BGB umfasst sein soll (OLG Brandenburg NJW-RR 2007, 221 f.; Staudinger/Voppel aaO, § 1357 Rn 46; Palandt/Brudermüller aaO, § 1357 Rn 14). Denn **hier geht es nicht um grundlegende, kostenintensive Veränderungen**, wie bspw. den Abschluss eines Bauvertrages über ein Haus im Wert von fast 700.000 DM (=357.904,32 €; so in BGH NJW-RR 1989, 85 f.). Vielmehr geht es um die **Erhaltung des geschaffenen Heims** (vgl. KG aaO). Zu dessen Sicherung geschlossene Verträge fallen unter den Anwendungsbereich des § 1357 BGB (so OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1084 für die Beseitigung von Wasserschäden an

der Ehewohnung mit Kosten von ca. 20.000 DM = 10.225,84 €; OLG Düsseldorf BauR 2001, 956 für die Reparatur zur Beseitigung von Brandschäden im Wert von 18.000 DM = 9.203,25 €).

Nicht ersichtlich ist, dass der Umfang der Verbindlichkeit den Rahmen des nach §§ 1360, 1360 a BGB Geschuldeten und damit zugleich denjenigen der Mitverpflichtung nach § 1357 BGB sprengt. Die Einschaltung eines Rechtsanwalts durch den Bekl. zu 1) war nicht nur sachgerecht, sondern das damit verbundene **Kostenrisiko** auch **überschaubar** (wird ausgeführt).“ (OLG Düsseldorf aaO)

BGB
§ 1578

Unterhaltsberechnung nach „Dreiteilungsmethode“ verfassungswidrig

BGB

(BVerfG in ZAP 2011, 234; Beschluss vom 25.01.2011 – 1 BvR 918/10)

Die **Ermittlung des Unterhaltsbedarfs eines geschiedenen Ehegatten unter Berücksichtigung nachehelich entstandener Unterhaltspflichten** des Unterhaltspflichtigen gegenüber einem neuen Ehepartner **ist verfassungswidrig**.

I. Nach **§ 1578 I 1 BGB** bestimmt sich das Maß des nachehelichen Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen.

- Nach der **alten BGH-Rspr.** waren für die Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse grds. die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung maßgeblich. Änderten sich Verhältnisse später, wurde dies nur ausnahmsweise bei der Ermittlung des Unterhaltsbedarfs berücksichtigt. Änderungen im Einkommen des geschiedenen Ehegatten wurden z.B. bei der Bestimmung des Unterhaltsmaßes nur dann einbezogen, wenn sie zum Zeitpunkt der Scheidung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen waren und diese Erwartung die ehelichen Lebensverhältnisse bereits geprägt hatte. Nach der Ehe erzielte Einkünfte erkannte der BGH auch dann als prägend an, wenn sie das Surrogat einer zuvor erbrachten Haushaltsführung darstellten.
- Die **neue BGH-Rspr.** hingegen berücksichtigt grds. auch spätere Änderungen der einkommensrelevanten Verhältnisse.

Danach sind auch spätere Änderungen der einkommensrelevanten Verhältnisse bei der Ermittlung des Unterhaltsbedarfs eines geschiedenen Ehegatten nach den ehelichen Lebensverhältnissen grds. zu berücksichtigen, und zwar unabhängig davon, ob sie in der Ehe angelegt waren. Der Unterhaltsbedarf des geschiedenen Ehegatten sei zu ermitteln, indem seine bereinigten Einkünfte ebenso wie diejenigen des Unterhaltspflichtigen und dessen neuen Ehepartners zusammengefasst und durch drei geteilt würden (sog. Dreiteilungsmethode). Mittels einer Kontrollrechnung sei anschließend sicherzustellen, dass der geschiedene Ehegatte maximal in der Höhe Unterhalt erhalte, die sich ergäbe, wenn der Unterhaltspflichtige nicht erneut geheiratet hätte (BGH BeckRS 2008, 19693).

II. Nach **BVerfG aaO** löst sich die neue Rspr. des BGH zu den «wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen» unter Anwendung der Dreiteilungsmethode vom gesetzgeberischen Konzept zur Berechnung des nachehelichen Unterhalts und ersetzt es durch ein eigenes Modell. Mit diesem **Systemwechsel überschreitet** die neue BGH-Rspr. nach Ansicht des BVerfG die **Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung** und verletzt die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) i. V. mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG).

1. Die Rspr. des BGH verstößt gegen den **Wortlaut des § 1578 I 1 BGB**.

„[Der Wortlaut des § 1578 I 1 BGB] gibt zwar für die Verhältnisse, die bei der Bestimmung des Unterhaltsbedarfs maßgeblich sein sollen, keinen bestimmten Zeitpunkt vor. Doch erklärt er die „ehelichen Verhältnisse“ zum **Maßstab der Bedarfsmessung** und damit diejenigen, die in der geschiedenen Ehe bestanden haben oder zumindest mit ihr in Zusammenhang stehen. Für deren Beurteilung bieten sich - wie vom Gesetzgeber vorgesehen (BRDrucks 266/71, S. 79) - deshalb zunächst grds. die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung an, also zu dem Zeitpunkt, zu dem die Ehe endgültig aufgelöst ist (vgl. BVerfGE 108, 351).

Bezieht die Rspr. bei der Bedarfsermittlung auch Entwicklungen nach Rechtskraft der Scheidung mit ein und geht insofern von den Verhältnissen zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs aus, muss bei den berücksichtigten Veränderungen zumindest ein gewisser Bezug zu den „ehelichen Lebensverhältnissen“ vorhanden sein, damit die Rechtsauslegung noch vom Wortlaut des § 1578 I 1 BGB gedeckt ist. Ein **Bezug zu den „ehelichen Lebensverhältnissen“** lässt sich jedoch **nicht mehr bei Veränderungen herstellen, die gerade nicht auf die Ehe zurückzuführen sind**, weil sie nur und erst dadurch eintreten konnten, dass die Ehe geschieden worden ist, wie dies bei Unterhaltspflichten gegenüber einem neuen Ehegatten, die durch erneute Heirat des Unterhaltspflichtigen entstanden sind, der Fall ist.

Dabei führt die **Bedarfsermittlung im Wege der Dreiteilung** des in den beiden Unterhaltsverbänden insgesamt erzielten Einkommens zur **völligen Loslösung von den „ehelichen Lebensverhältnissen“**, weil hierdurch der Unterhaltsbedarf des geschiedenen Ehegatten auch noch von der Einkommenssituation des nachfolgenden Ehegatten abhängt. Es überschreitet die Grenzen des Wortlauts von § 1578 I 1 BGB, derartige nacheheliche Änderungen, die nicht ehe-, sondern scheidungsbedingt sind, also die Auflösung der Ehe voraussetzen, in die Bestimmung des Unterhaltsbedarfs eines geschiedenen Ehegatten einzubeziehen.“ (BVerfG aaO)

2. Die neue Auslegung des § 1578 I 1 BGB durch den BGH lässt sich auch nicht aus dessen **systematischer Einbindung in den Normenkontext** herleiten.

„Sie hebt nicht nur die **vom Gesetzgeber vorgesehene Differenzierung zwischen Unterhaltsbedarf** nach § 1578 I 1 BGB und **Leistungsfähigkeit** nach § 1581 BGB auf, dessen Anwendungsbereich sie dadurch wesentlich einschränkt, sondern führt überdies zu einer **vom Gesetzgeber an dieser Stelle nicht vorgesehenen Kürzung bereits des Unterhaltsbedarfs** des unterhaltsberechtigten Ehegatten, dem die richterliche Prüfung versagt bleibt, ob der Unterhaltspflichti-

ge aufgrund seiner nach § 1581 BGB zu beurteilenden gegenwärtigen Verhältnisse, bspw. infolge nicht prägender nachehelicher Einkünfte, in der Lage ist, ihm Unterhalt in Höhe des ermittelten Bedarfs zu gewähren.“ (BVerfG aaO)

3. Die neue BGH-Rspr. lässt sich zudem nicht mit der **geänderten Rangfolge nach § 1609 BGB** begründen, da der Rang eines Unterhaltsanspruchs erst dann relevant wird, wenn die Höhe des Anspruchs gemessen am Unterhaltsbedarf des Unterhaltsberechtigten und der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen schon feststeht und ein Mangelfall vorliegt.

„Mit der Änderung der Rangfolge hat der Gesetzgeber insofern nicht Einfluss auf die Höhe des Unterhaltsanspruchs genommen, sondern auf das Ausmaß der Realisierung des Anspruchs im Verhältnis zu Unterhaltsansprüchen Anderer gegenüber dem Unterhaltspflichtigen, wobei die Anspruchshöhe je nach Rang mit ausschlaggebend dafür ist, ob oder in welcher anteiligen Höhe der Anspruch vom Unterhaltspflichtigen zu bedienen ist. Die Höhe schon durch die neue Berechnungsart zu mindern, kann deshalb zu weiteren Verlusten bei der Realisierung des Anspruchs führen, die der Gesetzgeber jedoch mit der Änderung der Rangfolge nicht vorgesehen hat.“ (BVerfG aaO)

4. Im **System des geltenden Unterhaltsrechts** widerspricht die Auslegung durch den BGH des weiteren dem **Zweck des § 1578 I 1 BGB**, der unverändert dazu dient, dem unterhaltsberechtigten Ehegatten bei der Bestimmung seines Bedarfs grds. die gleiche Teilhabe an dem zum Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung gemeinsam erreichten Status zu gewähren (BRDrucks 266/71, S. 79).

„Die mit der Kontrollrechnung verbundene richterliche **Dreiteilungsmethode belastet den vorangegangenen Ehegatten im Verhältnis zu der vom Gesetzgeber vorgesehenen Systematik einseitig zugunsten des Unterhaltspflichtigen und dessen nachfolgenden Ehepartners**, indem sie die Vorteile dieser Berechnungsweise dem Unterhaltspflichtigen und dem nachfolgenden Ehegatten zuweist und deren Nachteile alleine dem geschiedenen Ehegatten aufbürdet.“ (BVerfG aaO)

5. Die vom BGH angewandte Dreiteilungsmethode setzt sich überdies über den **Willen des Gesetzgebers** hinweg.

„Dieser hat zwar zur **besseren Berücksichtigung der Interessen von Betroffenen und Zweitfamilien** Einschränkungen beim nachehelichen Unterhalt vorgenommen. Die Einschränkungen hat er jedoch wie bei der **Kürzung oder Befristung von Unterhaltsansprüchen nach § 1578b BGB** von der Dauer und Ausgestaltung der geschiedenen Ehe und nicht vom Umstand einer erneuten Eheschließung des Unterhaltspflichtigen abhängig gemacht, oder sie dann eintreten lassen, wenn der Unterhaltspflichtige in Anbetracht seiner real vorhandenen Mittel nicht in der Lage ist, alle an ihn herangetragenen Unterhaltsansprüche zu befriedigen. Die **unterhaltsrechtliche Position des geschiedenen Ehegatten** hat er damit also **nicht von vornherein verschlechtern wollen**, wie dies die Bedarfsbestimmung nach der Dreiteilung vorsieht, sondern nur im Falle der Unbilligkeit einer Ausrichtung des Bedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen oder einer zeitlich unbegrenzten Unterhaltsleistung sowie im Mangelfall. Die Feststellung des Gesetzgebers, der geschiedene Ehepartner habe keinen Vertrauensschutz dahin, dass sich der Kreis der unterhaltsberechtigten Personen nach der Scheidung nicht mehr erweitere, hat sich auf die Verteilung verfügbarer Mittel in einem solchen Mangelfall nach § 1609 BGB bezogen, für deren Berechnung der Gesetzgeber unter Verweis auf die Berechnung konkurrierender Unterhaltsansprüche von Kindern eine proportionale Kürzung vorgesehen hat (BTDrucks 16/1830, S. 23 f.), nicht dagegen auf die Bestimmung des Unterhaltsbedarfs nach § 1578 I 1 BGB.“ (BVerfG aaO)

6. Die geänderte Auslegung des § 1578 I 1 BGB durch den BGH lässt sich auch nicht mit dem **Ziel der Unterhaltsreform** begründen, das **Unterhaltsrecht zu vereinfachen** (BTDrucks 16/1830, S. 14).

„Die **geänderte Rspr. erleichtert die Unterhaltsberechnung nicht, sondern erweitert sie um den Rechenschritt der Bedarfsermittlung im Wege der Dreiteilung**, da sie im Rahmen der Kontrollrechnung nach wie vor eine Berechnung des Unterhalts unter Berücksichtigung der ehelichen Lebensverhältnisse nach der von der Rechtsprechung herkömmlich angewandten Methode vorsieht. Überdies ist nach der neuen Auslegung auf Seiten des nachfolgenden Ehegatten inzwischen je nach den Umständen des Einzelfalls ein fiktives Einkommen einzustellen, das durch die Gerichte anhand der Erwerbsbiografie des nachfolgenden Ehegatten festzustellen ist, was ebenfalls zu keiner Vereinfachung der Berechnung führt.“ (BVerfG aaO)

7. Die Auslegung kann darüber hinaus nicht mit dem Argument legitimiert werden, die Dreiteilungsmethode sei bereits seit Inkrafttreten des **Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts** (1. EheRG) im Jahre 1977 vorgesehen gewesen.

„Die **Gesetzgebungsmaterialien** und ihre Rezeption durch die Rspr. (vgl. BGHZ 89, 108) **geben keinerlei Hinweis darauf, dass schon nach den damaligen Vorstellungen des Gesetzgebers der Unterhaltsbedarf des geschiedenen Ehegatten bei Existenz eines nachfolgenden Ehegatten im Wege der Dreiteilung der Gesamteinkünfte ermittelt werden sollte**. Das in der Stellungnahme des BGH für diese Annahme angeführte Rechenbeispiel in den Gesetzgebungsmaterialien hat ersichtlich nicht der Veranschaulichung der Unterhaltsbedarfsermittlung, sondern der Verdeutlichung der Konsequenzen der in § 1609 BGB damals neu geregelten Rangordnung bei zwei einander nachfolgenden, unterhaltsberechtigten Ehegatten gedient. Mit ihm wurde keine Bedarfsermittlung im Wege der Dreiteilung der Gesamteinkünfte dargestellt, sondern illustriert, wie bei unterstellten gleich hohen Bedarfen des geschiedenen wie des nachfolgenden Ehegatten im Mangelfall der damals vorrangige Anspruch des geschiedenen Ehegatten in vollem Bedarfsumfang bestehen geblieben ist, während sich der nachfolgende Ehegatte mit dem verbleibenden Rest hat begnügen müssen (BTDrucks 7/4361, S. 33 f.).“ (BVerfG aaO)

8. Es kann schließlich **nicht unterstellt werden, dass der Gesetzgeber** das von der Rspr. des BGH neu geschaffene **Konzept zur Bedarfsermittlung ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt** hat.

„Der Gesetzgeber hat die Bezugnahme auf die „ehelichen Lebensverhältnisse“ in § 1578 I 1 BGB nicht nur ausdrücklich aufrechterhalten (BTDrucks 16/1830, S. 18), sondern sich überdies im neu geschaffenen § 1578b BGB ebenfalls auf sie bezogen. Zudem hat der BGH im Rahmen seiner Rspr. zu den „wandelbaren Lebensverhältnissen“ erst nach Inkrafttreten des geänderten Unterhaltsrechts erstmals mit Urteil vom 30.07.2008 eine Unterhaltspflicht gegenüber einem nachfolgenden Ehepartner einbezogen (vgl. BGHZ 177, 356) und dabei zudem erstmals die Bedarfsbestimmung nach der Dreiteilungsmethode vorgenommen.“ (BVerfG aaO)

ZPO
§§ 114, 118 I 4

Anspruch auf PKH-Bewilligung
Mutwilligkeit bei unterlassener Stellungnahme im PKH-Prüfungsverfahren
(OLG Köln in MDR 2011, 259; Beschluss vom 30.08.2010 – 11 W 57/10)

ZPO

Die **Rechtsverteidigung** des Ast. ist **nicht allein deshalb als mutwillig** anzusehen, **weil er sich im Prozesskostenhilfverfahren der Gegenseite nicht zur Klage geäußert hat.**

„Allerdings ist eine Rechtsverfolgung dann mutwillig, wenn eine verständige, nicht hilfsbedürftige Partei ihre Rechte nicht in gleicher Weise verfolgen würde. Eine Partei, welche Prozesskostenhilfe in Anspruch nehmen will, ist grds. gehalten, von mehreren gleichwertigen Wegen denjenigen zu beschreiten, welcher die geringsten Kosten verursacht (OLG Köln OLGR 09, 452; OLG Brandenburg OLGR 08, 38, jeweils m. w. N.). Dies kann allerdings nur für die eigenen Kosten des Prozesskostenhilfe begehrenden Bekl. gelten; denn § 118 I 1 ZPO enthält keine Verpflichtung des Gegners zur Stellungnahme im Prozesskostenhilfprüfungsverfahren. Ihm obliegen keine Pflichten gegenüber dem Prozesskostenhilfe begehrenden Kl. oder der Staatskasse, diese vor Kosten zu bewahren. Dass er Teil der Allgemeinheit ist, die in Prozesskostenhilfe geführte Prozesse letztlich aus Steuermitteln finanzieren muss, reicht nicht aus, eine rechtliche Pflicht zur Äußerung zu begründen (so überzeugend Fischer MDR 06, 661 f.).

Es kommt daher darauf an, ob die Kosten des Bekl. geringer wären, wenn er sich schon im PKH-Prüfungsverfahren des Kl. zur Klage geäußert hätte. Dies kann nicht festgestellt werden. Da Kosten in diesem Verfahren nicht erstattet werden (§ 118 I 4 ZPO), hätte der Bekl. - worauf er in seiner Beschwerde zu Recht hinweist - die Gebühren seines Prozessbevollmächtigten selbst begleichen müssen. Bei einem Vortrag erst im Klageverfahren erhält er dagegen - sein Obsiegen unterstellt - einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch gegen den Kl. Er hat daher ein anerkennenswertes Interesse, sich im PKH-Prüfungsverfahren noch nicht zu äußern. Anderes würde nur gelten, wenn für ihn naheliegend gewesen wäre, dass in absehbarer Zeit ein Kostenerstattungsanspruch nicht realisiert werden könnte; denn dann müsste er sich vorwerfen lassen, unnötig hohe Kosten verursacht zu haben (Fischer aaO; Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl., § 114 Rn 34 a). Dafür sind jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich.“ (OLG Köln aaO)

ZPO
§ 233

Wiedereinsetzungsantrag
Fristversäumung wegen Mittellosigkeit
(BGH in FamRZ 2011, 289 = NJW 2011, 230; Beschluss vom 16.11.2010 – VIII ZB 55/10)

ZPO

Versäumt eine mittellose Partei die Frist zur Berufungseinlegung und Berufungsbegründung, kommt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Entscheidung über die beantragte Prozesskostenhilfe nur dann in Betracht, wenn die Mittellosigkeit für die Fristversäumung ursächlich geworden ist.

Die **Mittellosigkeit einer Partei ist auch dann ursächlich** für die Versäumung der Berufungs- und Berufungsbegründungsfrist geworden, **wenn ihr erstinstanzlicher Prozessbevollmächtigter ein ordnungsgemäßes Prozesskostenhilfegesuch für eine beabsichtigte Berufung einreicht und dieses vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist begründet.** Die **Begründung eines Prozesskostenhilfegesuchs für eine noch beabsichtigte Berufung ist nämlich nicht mit einer vollständig erstellten Berufungsbegründung gleichzusetzen.**

- I. Einer **bedürftigen Partei, die ein Rechtsmittel einlegen will, ist grds. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen schuldloser Fristversäumung (§§ 233ff. ZPO) zu gewähren, wenn sie bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ein Prozesskostenhilfegesuch eingereicht hat** und sie vernünftigerweise nicht mit der Verweigerung der Prozesskostenhilfe wegen fehlender Bedürftigkeit rechnen musste (st. Rspr.; vgl. etwa BGH NJW-RR 2009, 563; BGH NJW-RR 2010, 424).

Die letztgenannte Voraussetzung ist allerdings regelmäßig nur dann erfüllt, wenn dem fristgerecht gestellten Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe eine ordnungsgemäß ausgefüllte Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nebst den erforderlichen Belegen beigefügt worden ist (vgl. BGH NJW-RR 2008, 942 m.w. Nachw.).

- II. Zwar kommt nach der Rspr. des BGH eine **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand **nur** in Betracht, **wenn die Mittellosigkeit der betroffenen Partei für die Fristversäumung kausal geworden ist** (vgl. BGH NJW 1966, 203; BGH NJW 1999, 3271; BGH NJW 2008, 2855).

Denn Rechtsmittelfristen werden nur dann schuldlos i.S. von § 233 ZPO versäumt, wenn eine Partei sich wegen ihrer Mittellosigkeit außer Stande sieht, einen Rechtsanwalt mit der Einlegung und Begründung eines Rechtsmittels zu beauftragen (vgl. BGH NJW 1999, 3271 m.w. Nachw.).

Entscheidend für die Ursächlichkeit der Mittellosigkeit einer Partei für die Versäumung der Berufungsfrist oder der Frist zu ihrer Begründung **ist, ob der beim BerGer. zugelassene Rechtsanwalt bereit war, die Berufung auch ohne Bewilligung von Prozesskostenhilfe einzulegen und/oder zu begründen** (vgl. BGH NJW 2008, 2855).

Anders verhält es sich dann, **wenn ein Prozessbevollmächtigter seine Tätigkeit entfaltet, während die Frist für die Prozesshandlung noch läuft** (BGH NJW 1966, 203; NJW 2008, 2855 m.w. Nachw.).

„Entgegen der Auffassung des BerGer. liegt eine solche Fallgestaltung jedoch nicht vor: Denn die Prozessbevollmächtigte des Bekl. hat innerhalb der laufenden Fristen weder eine Berufung noch eine Berufungsbegründung eingereicht. [Sie hat] lediglich ein Prozesskostenhilfegesuch gestellt und begründet. Darin liegt der entscheidende Unterschied zu dem vom BGH im Jahr 2008 entschiedenen Fall. Dort war zunächst unbedingt Berufung eingelegt – während des Laufs der Begründungsfrist – ein Prozesskostenhilfegesuch gestellt worden, dem eine als Entwurf gekennzeichnete (und wegen der bereits erfolgten Berufungseinlegung vergütungspflichtige) Berufungsbegründung beigefügt worden war. Auf diese Gesichtspunkte hat der BGH seine Überzeugung gestützt, die Mittellosigkeit der Partei sei für die Versäumung der Begründungsfrist nicht ursächlich geworden. Dagegen ist vorliegend in Anbetracht der anders gelagerten Fallumstände nicht die Annahme gerechtfertigt, die Prozessbevollmächtigte des Bekl. habe die vergütungspflichtige Leistung der Berufungsbegründung bereits im vollen Umfang erbracht und dadurch ihre Bereitschaft zum Ausdruck gebracht, das Rechtsmittel auch ohne Bewilligung von Prozesskostenhilfe einzulegen und zu begründen. Dass die wünschenswerte Begründung des Prozesskostenhilfeantrags

(vgl. BGH NJW 1993, 732) den **Umfang einer Berufungsbegründung erreichte, ändert ebenfalls nichts daran, dass eine Berufungsbegründung i.S. von § 520 III ZPO erst nach Fristablauf erfolgt ist.**“ (BGH aaO)

ZPO
§ 278

Vergleichsabschluss im schriftl. Verfahren erforderliche Parteierklärungen

ZPO

(OLG Karlsruhe in FamRZ 2011, 314; Urteil vom 06.07.2010 – 5 UF 17/10)

Die **besondere Formenstrenge des „Unterbreitens“ eines Vergleichsvorschlags** i. S. von § 278 VI 1 ZPO **erfordert eine eigenständige, von der Erklärung der Annahme der außergerichtlichen Vereinbarung abgesetzte Erklärung der Parteien gegenüber dem Gericht.** Eine gemeinsame Erklärung oder die Erklärung einer Partei mit Zustimmung der anderen Partei reicht nicht aus.

- I. Für den gerichtlichen Vergleichsvorschlag (§ 278 VI 1 Alt. 2 ZPO) ist unstrittig, dass dieser Vorschlag von beiden Parteien in getrennten, aber identischen Schriftsätzen gegenüber dem Gericht anzunehmen ist, wobei es sich hierbei wegen der **prozessgestaltenden Wirkung dieser Annahme des Vergleichs** wohl um **bestimmende Schriftsätze** handelt (Stein/Jonas/Leipold, § 278 Rn 76, 77; OLG Jena FamRZ 2006, 1277; zum Begriff des bestimmenden Schriftsatzes allgemein vgl. Zöller/Greger, § 129 Rn 3). Für den Fall, dass Anwaltszwang gilt, **unterliegt dieser bestimmende Schriftsatz** zur Annahme des gerichtlichen Vergleichsvorschlags auch **dem Anwaltszwang**.
- II. **Fraglich ist, was für die erste Variante von § 278 VI 1 ZPO**, nämlich das „Unterbreiten“ eines schriftlichen Vergleichsvorschlags der Parteien, **gilt.**

*„Nach Ansicht des Senats sind vor allem wegen der **prozessualen Bedeutung des Prozessvergleichs** (Beendigung des Rechtsstreits, Wegfall der Rechtshängigkeit des Verfahrens und Titelfunktion) auch für diese Variante **strenge Formerfordernisse zu fordern**. Die Anforderungen an die Formstrenge dieser Variante eines Vergleichsschlusses können nicht niedriger anzusiedeln sein als etwa im Fall der Annahme eines gerichtlichen Vergleichsvorschlags oder gar bei der Protokollierung eines Vergleichs im mündlichen Termin durch das Gericht. Deshalb erfordert nach Ansicht des Senats das „Unterbreiten“ des Vergleichsvorschlags gegenüber dem Gericht – mit dem Ziel, die außergerichtliche Einigung der Parteien durch Beschluss nach § 278 VI 2 ZPO zum „Prozessvergleich zu erheben“ – **eindeutige Erklärungen der Parteien gerade gegenüber dem Gericht** (ebenso Stein/Jonas/Leipold, § 278 Rn 80; OLG Jena FamRZ 2006, 1277). Aus diesen Erklärungen muss mit hinreichender Sicherheit gerade gegenüber dem Gericht deutlich werden, dass die Parteien eine Beendigung des Verfahrens durch Abschluss eines Prozessvergleichs mit Titelfunktion wünschen. Insoweit ist zwischen dem außergerichtlichen Vergleichsschluss der Parteien selbst und dem „Unterbreiten“ des Vergleichs gegenüber dem Gericht mit dem Ziel der Schaffung eines Vollstreckungstitels (Prozessvergleich mit prozessbeendigender Wirkung) zu unterscheiden. Nicht nur die Erklärungsempfänger derartiger Erklärungen weichen voneinander ab (der außergerichtliche Vergleich wird gegenüber der anderen Partei angenommen, der Vergleichsvorschlag wird jedoch nach § 278 VI 1 Alt. 1 ZPO gegenüber dem Gericht unterbreitet). Auch von ihrem Inhalt her unterscheiden sich beide Erklärungen gravierend. Während es bei der Annahme eines Unterhaltsvergleichs um eine materiellrechtliche Erklärung geht, handelt es sich bei der Erklärung des „Unterbreitens“ des Vergleichs um eine **prozessgestaltende Erklärung gegenüber dem Gericht**, die (ähnlich wie die Erledigungserklärung, die Klagerücknahme oder die Klageänderung) als ein bestimmender Schriftsatz anzusehen ist. Auch wenn in einem Verfahren, das nicht dem Anwaltszwang unterliegt, bestimmende Schriftsätze durch die Parteien selbst gegenüber dem Gericht abgegeben werden können (vgl. MüKo-ZPO/v. Mettenheim, § 79 Rn 5), wird man im Hinblick auf die **Bedeutung dieser Unterbreitenserklärung** gleichwohl eine hinreichende Formstrenge und auch eine Eindeutigkeit des Erklärungsinhalts fordern müssen. Dies gebietet die Parallele zur Annahme des gerichtlichen Vergleichsvorschlags und zum gerichtlich protokollierten Vergleich. Die **besondere Formenstrenge dieser Prozessklärungen dürfen sich in allen diesen Varianten eines Prozessvergleichs nicht voneinander unterscheiden**. Das Gesetz kennt auch keine „gemeinsamen“ bestimmenden Schriftsätze beider Parteien gegenüber dem Gericht. Vielmehr setzt das „Unterbreiten“ eines Vergleichs stets (räumlich von der Vergleichsannahme) getrennte Erklärungen gegenüber dem Gericht voraus. Aus der Erklärung **muss deutlich werden, dass die Partei sich der Bedeutung der Schaffung eines Vollstreckungstitels bewusst ist** und dass sie wünscht, dass die außergerichtliche Vereinbarung durch Beschluss nach § 278 VI ZPO in den „Rang“ eines Prozessvergleichs erhoben werden soll.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

Steuerrecht

EStG

§§ 9 V, 4 V 1 Nr. 5

Leiharbeitnehmer keine regelmäßige Arbeitsstätte

SteuerR

(BFH in NJW 2010, 3743; Urteil vom 17.06.2010 – VI R 35/08)

Ein **Leiharbeitnehmer verfügt typischerweise nicht über eine regelmäßige Arbeitsstätte** und kann daher **Verpflegungsmehraufwendungen** als Werbungskosten geltend machen.

- I. **Tätigkeitsmittelpunkt** i.S. des § 4 V 1 Nr. 5 S. 2 EStG und (**regelmäßige**) **Arbeitsstätte** i.S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG ist jeweils **jede dauerhafte betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers**, der der Arbeitnehmer zugeordnet ist und die er nachhaltig, fortdauernd und immer wieder aufsucht. Das ist regelmäßig im **Betrieb des Arbeitgebers** oder im **Zweigbetrieb** der Fall, **nicht aber** bei der **Tätigkeitsstätte in einer betrieblichen Einrichtung des Kunden des Arbeitgebers**.

vgl. zuletzt BFHE 224, 111 = NJW 2009, 1532 = DStRE 2009, 1228; BFHE 228, 85 = DStR 2010, 640; BFHE 222, 391 = DStR 2008, 1873; BFHE 225, 449 = NJW 2009, 3183 = NZA-RR 2009, 599

1. Tätigkeitsmittelpunkt und regelmäßige Arbeitsstätte im vorgenannten Sinne sind dadurch gekennzeichnet, dass sich der **Arbeitnehmer** in unterschiedlicher Weise **auf die immer gleichen Wege einstellen** und so auf eine Minderung der Wegekosten etwa durch die Bildung von Fahrgemeinschaften, die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel und ggf. sogar durch die entsprechende Wohnsitznahme hinwirken **kann**. Für diesen Fall erweist sich die Regelung des § 9 I 3 Nr. 4 EStG als sachgerechte und folgerichtige Ausnahme vom objektiven Nettoprinzip (vgl. BFHE 209, 523 = DStRE 2005, 996 = NZA-RR 2006, 317; BFHE 224, 111 = NJW 2009, 1532).
2. Auf der Grundlage der gesetzlich angelegten und in der vorgenannten Weise gerechtfertigten Zweiteilung der Berücksichtigung von Erwerbsaufwendungen unterscheiden sich regelmäßige Arbeitsstätte/Tätigkeitsmittelpunkt von Auswärtstätigkeit nach der Rspr. des BFH nicht danach, ob der Arbeitnehmer aus einer ex post-Betrachtung tatsächlich an einem bestimmten Ort für längere Zeit tätig gewesen war, sondern danach, ob sich der **Arbeitnehmer zu Beginn der jeweiligen Tätigkeit („ex ante“)** darauf **hatte einrichten können**, dort dauerhaft tätig zu sein.

Deshalb hatte der BFH auch die Frage, ob eine Tätigkeitsstätte beim Kunden des Arbeitgebers eine regelmäßige Arbeitsstätte sein kann, verneint. Denn selbst dann, wenn der Arbeitnehmer jahrelang bei einem bestimmten Kunden seines Arbeitgebers tätig gewesen sein sollte, hatte sich der Arbeitnehmer darauf typischerweise nicht einstellen können.

- II. Gemessen daran liegt **bei einem Leiharbeitnehmer eine Auswärtstätigkeit** vor, die grds. zum Abzug erwerbsbedingter Verpflegungsmehraufwendungen berechtigt.

*„Der Kl. kam weder an einer **regelmäßigen Arbeitsstätte** noch an einem **Tätigkeitsmittelpunkt** zum Einsatz: Der Kl. war im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit an jeweils verschiedenen Orten des Hafens von X. bei jeweils **unterschiedlichen Auftraggebern seines Arbeitgebers** tätig. Der Kl. ging seiner beruflichen Tätigkeit in keinen betrieblichen Einrichtungen seines Arbeitgebers, sondern jeweils in solchen der diversen Kunden seines Arbeitgebers nach. Und der Kl. konnte sich als Leiharbeitnehmer insbes. nicht darauf einrichten, an einem bestimmten Tätigkeitsmittelpunkt/regelmäßigen Arbeitsstätte dauerhaft tätig zu sein. Denn als Leiharbeitnehmer war er typischerweise stets bei Kunden seines Arbeitgebers tätig. Damit war es zwar nicht ausgeschlossen, dass der Kl. auch längerfristig an einer bestimmten Tätigkeitsstätte zum Einsatz hätte kommen können, dies war aber letztlich von der konkreten Ausgestaltung und Dauer der jeweiligen vertraglichen Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und dessen Kunden abhängig.“ (BFH aaO)*

EStG

§ 23 I 1 Nr. 1

Grundstückstausch als Anschaffung Steuerpflicht

SteuerR

(BFH in NVwZ 2010, 1575; Urteil vom 13.04.2010 – IX R 36/09)

Überträgt der Eigentümer bei der Veräußerung eines nicht parzellierten Grundstücks eine Teilfläche ohne Ansatz eines Kaufpreises und erhält er dafür gegenüber der erwerbenden Gemeinde einen Rückübertragungsanspruch auf **ein entsprechendes**, parzelliertes und beplantes **Grundstück**, so schafft er dieses im Wege des Tausches i. S. von § 23 I 1 Nr. 1 EStG an und **unterliegt damit grds. der Steuerpflicht**.

*„Ein **entgeltlicher Erwerb ist auch im Wege des Tausches möglich**. Die Anschaffungskosten eines Wirtschaftsguts entsprechen dabei dem gemeinen Wert des weggegebenen Wirtschaftsguts (BFHE 221, 1 = NJW 2008, 3662 m. w. Nachw.).*

*Demgegenüber handelt es sich **nicht um einen Anschaffungsvorgang, wenn kraft Hoheitsakts Grundbesitz entzogen und Ersatzland zugewiesen wird** (BFHE 177, 418 = NJW 1995, 3144). Denn ein Anschaffungsgeschäft verlangt, dass die Erwerbshandlung des Steuerpflichtigen wesentlich von seinem Willen abhängt (vgl. BFHE 122, 453). So ist der Erwerb von Ersatzland im Zusammenhang mit einer Enteignung keine Anschaffung i. S. von § 23 EStG. Am willentlichen Erwerb fehlt es auch bei Rechtsgeschäften zur Vermeidung einer Enteignung bzw. Umlegung.“ (BFH aaO)*

ESTG
§ 26

**Wahl der Veranlagungsart
rechtzeitiger Widerruf der Erklärung**
(FG Köln in ZAP 2011, 237; Urteil vom 26.02.2010 – 15 K 3427/06)

ESTG

- I. Nach **§ 26 EStG** können Ehegatten unter den weiteren Voraussetzungen dieser Vorschrift zwischen getrennter Veranlagung (§ 26a EStG) und Zusammenveranlagung (§ 26b EStG) wählen. Nach der st. Rspr. des BFH können sie dieses **Wahlrecht bis zur Unanfechtbarkeit eines Berichtigungs- oder Änderungsbescheids ausüben und** die einmal **getroffene Wahl** innerhalb dieser Frist **frei widerrufen** (BFHE 209, 454, und BFHE 198, 12).
- II. Eine **Ausnahme** davon gilt nur für den Fall, dass diese **nachträgliche Wahlrechtsausübung nach Treu und Glauben willkürlich** erscheint. Denn da die genannte Vorschrift den Ehegatten kein Recht zur Willkür gibt, kann bei widerstreitenden Anträgen der Eheleute der Antrag des einen Ehegatten auf getrennte Veranlagung unter bestimmten Voraussetzungen unwirksam sein. Dies nimmt die st. Rspr. des BFH dann an, wenn der nachträglich sein Wahlrecht anderweitig ausübende Ehegatte selbst keine eigenen - positiven oder negativen - Einkünfte hat, oder wenn sie so gering sind, dass sie weder zur Einkommensteuerveranlagung führen können noch einem Steuerabzug unterlegen haben. Der Antrag auf getrennte Veranlagung geht dann, da er steuerlich und wirtschaftlich sinnlos ist, ins Leere (vgl. nur BFHE 134, 412, BFHE 123, 172; BFH BFH/NV 1989, 156; BFHE 166, 295; BFHE 209, 454).
- III. Der **Antrag auf Änderung der Veranlagungsart muss rechtzeitig**, also vor Eintritt der Bestandskraft des Steuerbescheids, **gestellt werden**.

„Für die Frage der Rechtzeitigkeit des Antrags auf Änderung der Veranlagungsart kommt es nicht darauf an, ob der Änderungsbescheid, in dem die andere, ursprünglich gewählte Veranlagungsart fortgeführt worden war, überhaupt rechtmäßig war. Ob dieser also hier nicht wegen Ablaufs der Festsetzungsfrist hätte aufgehoben werden müssen, ist für die hier zu entscheidende Frage der abweichenden Wahl der Veranlagungsart irrelevant. An die Besteuerungsgrundlagen im - nunmehr mangels Klage bestandskräftigen - Änderungsbescheid sind sowohl die Kl. als auch der Bekl. gebunden.“ (FG Köln aaO)

ESTG
§ 35a II 2

Handwerkerleistungen
Steuerermäßigung bei Zusammenveranlagung von Ehegatten
(BFH in NJW 2011, 703; Urteil vom 29.07.2010 – VI R 60/09)

RVG

Auch im Fall der steuerlichen Zusammenveranlagung von Ehegatten ist die Steuerermäßigung des § 35 a II 2 EStG bei mehreren von den Ehepartnern tatsächlich genutzten Wohnungen auf den Höchstbetrag von 600 € begrenzt.

- I. Nach **§ 35 a II 2 EStG** „ermäßigt sich die tarifliche Einkommensteuer ... auf Antrag um 20%, höchstens 600 €, der Aufwendungen des Steuerpflichtigen“. Nach dem **Wortlaut der Vorschrift** wird die **Steuerermäßigung** damit **der Höhe nach begrenzt**, und zwar unabhängig davon, ob die steuerbegünstigten Leistungen in einer oder in mehreren Wohnungen erbracht worden sind. **Für eine mehrfache Inanspruchnahme der Steuerermäßigung findet sich kein Anhalt im Gesetz.**
- II. Eine **andere Betrachtung ist auch im Fall der Zusammenveranlagung von Ehegatten nicht geboten**.
„Da im Falle der Zusammenveranlagung von Ehegatten nach § 26 b EStG die Einkünfte, die die Ehegatten erzielt haben, zusammengerechnet, den Ehegatten gemeinsam zugerechnet und, soweit nichts anders vorgeschrieben ist, die Ehegatten sodann – z. B. für die Anwendung des § 35 a EStG – gemeinsam als Steuerpflichtiger behandelt werden (BFHE 211, 128 = NJW-RR 2006, 1010 m. w. Nachw.), wird zusammen veranlagten Ehegatten die Steuerermäßigung des § 35 a II 2 EStG nach dem insoweit klaren Wortlaut der Vorschrift nur einmal gewährt.“ (BFH aaO)
- III. **Weder das Ziel der Regelung des § 35 a EStG noch der systematische Zusammenhang** der Vorschrift **rechtfertigen eine andere Auslegung**.
 1. Das **Ziel der gesetzl. Regelung**, die **Schwarzarbeit in den Privathaushalten zu bekämpfen** (vgl. BT-Dr 15/91, S. 19), zwingt nicht dazu, die Steuerermäßigung ohne betragsmäßige Begrenzung für jede Wohnung eines Steuerpflichtigen zu gewähren.
„Der Gesetzgeber ist nicht gehalten, bei steuerlichen Lenkungsnormen diese ohne jede Beschränkung auszugestalten. Aus der weitgehenden Gestaltungsfreiheit des Steuergesetzgebers folgt, dass es grundsätzlich in dessen Ermessen steht, ob und gegebenenfalls in welcher Form und in welchem Umfang steuerliche Erleichterungen gewährt werden sollen (vgl. z. B. BFHE 224, 261 = NJW 2009, 1837 m. w. Nachw.).“ (BFH aaO)
 2. Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch den **systematischen Zusammenhang** des § 35 a II 2 EStG mit den Regelungen in § 26 a II 4 und § 35 a III EStG bestätigt.
*„Da im Falle der Zusammenveranlagung von Ehegatten nach § 26 b EStG die Steuerermäßigung – unabhängig von der Zahl der tatsächlich genutzten Wohnungen – nur einmal gewährt wird, regelt § 26 a II 4 EStG flankierend, dass im Fall der getrennten Veranlagung von Ehegatten eine Aufteilung der Steuerermäßigung zu erfolgen hat. § 35 a III EStG sieht das gleiche Ergebnis für Alleinstehende vor, die gemeinsam in einem Haushalt leben.
Beide Regelungen wären nicht erforderlich, wenn einem Steuerpflichtigen – im Streitfall den zusammen veranlagten Ehegatten – den Höchstbetrag von 600 € für jede tatsächlich genutzte Wohnung gewährt würde.“ (BFH aaO)*
 3. Eine **Verdoppelung bzw. Vervielfältigung der Steuerermäßigung** im Wege der verfassungskonformen Auslegung des § 35 a II 2 EStG bei Ehegatten ist ebenfalls **nicht geboten**, insbes. ist **keine Benachteiligung**

gung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch die Begrenzung der Steuerermäßigung auf 600 € auch bei mehreren tatsächlich genutzten Wohnungen zu beklagen.

„Denn auch Alleinstehende, die gemeinsam in zwei Wohnungen wirtschaften, können die Höchstbeträge des § 35 a EStG ebenfalls nur einmal in Anspruch nehmen (§ 35 a III EStG). Damit ist allein die gemeinsame Wirtschaftsführung am Ort oder den Orten der Leistungserbringung i. S. des § 35 a II 2 EStG, nicht aber der Familienstand entscheidend.“ (BFH aaO)

StBerG
§ 68

Steuerberaterhaftung

SteuerR

Verpflichtung zum Hinweis auf eigene Haftung und Verjährungsfristen

(OLG Frankfurt a.M. in MDR 2011, 268; Urteil vom 19.08.2010 – 16 U 198/09)

- I. Die **Hinweispflicht des Steuerberaters**, auf die Möglichkeit der eigenen Haftung sowie die kurze Verjährungsfrist des § 68 StBerG hinzuweisen, **entsteht nur dann, wenn er vor Ablauf der Verjährung des Primäranspruchs** begründeten Anlass zu der Annahme hatte, seinen Auftraggeber durch seine Fehler geschädigt zu haben.

„Diese sekundäre Pflicht ist verletzt, wenn der Steuerberater den gebotenen Hinweis vor Eintritt der Primärhaftung nicht erteilt hat. Versäumt der Steuerberater dies schuldhaft, so steht dem Geschädigten ein Sekundäranspruch zu, der sich darauf richtet, so gestellt zu werden, als wäre die Verjährung des primären Schadensersatzanspruchs nicht eingetreten; die Verjährungsfrist beginnt sodann neu zu laufen.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

- II. Die **Hinweispflicht entfällt** nur dann, wenn der Auftraggeber rechtzeitig vor Ablauf der Verjährungsfrist wegen der Haftungsfrage einen **Rechtsanwalt beauftragt hat**. In diesem Fall treten die Hinweispflichten des Rechtsanwalts an die Stelle des ursprünglichen Beraters.

„Diese Einschränkung der Sekundärhaftung rechtfertigt sich aus dem Gedanken, dass die nachrangige Hinweispflicht des Steuerberaters oder Rechtsanwalts den Auftraggeber gegen die Gefahr des unwissentlichen Anspruchsverlusts schützen soll, dass es eines solchen Schutzes aber nicht mehr bedarf, wenn der Mandant die Wahrnehmung seiner Interessen in der Regressfrage einem (anderen) Rechtsanwalt übertragen hat, der insoweit eine primäre Vertragspflicht übernimmt (vgl. BGH NJW 2001, 826).

Unerheblich ist, ob der Mandant selbst über Rechtskenntnisse verfügt; das lässt weder die Hinweispflicht entfallen, noch begründet es ein Mitverschulden des Mandanten (vgl. BGH VersR 2000, 848).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

BGB
§ 199 I Nr. 1

Steuerberaterhaftung

SteuerR

Verjährungsbeginn

(BGH in BRAK-Mitt. 2011, 32; Urteil vom 21.10.2010 – IX ZR 195/09)

Versäumt es der **Steuerberater, im Anschluss an die beraterfehlerfreie Abgabe von Jahresumsatzsteueranmeldungen auf eine danach bekannt gewordene Rechtsprechungsänderung** durch einen Antrag auf Neufestsetzung zu reagieren, so **beginnt die Verjährung eines Ersatzanspruchs des Mandanten erst nach Ablauf der Festsetzungsfrist**, nämlich erst am 1. des Folgejahres, zu laufen.

„Der Schaden des Mandanten verwirklicht sich also nicht bereits mit der Steueranmeldung, da diese zunächst nicht zu beanstanden war. Vielmehr ist dem Steuerberater die fehlende Reaktion auf eine später zu korrigierende Steueranmeldung vorzuwerfen. Diese Pflichtwidrigkeit steht der unterlassenen Einlegung eines gebotenen Rechtsbehelfes gleich.“

Anders ist dies bei der pflichtwidrigen Einreichung einer von vornherein fehlerhaften Steuererklärung; nur in solchen Fällen beginnt die Verjährung bereits mit der Bekanntgabe des nachteiligen Steuerbescheides.“ (BGH aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Hachenberg:** Die Abänderung von Titeln zum schuldrechtlichen Versorgungsausgleich (FamFR 2011, 76)

Nach dem **Inkrafttreten des VersAusglG** am 01.09.2009 sind die zuvor verstreut auffindbaren Vorschriften zur Abänderung von Titeln über Ansprüche aus einem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich vollständig aufgehoben worden; außerdem konnten von Beginn an unrichtige Entscheidungen über Ansprüche auf schuldrechtlichen Versorgungsausgleich analog § 10 a VAHRG abgeändert werden (OLG Düsseldorf NJOZ 2005, 914). – Im VersAusglG sind entsprechende Vorschriften nicht enthalten; allenfalls im FamFG sind in den §§ 225 ff. FamFG die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine Abänderung geregelt, wobei hier die Anwendung des § 227 FamFG nahe liegt, welcher auf § 48 FamFG verweist. – Im VersAusglG sind des Weiteren Vorschriften über die Anpassung von Anrechten nach Rechtskraft einer Entscheidung über den Versorgungsausgleich enthalten, die ihrerseits eine abschließende Aufzählung der einer Anpassung zugänglichen Anrechte enthalten, zu denen solche, die typischerweise schuldrechtlich ausgeglichen werden, nicht gehören. – Die **materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage für die Abänderung einer Entscheidung** über Anrechte, die schuldrechtlich ausgeglichen werden, findet sich in der **Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage**, die in § 313 BGB normiert ist; soweit die bisherige Lit.-Meinung die materiell-rechtlichen Grundlagen in §§ 225 ff. FamFG findet, ist dem nicht zu folgen, da diese Vorschriften rein prozessualer Natur sind; auch stehen die Regelungen in §§ 32 ff. VersAusglG nicht als lex specialis einer Abänderung entgegen, weil die Rechtsfolge der Abänderung nach § 313 BGB eine vollständig andere ist als diejenige der §§ 32 ff. VersAusglG. – Der **Umfang der Abänderung**, welcher für eine Begründetheit des Anspruchs zu fordern ist, **ergibt sich** nicht aus §§ 225 ff. FamFG, sondern **aus § 313 BGB und den dazu entwickelten Grundsätzen**; dabei wird es im Einzelfall Sache der Judikatur sein, zu bestimmen, wann eine wesentliche Änderung i. S. von § 313 BGB, §§ 227, 48 FamFG vorliegt.

2. **Bauer:** Obliegenheiten des Versicherungsnehmers in der Rechtsschutzversicherung (NJW 2011, 646)
3. **Schrader:** Verwirkung der Abmahnung durch Zeitablauf? (NZA 2011, 180)

Bespr. der „**Ermely-Entscheidung**“ des BAG NZA 2010, 1277, wonach es auch bei Vermögensdelikten in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann keiner Abmahnung bedarf, wenn eine Verhaltensänderung des Arbeitnehmers in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten sei oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handele, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen sei. – Vor **Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung** hat der Arbeitgeber aus Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen grds. eine **Abmahnung auszusprechen**; eine solche **Abmahnung hat u. a. eine Warnfunktion**, sie drückt die **Missbilligung eines Verhaltens des Arbeitnehmers** durch den Arbeitgeber aus und weist ihn auf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses im Wiederholungsfall hin; diese Funktion ist dann erfüllt, wenn der Arbeitnehmer eine gewisse weitere Zeit nach Ausspruch der Abmahnung beanstandungsfrei arbeitet. – Es entspricht aus diesem Grunde gesicherter Rspr., dass die **Warnfunktion einer Abmahnung zeitlich begrenzt** ist; eine **Regelfrist, innerhalb derer die Abmahnung ihre Wirkung verliert, gibt es nicht**; wann die Wirkungsdauer endet, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls: der Zeitraum in der Rspr. schwankt zwischen **23 Monaten** (im Fall von leichten Verstößen können wohl sogar bereits 16 Monate genügen) und mehr als **3 ½ Jahren**; in jedem Fall soll die Wirkungsdauer aber nach dem Ablauf von 10 Jahren beendet sein. – Hat die Abmahnung mit Zeitablauf ihre Wirkung verloren, entsteht nach Auffassung des BAG das Recht des Arbeitnehmers, ihre Entfernung aus den Personalakten verlangen zu können; abhängig von der Schwere der Pflichtverletzung kann der Arbeitgeber sich also nach einem gewissen Zeitablauf nicht mehr darauf berufen, der Arbeitnehmer sei einschlägig wirksam abgemahnt, da die Abmahnung und die darin enthaltene Warnfunktion mit Ablauf einer gewissen Zeitspanne ihre Rechtswirksamkeit verliert.

4. **Börstinghaus:** Die aktuelle Rspr. des BGH zum Mietrecht - Berichtszeitraum Oktober 2009 bis Dezember 2010 (NZM 2011, 101)
5. **Köhler:** Die Fahrgemeinschaft im Lichte des Haftungs-, Steuer- und Unfallversicherungsrechts (NZV 2011, 105)

Sowohl ökonomische als auch ökologische Gründe sprechen für die Bildung von Fahrgemeinschaften, die jedenfalls dann, wenn sie zwischen Berufspendlern gegründet werden, **rechtsverbindlichen Charakter mit haftungsrechtlichen Konsequenzen** haben. – Haftungs- und versicherungsrechtlich bestehen keinerlei Bedenken gegen die Bildung von Fahrgemeinschaften: Die jeweils **Mitfahrenden sind entweder über die Kfz-Haftpflichtversicherung des Fahrers oder die des Unfallverursachers ausreichend abgesichert**. – In **steuerrechtlicher Hinsicht** sind Fahrgemeinschaften für ihre Mitglieder deshalb interessant, weil **auch der nur Mitfahrende die sog. Pendlerpauschale als Werbungskosten deklarieren kann**. – Der **auf Arbeitswegen gene-**

rell bestehende Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung geht nicht deshalb verloren, weil ein Versicherter von einem unmittelbaren Weg nach und von dem Ort der Tätigkeit abweicht, um mit anderen Berufstätigen oder Versicherten gemeinsam ein Fahrzeug zu benutzen.

6. **Rensen:** Rechtsbehelfbelehrungen und Wiedereinsetzung im Zivilprozess (MDR 2011, 201)

Schwierigkeiten in Zusammenhang mit Rechtsbehelfsbelehrungen sind im Rahmen der §§ 233 ff. ZPO zu lösen. - Die **verfassungsrechtlichen Vorgaben** insbes. des effektiven Rechtsschutzes und des fairen Verfahrens sind **bei der Auslegung und Anwendung des Tatbestandsmerkmals „Verschuldens“** und hier vor allem bei der Frage der Zumutbarkeit von Sorgfaltsanforderungen **zu berücksichtigen**; insofern ist es zwar sachgerecht, bei mangelnder Rechtskunde eine Vermutung gegen ein Verschulden zu bejahen, die Annahme einer unwiderleglichen Vermutung für ein Verschulden bei anwaltlicher Vertretung führt aber zu weit.

II. Strafrecht

1. **Bringewat:** Sozialrechtliche Mitwirkungs„pflichten“ und Sozial(leistungs)betrug (NStZ 2011, 131)

Die **bisher gängige Entscheidungspraxis**, Sozialleistungsberechtigte/-empfänger, die ihren Obliegenheiten gem. § 60 I SGB I nicht nachkommen und dem Grunde oder der Höhe nach Sozialleistungen zu Unrecht erhalten, **wegen Sozial(leistungs)betruges durch Unterlassen zu verurteilen, ist** nach Ansicht des Autors **kritisch zu überprüfen**. - Dem steht entgegen, dass das BVerwG und das BSG sowie die Lit. sich darin einig sind, dass **§ 60 I SGB I kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB** ist, weil die Mitwirkungs„pflichten“ nach § 60 I SGB I der „rechtmäßigen Aufgabenerfüllung“ und „nicht dem Vermögensschutz“ dienen; der (gesetzgeberisch gewollte) Ausschluss von Schadensersatzansprüchen des Sozialleistungsträgers gegen den seine Mitwirkungspflichten verletzenden Leistungsempfänger könnte im Falle einer Verurteilung wegen Betruges durch Unterlassen „rechtstechnisch“ unter Anwendung von § 823 II BGB, § 263 I StGB also unterlaufen werden. - Eine Verurteilung wegen Sozialleistungsbetruges durch Unterlassen setzt die **vollständige Aufklärung des leistungserheblichen Sachverhalts** voraus, weil erst dann erkennbar wird, ob der Leistungsempfänger seine Mitwirkungspflichten gem. § 60 I SGB I verletzt hat; in dieser Situation hat der Sozialleistungsträger alle Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten nach §§ 60 ff., 66, 67 SGB I bzw. §§ 44 ff SGB X.

2. **Schlösser:** Die Bestimmung des erlangten Etwas i.S.v. § 73 I 1 StGB bei in Folge von Straftaten abgeschlossenen gegenseitigen Verträgen (NStZ 2011, 121)

Der **Verfall von Vermögenswerten nach den §§ 73 ff StGB** ist eine **brisante Regelungsmaterie**, weil diese Rechtsfolge einer Tat unter der Herrschaft des Bruttoprinzips einen strafähnlichen Charakter erlangen und zur wirtschaftlichen Existenzvernichtung des davon Betroffenen führen kann. - Nach Ansicht des Autors ist die Gesetzesformulierung „aus der Tat“ tatbestandsbezogen zu interpretieren, so dass allein das aufgrund der Tatbestandsverwirklichung Erlangte dem Verfall unterliegen darf. - Da bei Korruptionstaten (§§ 299, 331 ff. StGB) der Vertragsabschluss weder auf der Tathandlung beruht noch einen tatbestandlich umschriebenen Erfolg dieser Delikte darstellt, kann der dadurch begründete Vertrag nicht nach § 73 I 1 A.t.2 StGB für verfallen erklärt werden; möglich ist dies aber unter Heranziehung von § 73 I 1 Alt. 1 StGB („für die Tat“): der durch den Vertrag erlangte Vermögenswert und damit auch der Verfallsumfang bemessen sich dabei grds. nach dem kalkulierten Gewinn und etwaigen weiteren wirtschaftlichen Vorteilen; dieser Annahme steht das **Bruttoprinzip** nicht entgegen. - Bei Sachverhalten, die einen Rückgriff auf die Tatbestandsvariante „für die Tat“ nicht erlauben, ergibt sich – wenn sämtliche Unternehmenseinnahmen nicht auf einer Tatbestandsverwirklichung (des § 16 I UWG) beruhen – „aus der Tat“ allein die Chance auf einen späteren Vertragsabschluss; allein diese Chance kann dann Anknüpfungspunkt einer Verfallserklärung werden, wobei sich bei ihrer Bewertung, entsprechend der parallel gelagerten Fragestellung bei der schadensgleichen Vermögensgefährdung, delicate Problemstellungen ergeben können.

3. **Hofmann:** Heimtückemord nach vorausgegangener einverständlicher Schlägerei? (NStZ 2011, 66)

Bespr. der Entsch. BGH, Urteil v. 29.04.2010 – 3 StR 101/10

4. **Krause:** Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrates (NStZ 2011, 57)

Das AktG statuiert für **Aufsichtsratsmitglieder komplexe und vielschichtige Rechte und Pflichten**; damit einher geht für Aufsichtsratsmitglieder das nicht unerhebliche Risiko, wegen eines vermeintlichen oder tatsächlichen Fehlverhaltens nicht nur zivilrechtlich persönlich zu haften, sondern auch strafrechtlich verfolgt zu werden. - Der **Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen** (§ 111 I AktG) und für einen leistungsfähigen Vorstand zu sorgen, sowohl in der personellen Zusammensetzung als auch in seiner Organisation; neben der Überwachungsfunktion kommen dem Aufsichtsrat in bestimmtem Umfang i. R. seiner Überwachungstätigkeit aber auch echte **Geschäftsleitungs Pflichten** zu, die denen des Vorstandes verwandt sind; der wichtigste Fall ist die **Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern bei allen Rechtsgeschäften sowie Rechtsstreitigkeiten jeder Art**; in diese Sphäre gehören zudem die Themen der Festsetzung der Vorstandsvergütung bzw. der Prämien-gewährung (§ 87 AktG) sowie die **Entscheidung über die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern**; ein weiterer bedeutender Pflichtenkreis des Aufsichtsrats betrifft die **Pflicht zur Prüfung von Jahresabschluss, Lagebericht, Konzernabschluss, Konzernlagebericht und Gewinnverwendungsvorschlag** sowie die Pflicht zur Mitwirkung an der Feststellung des Jahresabschlusses und der Billigung des Konzernabschlusses; insoweit kann von einer gemeinsamen Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat für die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses gesprochen werden; schließ-

lich treffen die Aufsichtsratsmitglieder allgemeine Verhaltenspflichten, namentlich **Loyalitäts-, Verschwiegenheits- und Wahrheitspflichten**, die sich aus ihrer Organstellung ableiten. - In den einzelnen Pflichtenkreisen bestehen **verschiedene strafrechtliche Haftungsrisiken**, die in ihren Voraussetzungen unterschiedlich scharf konturiert sind: Während in einigen Bereichen – etwa bei Verstößen gegen die Verschwiegenheits- oder die Wahrheitspflicht – auf Grund gesetzlicher Spezialregelungen für die strafrechtliche Haftung klare Konturen bestehen, fehlt es in anderen Bereichen – namentlich bei den bedeutsamen Überwachungs- und Geschäftsführungspflichten – an vergleichbaren gesetzlichen Vorgaben; dies gilt insbes. für die Voraussetzungen, unter denen sich Aufsichtsratsmitglieder wegen Untreue (§ 266 StGB) strafbar machen können; insoweit ist bislang nicht abschließend geklärt, ob jede zivil- oder gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung stets zugleich eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB begründet. - Bei der Konkretisierung der für die strafrechtliche Haftung maßgeblichen Pflichten des Aufsichtsrates sind dessen spezifische Aufgaben- und Pflichtenkreise in den Blick nehmen und bzgl. der jeweiligen Sorgfaltsanforderungen zu differenzieren.

III. öffentliches Recht

1. **Hoeren/Herring: Urheberrechtsverletzung durch WikiLeaks? - Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit vs. Urheberinteressen (MMR 2011, 143)**

Das **Urheberrecht** wird immer öfter als **juristisches Werkzeug im Kampf gegen unerwünschte Veröffentlichungen** eingesetzt; so könnte auch im Fall von WikiLeaks den Gegnern mit dem Urheberrecht eine gegenüber dem Strafrecht erfolversprechendere Handhabe zur Verfügung stehen. - Die Veröffentlichung bestimmter Dokumente auf der Internetplattform WikiLeaks kann Urheberrechte betreffen; i.R. einer verfassungskonformen Auslegung der urheberrechtlichen Schranken ist hier die **bes. Bedeutung der Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit hinreichend zu berücksichtigen**, sodass **im Einzelfall die Urheberinteressen zurückstehen können**; verfolgen die Urheber mit ihren Werken keine finanziellen Verwertungsinteressen, wie im Fall von Behörden, stellt die Veröffentlichung ohnehin nur eine geringe Beeinträchtigung der Urheberrechte dar und ist demnach vom Urheber hinzunehmen; ein solches Verständnis entspricht auch dem **Zweck des Urheberrechts**, der gerade darin besteht, einen **angemessenen Ausgleich der Allgemeininteressen mit denen des Urhebers zu erzielen**. - Zu den Veröffentlichungen durch WikiLeaks gibt es unterschiedliche Ansichten: Es kann legitime Gründe für die Geheimhaltung bestimmter Informationen geben; das Urheberrecht ist jedoch nicht das passende juristische Werkzeug, um in Gänze gegen die unerwünschten Veröffentlichungen auf WikiLeaks vorzugehen.

2. **Petershagen: Der Schutz des Rechts am eigenen Bild vor Hyperlinks (NJW 2011, 705)**

Das **Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Zurschaustellens** und damit eine Verantwortlichkeit des Linkgebers **ist zwar generell zu verneinen, zwingend** erscheint eine **solche Auslegung indes nicht**, zumal andere zivilrechtliche Schutzmechanismen meist nicht greifen und man dem grundrechtsgeschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht in der Sonderform des Rechts am eigenen Bild hierdurch nicht gerecht würde. - Gegen eine undifferenzierte generelle Ablehnung der Tatbestandsmäßigkeit spricht u. a., dass der in starkem Maße durch das Analogieverbot gebundenen strafrechtlichen Praxis die Zurechnung der Inhalte von Hyperlinks keineswegs fremd ist: Eine **Haftung nach § 22 KUG** ist zumindest dann zu befürworten, **wenn sich der Linkgeber die Inhalte der fremden Seite zu eigen macht**; dies gilt nicht nur, wenn auf Seiten verwiesen wird, auf denen das Bild mit Einverständnis des Betr. gezeigt wird, sondern erst recht, wenn der Link unbefugt zu einer gleichermaßen unbefugt präsentierten Abbildung führt.

3. **Schenke: Neuestes zur Konkurrentenklage (NVwZ 2011, 321)**

Bespr. der Entsch. BVerwG NVwZ 2011, 358

4. **Reimer: Stundung, Erlass und Niederschlagung von Forderungen der öffentlichen Hand – sämtlich verbotene Beihilfen? (NVwZ 2011, 263)**

Die **gesetzlichen Ermächtigungen für Billigkeitsmaßnahmen** stellen mangels Selektivität begrifflich **keine Beihilfen** dar; einzelne Billigkeitsmaßnahmen sind dagegen regelmäßig Beihilfen, wenn sie über das hinausgehen, was ein privater Gläubiger an der Stelle der öffentlichen Hand hypothetisch an Zahlungserleichterungen gewährt hätte. - Als **Ermessensakte** weisen solche Maßnahmen typischerweise auch die für Beihilfen erforderliche Selektivität auf; die Selektivität kann für eine im Einzelfall getroffene Billigkeitsmaßnahme aber insbes. dann ausgeschlossen werden, wenn sie nur eine ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift ausführt; ist die Verwaltungsvorschrift ähnlich allgemein gehalten wie die gesetzlichen Regelungen, so stellt auch sie keine Beihilfe dar. - Sofern eine Billigkeitsmaßnahme oder eine Billigkeitsmaßnahmen allgemein regelnde Verwaltungsvorschrift den Tatbestand einer Beihilfe erfüllt, unterliegt sie der **Notifizierungspflicht** und dem **Vollzugsverbot**; diese **strenge Bindung entfällt nur dann, wenn der wirtschaftliche Wert der Billigkeitsmaßnahme gering ist oder dem Einzelakt eine das Ermessen ausfüllende Verwaltungsvorschrift zu Grunde liegt**, die als Beihilfenregelung bereits von der Kommission genehmigt wurde.

5. **Busche: Der Einsatz von Körperscannern auf deutschen Flughäfen: Eine verfassungsrechtliche Bewertung (DÖV 2011, 225)**

Durch den **Einsatz von Körperscannern** sind **diverse Grundrechte betroffen**: Sofern Körperscanner zum Einsatz kommen, die wesentliche körperliche Merkmale abbilden, ist von einer **Verletzung der Menschenwürde** aus Art. 1 I GG auszugehen; bei der Verwendung von Bodyscannern der sog. zweiten Generation, die auf die Abbildung intimer Details verzichten sollen, kann hingegen nicht zwangsläufig auf eine Verletzung der Menschenwürde geschlossen werden; sofern dem Bedürfnis einer dezidierten Regelung, die unter Einhaltung des un-

antastbaren Kernbereichs, eine Möglichkeit des Einsatzes von Körperscannern schafft, nachgekommen wird, erscheint eine Verletzung der Menschenwürde nach Ansicht der Autorin im Kern unwahrscheinlich; bei Nichtbeachtung dieser Erfordernisse in Form einer gesetzlichen Regelung kann hingegen auf die Verletzung der Menschenwürde geschlossen werden. - Bei der Frage einer Zulässigkeit der Anwendung von Körperscannern in Hinblick auf die **körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II 1 GG** ist festzuhalten, dass eine **gesundheitliche Schädigung nicht ausgeschlossen** werden kann; daher kann der Einsatz von Körperscannern wegen dieser Bedenken nur unter Aufwendung besonderer Vorsicht erfolgen; solange diesem Erfordernis durch weitere langfristig angelegte Untersuchungen nicht Rechnung getragen wird, erscheint der Einsatz von Körperscannern voreilig und vor dem Hintergrund des Art. 2 II GG bedenklich. - Die **virtuelle körperliche Entblößung**, die durch den Nacktscanner vorgenommen wird, könnte gegen **religiöse Bekleidungs Vorschriften** verstoßen und würde somit die **Verletzung des Grundsatzes auf freie Religionsausübung** zur Folge haben; zur Glaubensfreiheit gehört ebenso das „Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Überzeugung gemäß zu handeln“; auch die **Beachtung von religiösen Bekleidungs Vorschriften unterfällt dem Grundrecht auf Gewissens-, Glaubens- und Bekenntnisfreiheit** und ist daher vom Staat zu berücksichtigen; da in einigen Religionen spezifische Vorschriften zum Zeigen bloßer Haut in der Öffentlichkeit bzw. vor dem jeweils anderen Geschlecht existieren, unterfällt auch die Abbildung dieser Körpermerkmale durch technische Vorrichtungen dieser Problematik; Einschränkungen der Religionsfreiheit sind jedoch unter Beachtung des Grundsatzes auf Verhältnismäßigkeit auf gesetzlicher Grundlage möglich. - Der Einsatz von Körperscannern verletzt zudem auch das **Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 I GG** in einem Umfang und einer Tiefe, die nicht zu rechtfertigen ist, sodass die Verwendung der Bodyscanner sich daher im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Abwägung schlicht als unverhältnismäßig erweist. - Die Schaffung des **Rechts auf informationelle Selbstbestimmung** beruht auf der fortschreitenden Technisierung der Gesellschaft mit den einhergehenden Datenverarbeitungsprozessen; es dient als Abwehrrecht des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe personenbezogener Daten durch den Staat und soll es dem Einzelnen ermöglichen, selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden; je näher die Daten der Intimsphäre stehen, die als unantastbarer Bereich gegenüber aller staatlichen Gewalt Schutz und Anerkennung beansprucht, desto höher sind die **Rechtfertigungsvoraussetzungen** für die Erhebung dieser Daten anzusetzen, was in besonderem Maße für gesundheits- oder intimbezogene Daten gelten muss; durch den Einsatz von Ganzkörperscannern werden besonders persönlichkeitsnahe Daten erhoben, die einem automatischen Datenverarbeitungsprozess zugeführt werden; sofern weitere Datenspeicherungs- oder Verarbeitungsprozesse mit den durch den Körperscanner erstellten Bildern einhergehen, ist die Verfassungsmäßigkeit dieser Maßnahme nicht gegeben.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Filges:** Der Anwalt als Arbeitgeber - Arbeitsrechtliche Folgen des § 26 BORA als Verbotsgesetz nach § 134 BGB? (NZA 2011, 234)

Nach § 26 BORA dürfen **Rechtsanwälte sowie andere Mitarbeiter und Auszubildende nur zu angemessenen Bedingungen beschäftigt werden**; die Norm richtet sich an den Rechtsanwalt als Arbeitgeber und stellt eine **Berufspflicht** dar, deren **Verletzung** zunächst nur **berufsrechtliche Rechtsfolgen auslöst**. - Ein **Verbotsgesetzcharakter i. S. von § 134 BGB** des § 26 BORA kann jedenfalls **nicht aus seiner Rechtsähnlichkeit zu § 17 I 1 BBiG hergeleitet werden**, denn § 25 BBiG erklärt ausdrücklich, dass Vereinbarungen, die zu Ungunsten Auszubildender vom BBiG abweichen, also unangemessene Vergütungen vorsehen, nichtig sind; eine solche Nichtigkeitsanordnung durfte der Bundesgesetzgeber ohne Zweifel treffen, die Satzungsversammlung als bundesrechtlich abgeleitetes „Parlament“ für berufsspezifische Regelungen der Rechtsanwälte hat diese allgemeine Kompetenz jedoch nicht, sondern kann nur Regelungen zu Berufspflichten von Rechtsanwälten treffen, weshalb § 26 BORA sich auch nur an den beschäftigenden Rechtsanwalt richtet; dementsprechend **enthält die BORA auch keine Nichtigkeitsanordnung für Beschäftigungsverhältnisse mit Nichtjuristen**.

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

Aus den gesetzlichen Vorgaben lässt sich für den Beschwerdeführer in berufsaufsichtsrechtlichen Beschwerdeverfahren bei den Rechtsanwaltskammern **kein Akteneinsichtsrecht** entnehmen, denn bei einem **berufsrechtlichen Beschwerdeverfahren** vor der Rechtsanwaltskammer **handelt es sich nicht um eine verwaltungsrechtliche Anwaltssache** i. S. der §§ 112a ff. BRAO. - Auch die **Informationsfreiheitsgesetze** der Länder und das Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes **eröffnen kein Akteneinsichtsrecht** für den Beschwerdeverfahren bei den Rechtsanwaltskammern.

Überreicht durch:

Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

März 2011

A. Aus der Gesetzgebung

Änderungen der Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA)

I. Allgemeines

Zum **01.03.2011** sind Änderungen der §§ 8, 9 u. 32 III BORA in Kraft getreten, die von der Satzungsversammlung der BRAK am 25. und 26.06.2010 beschlossen worden sind.

Bei einer **Zusammenarbeit** des Rechtsanwalts mit anderen Personen muss zukünftig anhand der Berufe der Partner entschieden werden, in welcher Weise eine Zusammenarbeit mit diesen Partnern erlaubt ist. Sollen Partner beteiligt werden, die andere Berufe haben, ist zusätzlich deren Berufsrecht zu beachten.

Als wesentliche Zusammenarbeitsformen für Anwälte untereinander oder bei der Zusammenarbeit mit sog. „**sozietätsfähigen Personen**“ i.S.v. § 59a I BRAO kommen **Sozietät**, **Bürogemeinschaft**, **Rechtsanwalts-GmbH** (vgl. §§ 59c-m BRAO) und **Partnerschaftsgesellschaft** (vgl. dazu das PartGG) in Frage. Daneben besteht die Möglichkeit, nach § 8 BORA Kooperationen einzugehen und auf die berufliche Zusammenarbeit in der Form der "**Kooperation**" hinzuweisen. Unter Verwendung dieses Begriffs (und nur dieses) dürfen Personen genannt werden, die **nicht sozietätsfähig** i. S. d. § 59a I 1 BRAO sind (z.B. Ärzte, Bauingenieure, Kfz-Sachverständige etc.). Dies hat der BGH bestätigt (BGH NJW 2005, 2692).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass bei Nennung von Kooperationspartnern in anderen Städten nicht der Eindruck einer überörtlichen Sozietät vermittelt werden darf. Dieses "**Vortäuschen von Größe**" hat nicht nur haftungsrechtliche Folgen, sondern kann auch "unsachlich" i. S. d. § 6 I BORA, § 43b BRAO sein (vgl. BGH BRAK-Mitt. 2003, 31).

Anders als auf die "Kooperation" darf auf die "**Bürogemeinschaft**" gem. § 8 S.1 BRAO nur hingewiesen werden, wenn sie **mit sozietätsfähigen Personen** besteht. Da sie begrifflich eine gemeinsame Nutzung von Betriebsmitteln in einem "Büro" voraussetzt (Hartung / Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, Vor § 59a BRAO, Rn 155), wird der Hinweis auf eine "überörtliche Bürogemeinschaft" für irreführend gehalten.

Die **Beendigung beruflicher Zusammenarbeit** ist schließlich in § 32 BORA geregelt.

II. Der Wortlaut der Neuregelungen

1. § 8 BORA

- zurzeit noch aktuelle Fassung:

Kundgabe beruflicher Zusammenarbeit

Auf eine berufliche Zusammenarbeit darf nur hingewiesen werden, wenn sie in einer Sozietät, in sonstiger Weise (Anstellungsverhältnis, freie Mitarbeit) mit sozietätsfähigen Personen im Sinne des § 59a Bundesrechtsanwaltsordnung oder in einer auf Dauer angelegten und durch tatsächliche Ausübung verfestigten Kooperation erfolgt. Zulässig ist auch der Hinweis auf die Mitgliedschaft in einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung.

- ab dem 01.03.2011 geltende Fassung:

Kundgabe gemeinschaftlicher Berufsausübung und anderer beruflicher Zusammenarbeit

Auf eine Verbindung zur gemeinschaftlichen Berufsausübung darf nur hingewiesen werden, wenn sie in Sozietät oder in sonstiger Weise mit den in § 59a BRAO genannten Berufsträgern erfolgt. Die Kundgabe jeder anderen Form der beruflichen Zusammenarbeit ist zulässig, sofern nicht der Eindruck einer gemeinschaftlichen Berufsausübung erweckt wird.

2. § 32 BORA Beendigung einer beruflichen Zusammenarbeit

(2) Bei Auflösung einer Sozietät haben die Sozien mangels anderer vertraglicher Regelung jeden Mandanten darüber zu befragen, wer künftig seine laufenden Sachen bearbeiten soll. Wenn sich die bisherigen Sozien über die Art der Befragung nicht einigen, hat die Befragung in einem gemeinsamen Rundschreiben zu erfolgen. Kommt eine Verständigung der bisherigen Sozien über ein solches Rundschreiben nicht zustande, darf jeder der bisherigen Sozien einseitig die Entscheidung der Mandanten einholen. Der ausscheidende Sozium darf am bisherigen Kanzleisitz einen Hinweis auf seinen Umzug für ein Jahr anbringen. Der verbleibende Sozium hat während dieser Zeit auf Anfrage die neue Kanzleiadresse, Telefon- und Faxnummern des ausgeschiedenen Soziums bekannt zu geben.

(2) Für den Fall des Ausscheidens eines Soziums aus der Sozietät gilt Abs. 1 hinsichtlich derjenigen Auftraggeber, mit deren laufenden Sachen der ausscheidende Sozium zum Zeitpunkt seines Ausscheidens befasst oder für die er vor seinem Ausscheiden regelmäßig tätig war. Sein Recht, das Ausscheiden aus der Sozietät allen Mandanten bekannt zu geben, bleibt unberührt.

- zurzeit noch aktuelle Fassung:

(3) Die Vorschrift des Abs. 2 gilt entsprechend für die Beendigung einer beruflichen Zusammenarbeit in sonstiger Weise, wenn diese nach außen als Sozietät hervorgetreten ist.

- ab dem 01.03.2011 geltende Fassung:

(3) Abs. 1 und 2 gelten entsprechend für die Beendigung einer beruflichen Zusammenarbeit in sonstiger Weise, wenn diese nach außen als Sozietät hervorgetreten ist.

3. § 33 BORA Geltung der Berufsordnung bei beruflicher Zusammenarbeit

(1) Soweit Vorschriften dieser Berufsordnung Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts im Hinblick auf die Sozietät als Form der beruflichen Zusammenarbeit vorsehen, gelten sie sinngemäß für alle anderen Rechtsformen der beruflichen Zusammenarbeit.

(2) Bei beruflicher Zusammenarbeit gleich in welcher Form hat jeder Rechtsanwalt zu gewährleisten, dass die Regeln dieser Berufsordnung auch von der Organisation eingehalten werden.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB
§ 307

Farbvorgabeklauseln Wirksamkeit

BGB

(BGH in NJW 2011, 514; Beschluss vom 14.12.2010 – VIII ZR 198/10)

Die **Farbvorgabe „weiß“ für eine Auszugsdekoration** des Mieters benachteiligt diesen unangemessen i. S. von § 307 I BGB und ist damit **unwirksam**.

„Die im Mietvertrag enthaltene Farbvorgabe bezieht sich zwar nur auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Mietsache und erlaubt es dem Mieter somit, die Wohnung während der Mietzeit nach seinem persönlichen Geschmack zu dekorieren. Die **Einengung der Farbwahl auf nur eine einzige Farbe** („weiß“) im Zeitpunkt der Rückgabe **schränkt die Gestaltungsfreiheit des Mieters** aber in einer Weise ein, die nicht durch berechnete Interessen des Vermieters gerechtfertigt ist und den Mieter deshalb unangemessen benachteiligt. Das BGH hat zutreffend darauf abgestellt, dass das berechnete Interesse des Vermieters dahin geht, die Wohnung in einem Dekorationszustand zurückzuerhalten, der dem Geschmack eines größeren Interessentenkreises entspricht und eine rasche Weitervermietung ermöglicht. Dieses Interesse erfordert es aber nicht, den Mieter für den Zeitpunkt des Auszugs zwingend auf einen weißen Anstrich festzulegen, weil auch eine Dekoration in anderen dezenteren Farbtönen eine Weitervermietung nicht erschwert. Für den Mieter hingegen ist ein gewisser Spielraum bei der farblichen Gestaltung auch für den Rückgabepunkt von nicht unerheblichem Interesse, weil er sich dann aus **wirtschaftlichen Erwägungen** dafür entscheiden kann, schon während der Mietzeit eine Dekoration innerhalb der für den Rückgabepunkt vorgeschriebenen Bandbreite farblicher Gestaltung vorzunehmen, um nicht beim Auszug nur wegen der farblichen Gestaltung eine sonst noch nicht erforderliche Renovierung vornehmen zu müssen.“ (BGH aaO)

BGB
§ 536

Mietminderung

jahreszeitabhängige Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit (BGH in NZM 2011, 153; Urteil vom 15.12.2010 – XI ZR 132/09)

BGB

Wirkt sich in einem Mietvertrag ein Mangel nur periodisch erheblich auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache aus, so kann der Mietzins auch nur in diesem Zeitraum gemindert werden.

„Nach § 536 BGB ist der Mieter bei Vorliegen eines Mangels der Mietsache, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder nicht nur unerheblich mindert, von der Entrichtung der Miete befreit bzw. zur Entrichtung einer angemessenen herabgesetzten Miete verpflichtet. Die **Minderung tritt kraft Gesetzes ein** (BGH NJW-RR 1991, 779 m.w. Nachw.). Sie ist **Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips** und hat daher die Aufgabe, die Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen sicherzustellen (BGHZ 176, 191 = NZM 2008, 609 = NJW 2008, 2497). Die Hauptleistungspflicht des Vermieters besteht darin, dem Mieter während der gesamten Mietzeit den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu ermöglichen (§ 535 I BGB).

Als Gegenleistung schuldet der Mieter den vereinbarten Mietzins (§ 535 II BGB). Das Äquivalenzverhältnis der Leistungen ist deshalb gestört, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch wegen eines Mangels nicht nur unerheblich beeinträchtigt ist. Dabei ist ein Mangel der Mietsache jede nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands von dem vertraglich vereinbarten Zustand, der ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigt (st. Rspr.; BGH NZM 2000, 492 = NJW 2000, 1714; NJW 2005, 2152 = NZM 2005, 500; NZM 2010, 668 = NJW 2010, 3152).

Von einer **nicht nur unerheblichen Einschränkung des vertragsgemäßen Gebrauchs** ist auch dann auszugehen, wenn der Mangel sich auf die Gebrauchstauglichkeit noch nicht unmittelbar auswirkt, aber die **konkrete Gefahr besteht**, dass er sie jederzeit erheblich beeinträchtigt (vgl. zu öffentlich-rechtlichen Gebrauchsbeschränkungen BGH GE 2008, 120 = ZMR 2008, 274; NJW 1992, 3226; BGH WM 1983, 660; OLG Düsseldorf NZM 2003, 556).

Wirkt sich demgegenüber ein Mangel nur periodisch in einem vorhersehbaren Zeitraum erheblich auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache aus, ist der Mietzins auch nur in diesem Zeitraum kraft Gesetzes herabgesetzt (MüKo-BGB/Häublein, 5. Aufl., § 536 Rn 30; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 536 Rn 34; OLG Rostock OLGR 2001, 281; LG Berlin ZMR 1992, 302; a.A. Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 536 Rn 325). Während der Zeit, in der die Mietsache trotz Vorliegens eines Mangels uneingeschränkt vertragsgemäß nutzbar ist, scheidet eine Herabsetzung der Miete aus.“ (BGH aaO)

GG

Amtshaftung

GG

Art. 34

kein Schadensersatz wegen Streusalz-Schäden (LG Magdeburg in NVwZ-RR 2011, 183; Urteil vom 09.11.2010 – 10 O 1151/10)

Ein **Straßenanlieger hat keinen Anspruch** gegenüber dem Träger der Straßenbaulast, eine **bestimmte Winterdienstmaßnahme** (hier: Verwendung abstumpfender Mittel wie z.B. Splitt statt Streusalz) **zu fordern**.

„Die Verwendung von Streusalz zum Abstreuen der Straßenoberfläche war der bekl. Gemeinde erlaubt. Anders als der Kl. meint, war die Bekl. nicht gehalten, vor dem Grundstück des Kl. die Art der winterdienstlichen Behandlung zu ändern und auf ein Abstumpfen mit Splitt oder „einfaches“ Räumen des Schnees umzustellen. **Welche Art der Winterdienstbehandlung zur Anwendung kommt, durfte die Bekl. nach fachlicher Prüfung selbst entscheiden**. Ihr steht ausschließlich die fachliche Entscheidung zu (wird ausgeführt.)

Anhaltspunkte dafür, dass die Bekl. eine willkürliche Auswahl unter den Winterdienstmaßnahmen vorgenommen hat, sind nicht ersichtlich. Ebenso **fehlen Anhaltspunkte für einen Ermessensfehl- oder Ermessensnichtgebrauch** (wird ausgeführt.)

Dasselbe gilt auch für die Frage der Streuweitenregulierung. Sofern diese regulierbar sei und deshalb reguliert werden müsse, wäre damit ein unverhältnismäßiger und der Bekl. nicht zumutbarer Aufwand verbunden. Gerade in historisch gewachsenen Orten entsprechen viele Straßen und Wege in ihrer Breite nicht den heutigen „Normen“. Wenn die Bediensteten der Bekl. für jede Straße die Streuweite exakt einzustellen hätten, würde ein unverhältnismäßiger Mehraufwand entstehen, der vor dem Hintergrund von § 9 SachsAnhStrG nicht eingefordert werden kann.“ (LG Magdeburg aaO)

EStG

Leiharbeitnehmer

SteuerR

§§ 9 V, 4 V 1 Nr. 5

keine regelmäßige Arbeitsstätte (BFH in NJW 2010, 3743; Urteil vom 17.06.2010 – VI R 35/08)

Ein **Leiharbeitnehmer verfügt typischerweise nicht über eine regelmäßige Arbeitsstätte** und kann daher **Verpflegungsmehraufwendungen** als Werbungskosten geltend machen.

I. **Tätigkeitsmittelpunkt** i.S. des § 4 V 1 Nr. 5 S. 2 EStG und **(regelmäßige) Arbeitsstätte** i.S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG ist jeweils **jede dauerhafte betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers**, der der Arbeitnehmer zugeordnet ist und die er nachhaltig, fortdauernd und immer wieder aufsucht. Das ist regelmäßig im Betrieb des Arbeitgebers oder im Zweigbetrieb der Fall, nicht aber bei der Tätigkeitsstätte in einer betrieblichen Einrichtung des Kunden des Arbeitgebers.

vgl. zuletzt BFHE 224, 111 = NJW 2009, 1532 = DStRE 2009, 1228; BFHE 228, 85 = DStR 2010, 640; BFHE 222, 391 = DStR 2008, 1873; BFHE 225, 449 = NJW 2009, 3183 = NZA-RR 2009, 599

1. Tätigkeitsmittelpunkt und regelmäßige Arbeitsstätte im vorgenannten Sinne sind dadurch gekennzeichnet, dass sich der **Arbeitnehmer** in unterschiedlicher Weise **auf die immer gleichen Wege einstellen** und so auf eine Minderung der Wegekosten etwa durch die Bildung von Fahrgemeinschaften, die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel und ggf. sogar durch die **entsprechende Wohnsitznahme** hinwirken kann. Für diesen Fall erweist sich die Regelung des § 9 I 3 Nr. 4 EStG als sachgerechte und folgerichtige Ausnahme vom objektiven Nettoprinzip (vgl. BFHE 209, 523 = DStRE 2005, 996 = NZA-RR 2006, 317; BFHE 224, 111 = NJW 2009, 1532).

2. Auf der **Grundlage** der gesetzlich angelegten und in der vorgenannten Weise gerechtfertigten Zweiteilung der Berücksichtigung von Erwerbsaufwendungen unterscheiden sich regelmäßige Arbeitsstätte/Tätigkeitsmittelpunkt von Auswärtstätigkeit nach der Rspr. des BFH nicht danach, ob der Arbeitnehmer aus einer **ex post-Betrachtung** tatsächlich an einem bestimmten Ort für längere Zeit tätig gewesen war, sondern danach, ob sich der Arbeitnehmer zu Beginn der jeweiligen Tätigkeit („ex ante“) darauf hatte einrichten können, dort dauerhaft tätig zu sein.

Deshalb hatte der BFH auch die Frage, ob eine Tätigkeitsstätte beim Kunden des Arbeitgebers eine regelmäßige Arbeitsstätte sein kann, verneint. Denn selbst dann, wenn der Arbeitnehmer jahrelang bei einem bestimmten Kunden seines Arbeitgebers tätig gewesen sein sollte, hatte sich der Arbeitnehmer darauf typischerweise nicht einstellen können.

- II. Gemessen daran liegt bei einem **Leiharbeitnehmer** eine **Auswärtstätigkeit** vor, die grds. zum Abzug erwerbsbedingter Verpflegungsmehraufwendungen berechtigt.

„Der Kl. kam weder an einer regelmäßigen Arbeitsstätte noch an einem Tätigkeitsmittelpunkt zum Einsatz: Der Kl. war im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit an jeweils verschiedenen Orten des Hafens von X. bei jeweils **unterschiedlichen Auftraggebern** seines Arbeitgebers tätig. Der Kl. ging seiner beruflichen Tätigkeit in keinen betrieblichen Einrichtungen seines Arbeitgebers, sondern jeweils in solchen der diversen Kunden seines Arbeitgebers nach. Und der Kl. konnte sich als Leiharbeitnehmer insbes. nicht darauf einrichten, an einem bestimmten Tätigkeitsmittelpunkt/regelmäßigen Arbeitsstätte **dauerhaft tätig** zu sein. Denn als Leiharbeitnehmer war er typischerweise stets bei Kunden seines Arbeitgebers tätig. Damit war es zwar nicht ausgeschlossen, dass der Kl. auch längerfristig an einer bestimmten Tätigkeitsstätte zum Einsatz hätte kommen können, dies war aber letztlich von der konkreten Ausgestaltung und Dauer der jeweiligen vertraglichen Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und dessen Kunden abhängig.“ (BFH aaO)

EStG	Handwerkerleistungen		RVG
§ 35a II 2	Steuerermäßigung bei Zusammenveranlagung von Ehegatten		
	(BFH in NJW 2011, 703; Urteil vom 29.07.2010 – VI R 60/09)		

Auch im Fall der **steuerlichen Zusammenveranlagung von Ehegatten** ist die **Steuerermäßigung** des § 35 a II 2 EStG bei mehreren von den Ehepartnern tatsächlich genutzten Wohnungen **auf den Höchstbetrag von 600 € begrenzt**.

- I. Nach § 35 a II 2 EStG „ermäßigt sich die tarifliche Einkommensteuer ... auf Antrag um 20%, höchstens 600 €, der Aufwendungen des Steuerpflichtigen“. Nach dem Wortlaut der Vorschrift wird die **Steuerermäßigung damit der Höhe nach begrenzt**, und zwar **unabhängig davon, ob die steuerbegünstigten Leistungen in einer oder in mehreren Wohnungen erbracht worden sind**. Für eine **mehrfache Inanspruchnahme** der Steuerermäßigung findet sich **kein Anhalt im Gesetz**.
- II. Eine **andere Betrachtung** ist **auch im Fall der Zusammenveranlagung von Ehegatten nicht geboten**.

„Da im Falle der Zusammenveranlagung von Ehegatten nach § 26 b EStG die Einkünfte, die die Ehegatten erzielt haben, zusammengerechnet, den Ehegatten gemeinsam zugerechnet und, soweit nichts anders vorgeschrieben ist, die Ehegatten sodann – z. B. für die Anwendung des § 35 a EStG – gemeinsam als Steuerpflichtiger behandelt werden (BFHE 211, 128 = NJW-RR 2006, 1010 m. w. Nachw.), wird zusammen veranlagten Ehegatten die Steuerermäßigung des § 35 a II 2 EStG nach dem insoweit klaren Wortlaut der Vorschrift nur einmal gewährt.“ (BFH aaO)

- III. Weder das **Ziel der Regelung des § 35 a EStG** noch der **systematische Zusammenhang der Vorschrift** rechtfertigen eine andere Auslegung.

1. Das **Ziel der gesetzl. Regelung**, die **Schwarzarbeit in den Privathaushalten zu bekämpfen** (vgl. BT-Dr 15/91, S. 19), zwingt nicht dazu, die Steuerermäßigung ohne betragsmäßige Begrenzung für jede Wohnung eines Steuerpflichtigen zu gewähren.

„Der Gesetzgeber ist nicht gehalten, bei steuerlichen Lenkungsnormen diese ohne jede Beschränkung auszugestalten. Aus der weitgehenden Gestaltungsfreiheit des Steuergesetzgebers folgt, dass es grundsätzlich in dessen Ermessen steht, ob und gegebenenfalls in welcher Form und in welchem Umfang steuerliche Erleichterungen gewährt werden sollen (vgl. z. B. BFHE 224, 261 = NJW 2009, 1837 m. w. Nachw.).“ (BFH aaO)

2. Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch den **systematischen Zusammenhang** des § 35 a II 2 EStG mit den Regelungen in § 26 a II 4 und § 35 a III EStG bestätigt.

„Da im Falle der Zusammenveranlagung von Ehegatten nach § 26 b EStG die **Steuerermäßigung – unabhängig von der Zahl der tatsächlich genutzten Wohnungen – nur einmal gewährt** wird, regelt § 26 a II 4 EStG flankierend, dass im Fall der getrennten Veranlagung von Ehegatten eine Aufteilung der Steuerermäßigung zu erfolgen hat. § 35 a III EStG sieht **das gleiche Ergebnis für Alleinstehende vor, die gemeinsam in einem Haushalt leben**.

Beide Regelungen wären nicht erforderlich, wenn einem Steuerpflichtigen – im Streitfall den zusammen veranlagten Ehegatten – den Höchstbetrag von 600 € für jede tatsächlich genutzte Wohnung gewähren würde.“ (BFH aaO)

3. Eine **Verdoppelung bzw. Vervielfältigung der Steuerermäßigung** im Wege der verfassungskonformen Auslegung des § 35 a II 2 EStG bei Ehegatten ist ebenfalls **nicht geboten**, insbes. ist **keine Benachteiligung der ehelichen Lebensgemeinschaft** durch die Begrenzung der Steuerermäßigung auf 600 € auch bei mehreren tatsächlich genutzten Wohnungen zu beklagen.

„Denn auch Alleinstehende, die gemeinsam in zwei Wohnungen wirtschaften, können die Höchstbeträge des § 35 a EStG ebenfalls nur einmal in Anspruch nehmen (§ 35 a III EStG). Damit ist allein die **gemeinsame Wirtschaftsführung am Ort oder den Orten der Leistungserbringung** i. S. des § 35 a II 2 EStG, nicht aber der Familienstand **entscheidend**.“ (BFH aaO)

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das?

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

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung

