



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

38. Jahrg.

Januar 2013

Heft 1

Aus dem Inhalt:

- LG Hamburg:** Dauer des Nutzungsausfalls nach Verkehrsunfall
- LG Stuttgart:** Voraussetzungen der Produkthaftung
- OLG Celle:** Selbstgefährdung bei illegalem Autorennen
- OVG Koblenz:** Anspruch auf baubehördliches Einschreiten
- BVerfG:** Beschleunigungsgrundsatz im Zwischenverfahren
- BGH:** Bindung der StA bei Verfahrensverständigung
- EuGH:** Anhörungspflicht im Verwaltungsverfahren



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR
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

Die Einführung der Rechtsmittelbelehrungspflicht im Zivilprozess.....	1
-----------------------------------------------------------------------	---

Brandaktuell

OLG Schleswig: Rücktritt nach Eigenreparatur (Mangel muss bei Rücktrittserklärung noch vorliegen).....	2
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

LG Hamburg: Nutzungsausfallentschädigung nach Unfall (auch bis zum Abschluss des Rechtsstreits).....	3
LG Stuttgart: Voraussetzungen der Produkthaftung (fehlerhafte Maschine).....	6

Strafrecht

KG: Beleidigung / Üble Nachrede (Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung).....	10
OLG Celle: Fahrlässige Tötung (Selbstgefährdung bei illegalem Autorennen).....	13

öffentl. Recht

OVG Koblenz: Anspruch auf baubehördliches Einschreiten (bei baurechtswidriger Nutzung).....	16
BVerfG: Ungleichbehandlung eingetragener Lebenspartnerschaften (beamtenrechtlicher Familienzuschlag).....	21

Kurzauslese I

BGH: Zahlungsverzugskündigung (Mietrückstand von weniger als 2 Monatsmieten).....	24
OLG Brandenburg: Fälligkeit des Werklohns (ohne Abnahme bei Geltendmachung von Mängeln).....	24
OLG München: Namensführung eines Einzelkaufmanns (Zulässigkeit der Verwendung eines Phantasienamens).....	25
OLG Celle: Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (fehlerhafte Belehrung als rechtswidrige Diensthandlung).....	25
LG Tübingen: Beleidigung (Titulierung einer Person als „Homosexueller“).....	25
BGH: Aussetzung (Unterlassungsdelikt).....	26
OLG Hamm: Untreue (gravierender Pflichtenverstoß).....	26
OVG Magdeburg: Entschädigungsanspruch (überlange Verfahrensdauer).....	27
VGH München: Baueinstellung (Instandhaltungsmaßnahmen).....	28
BVerwG: Rückforderung überzahlter Beträge (Billigkeitsentscheidung als Bestandteil der Rückforderungsentscheidung).....	28

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	neues Vorbringen in der Berufungsinstanz (erstmalige Relevanz).....	29
OLG Frankfurt:	Prüfungspflicht des Grundbuchamtes (Zustimmung des Ehegatten zur Grundstücksübertragung).....	32

Strafrecht

BVerfG:	Beschleunigungsgrundsatz (gilt auch für das Zwischenverfahren).....	35
---------	------------------------------------------------------------------------	----

öffentl. Recht

EuGH:	Pflicht zur Anhörung im Verwaltungsverfahren (auch bei Antrag auf subsidiären Schutz).....	38
-------	-----------------------------------------------------------------------------------------------	----

Kurzauslese II

AG Hannover:	Gewillkürte Prozesstandschaft (WEG-Verwalter).....	41
OLG Hamm:	Berufungsverfahren (Zulässigkeit neuen Vortrags nach berufungsgerichtlichem Hinweis).....	41
BGH:	Schriftsatzeingang bei Gericht (Eingang auf Telefax eines anderen Gerichts).....	41
BGH:	Vollstreckungsverbot (gilt auch für Verfahren der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung).....	42
KG:	Rechtsmittelverzicht (Unwirksamkeit wegen nicht ordnungsgemäßer Verteidigung).....	43
OLG Celle:	Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (präventiv polizeiliche Maßnahme des Erkennungsdienstes).....	43
BVerwG:	Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (Informationszugangsanspruch).....	44
OVG Bremen:	Rechtsbehelfsbelehrung (fehlender Hinweis auf elektronischen Rechtsverkehr).....	45
VGH Mannheim:	Berufung (Zulassung bei offensichtlicher Unrichtigkeit).....	46
VGH München:	Erledigungserklärung (Unzulässigkeit im Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren).....	47
OVG Münster:	Rechtswidrig unterbliebene Anhörung (Zulässigkeit der Heilung/Nachholung im erstinstanzlichen Klageverfahren).....	47

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

OLG München:	Anwaltliche Vergütungsvereinbarung (Zulässigkeit).....	47
OLG Hamm:	Einigungsgebühr (Teileinigung im Versorgungsausgleichsverfahren).....	47
LG Köln:	Prüfungsgebühr (Prüfung der Erfolgsaussicht einer Berufung).....	48
LG Potsdam:	Zusätzliche Verfahrensgebühr (Hauptverhandlung).....	49
OLG Köln:	Kopierkosten (Ablichtung der Verfahrensakte).....	49

Inhaltsverzeichnis

VGH München:	Streitwert (Sicherstellung eines Pkw).....	50
VGH Kassel:	Streitwert (Gesuch auf Informationszugang).....	50
OLG Köln:	Streitwert (förmliche Verbindung getrennt anhängig gemachter Verfahren).....	50
 Aus der Praxis		
LG Bielefeld:	Wettbewerbsverstoß (Zulässigkeit der Namensführung einer Sozietät).....	51
AGH NRW:	Wettbewerbsverstoß (zulässige Verwendung des Zusatzes „VorsorgeAnwalt“).....	51
LG Frankfurt a.M.:	Wettbewerbsverstoß (Fantasie-Fachanwaltstitel).....	52
BAG:	Abmahnung (Entfernung aus Personalakte).....	52
LG Saarbrücken:	Schuldanerkenntnis (nicht durch Teilzahlung des Haftpflichtversicherers).....	52
OLG Hamm:	Verfahrensmangel (unterbliebene Anhörung).....	53
 Steuern		
BVerfG:	Rückwirkende Änderung des Steuerrechts (Zulässigkeit).....	55
VGH Mannheim:	Gewerbsteuerbescheid (Rechtskraft).....	55
Weitere Schrifttumsnachweise		57

Aus der Gesetzgebung

Die Einführung der Rechtsmittelbelehrungspflicht im Zivilprozess

Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften v. 05.12.2012, In-Kraft-Treten i. W. am 01.01.2014 (BGBl. 2012, 2418)

I. Allgemeines

Anders als in anderen Verfahrensordnungen und im Verwaltungsverfahren waren **Rechtsbehelfsbelehrungen im Zivilprozess** einschließlich des Zwangsvollstreckungsverfahrens **bislang gesetzlich nicht vorgeschrieben**.

Um den **Rechtsschutz im Zivilprozess zu verbessern** und Bürgern die **fristgerechte Einlegung von Rechtsbehelfen zu erleichtern**, wird mit dem neuen Gesetz nunmehr die Rechtsbehelfsbelehrung auch im Zivilverfahren obligatorisch.

II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

1. Die Parteien müssen über **Form, Frist und zuständiges Gericht** für ein Rechtsmittel unterrichtet werden. Die Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung wird grds. auf Verfahren beschränkt, in denen die Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht vorgeschrieben ist, es sei denn, aufgrund der Verfahrenssituation ist die Beratung und Belehrung durch einen Anwalt nicht sichergestellt, was Versäumnisurteile und Beschlüsse im einstweiligen Rechtsschutz betrifft. Im Kostenrecht gilt eine generelle Belehrungspflicht, da hier die Interessen des Anwalts und seines Mandanten auseinanderfallen können. Die Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung gilt für alle anfechtbaren gerichtlichen Entscheidungen.

2. Der **neue § 232 ZPO** lautet wie folgt:

„Rechtsmittelbelehrung

Jede anfechtbare gerichtliche Entscheidung hat eine Belehrung über das statthafte Rechtsmittel, den Einspruch, den Widerspruch oder die Erinnerung sowie über das Gericht, bei dem der Rechtsbehelf einzulegen ist, über den Sitz des Gerichts und über die einzuhaltende Form und Frist zu enthalten. Dies gilt nicht in Verfahren, in denen sich die Parteien durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen, es sei denn, es ist über einen Einspruch oder Widerspruch zu belehren oder die Belehrung ist an einen Zeugen oder Sachverständigen zu richten. Über die Möglichkeit der Sprungrevision muss nicht belehrt werden.“

3. Für den Fall, dass **keine oder eine fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung** erfolgen sollte, wird **zukünftig vermutet**, dass die **Partei ohne ihr Verschulden verhindert** war, bestimmte **Fristen einzuhalten**.

Damit hat der Gesetzgeber für ein Versäumnis der Belehrungspflicht entsprechend § 17 FamFG die **Wiedereinsetzungslösung** gewählt, um zu verhindern, dass der Eintritt der Rechtskraft in Zivilprozessen von der Rechtsmittelbelehrung und deren Fehlerfreiheit abhängt.

Brandaktuell

BGB
§ 346 I

Rücktritt nach Eigenreparatur Mangel muss bei Rücktrittserklärung noch vorliegen

ZivilR

(OLG Schleswig <http://beck-aktuell.beck.de/node/1024364>; Urteil vom 21.12.2012, Az.: 3 U 22/12)

Fall: Der Kläger ersteigerte Anfang 2011 für 2.411 Euro einen 17 Jahre alten Mercedes Benz bei eBay. Der Verkäufer hatte den Wagen damit beworben, dass er 15 Jahre lang im Familienbesitz gewesen sei. Tatsächlich waren die beiden Vorbesitzer innerhalb der ersten 15 Jahre der Schwiegervater und der Schwiegersohn. Außerdem gab er an, dass die Vorglühanzeige defekte Glühkerzen anzeige und dass es, da es sich um einen Privatverkauf handele, keine Garantie und keine Rücknahme gebe. Der Kläger stellte nach dem Kauf fest, dass eines der Gewinde für die Glühkerzen am Zylinderkopf fachwidrig aufgebohrt war und ließ diesen Mangel im Februar 2011 für 500 Euro beseitigen. Im Oktober 2011 erklärte er dem Verkäufer, dass er vom Kaufvertrag zurücktrete. Als dieser sich weigerte, den Wagen gegen Rückzahlung des Kaufpreises und Erstattung der Reparaturkosten zurückzunehmen, zog der Kläger vor Gericht. Hat er einen Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises?

- I. Ein Anspruch des Klägers auf Rückerstattung des Kaufpreises könnte sich aus §§ 346 I, 323 I, 437 Nr. 3, 434 BGB ergeben.

Ein Kaufvertrag wurde zwischen den Parteien geschlossen, fraglich ist jedoch, ob das Fahrzeug bei Gefahrübergang mangelhaft war.

1. Angaben über die Vorbesitzer

Wegen der Angabe, das Fahrzeug sei 15 Jahre in Familienbesitz gewesen, obwohl Schwiegervater und Schwiegersohn die Vorbesitzer waren, könnte Mangelhaftigkeit anzunehmen sein.

„Der Verkäufer hat laut OLG auch über die Anzahl der Vorbesitzer keine falschen Angaben gemacht, indem er Familienbesitz behauptet hatte. Die beiden Vorbesitzer innerhalb der ersten 15 Jahre seien Schwiegervater und Schwiegersohn gewesen. Es sei noch vertretbar, bei Schwägerschaft in diesem Kernbereich einer Familie von Familienbesitz zu sprechen. Der Verkäufer habe nicht ausdrücklich behauptet, dass es sich um seine eigene Familie gehandelt habe. In diesem Sinne war seine Erklärung auch nicht eindeutig zu verstehen. Auch ein Vergleich des Datums der Erstzulassung März 1994 mit dem des Angebots Ende 2010 habe offenbart, dass der Pkw schon über einen längeren Zeitraum von fast 17 Jahren in Gebrauch war. Damit sei erkennbar gewesen, so das OLG, dass der 15-jährige Nutzungszeitraum des Familienbesitzes nicht den ganzen Nutzungszeitraum abdeckte. Wenn der Kläger insoweit an genauer Auskunft interessiert gewesen sei, hätte er nachfragen können.“ (OLG Schleswig aaO)

2. Zustand des Glühkerzengewindes

„Der Käufer habe keinen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages, befand das OLG. Denn zum Zeitpunkt seiner Rücktrittserklärung im Oktober 2011 sei der Kaufgegenstand nicht mangelhaft gewesen. Der Zylinderkopf sei zu diesem Zeitpunkt bereits repariert gewesen. Für die Beurteilung, ob ein den Rücktritt rechtfertigender Mangel vorliege, sei auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen. Der Käufer verhielte sich widersprüchlich, wenn er den Mangel beseitige und dann den Kaufvertrag wegen desselben Mangels, der nun aber nicht mehr vorliege, rückabwickeln möchte.“ (OLG Schleswig aaO)

II. Ersatz der Reparaturkosten

Der Kläger könnte aber nach § 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB Schadensersatz für die angefallenen Reparaturkosten verlangen. Dem könnte allerdings der vereinbarte Gewährleistungsausschluss entgegenstehen.

„Der Käufer könne auch nicht den Ersatz der Reparaturkosten verlangen, so das OLG weiter. Denn der Verkäufer habe die Gewährleistung im Kaufvertrag wirksam ausgeschlossen und hafte auch nicht aufgrund von arglistigen Verschweigens eines Mangels. Es sei ihm nicht nachzuweisen, dass ihm der Zustand des Glühkerzengewindes bekannt gewesen war. Dieser sei ohne Ausbau nicht erkennbar gewesen. Der Verkäufer habe den Wagen von dem Vorbesitzer selbst mit dem Hinweis auf eine defekte Vorglühanlage erworben, die die Fahrbereitschaft des Fahrzeugs allerdings nicht gehindert habe.“ (OLG Schleswig aaO)

III. Ergebnis

Der Kläger hat keine Gewährleistungsansprüche.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 249

Nutzungsausfallentschädigung nach Unfall auch bis zum Abschluss des Rechtsstreits

ZivilR

(LG Hamburg in NJW 2012, 3191; Urteil vom 30. 3. 2012 – 302 O 265/11)

1. Es ist anerkannt, dass der Eigentümer eines privat genutzten Pkw einen **Schadensersatzanspruch** hat, wenn ihm die **Nutzung des Fahrzeugs zeitweise unmöglich** gemacht wird.
2. Im Rahmen der Schadensminderungspflicht des § 254 II 1 BGB ist ein Geschädigter nur dann zu einer **Reparatur/Ersatzanschaffung** verpflichtet, wenn seine **finanziellen Verhältnisse** dies ohne weiteres zulassen.
3. Eine Pflicht zur Vorfinanzierung über ein Darlehen besteht grundsätzlich nicht. Eine solche Pflicht kommt **nur in Ausnahmefällen** in Betracht, etwa dann, wenn der Geschädigte sich den **Kredit ohne Schwierigkeiten beschaffen** kann und er durch die Rückzahlung nicht über seine wirtschaftlichen Verhältnisse hinaus belastet wird.
4. Die Höhe eines Nutzungsausfallanspruchs kann bei einer **überlangen Nutzungsausfalldauer nicht** nach der **Nutzungsausfalltabelle** von Sanden/Danner/Küppersbusch bestimmt werden, da diese nur einen kurzfristigen Nutzungsausfall zugrunde legt.
5. Bei längeren Nutzungsausfällen sind stattdessen die **Vorhaltekosten um einen angemessenen Betrag zu erhöhen**.

Fall: Der Kl. verlangt restlichen Schadensersatz, nämlich eine Nutzungsausfallentschädigung, auf Grund eines Verkehrsunfalls. Am 13.02.2010 wurde der erstmals im Januar 2003 zugelassene Mitsubishi-Carisma des Kl. bei einem Unfall auf der MP.-Straße in H. durch ein bei der Bekl. gegen Haftpflicht versichertes Fahrzeug beschädigt. Im Schadensgutachten des Kfz-Sachverständigenbüros vom 15.02.2010 wurde der Zustand des Mitsubishi als fahrbereit, aber nicht verkehrssicher beschrieben; die Reparaturkosten wurden unter Berücksichtigung des Nachtrags vom selben Tage auf 5653,93 Euro brutto und der Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs auf 5900 Euro brutto beziffert. Da die Bekl. den Schaden des Kl. nicht regulierte, erhob dieser unter dem 22.03.2010 Klage vor dem LG Hamburg (306 O 128/10). In jenem Prozess, in dem unter anderem auch um die Haftungsquote gestritten wurde, wurde ein Sachverständigengutachten eingeholt, um den Umfang des unfallbedingten Schadens und die Höhe desselben abzuklären. Der Sachverständige ermittelte einen Schaden in Höhe von 3.995,50 Euro. Diesen legte das Gericht seinem Urteil vom 01.04.2011 zu Grunde, in welchem es die Bekl. verurteilte, den unfallbedingten Schaden des Kl. vollen Umfangs zu ersetzen. Auf der Grundlage jenes Urteils bat der Prozessbevollmächtigte des Kl. die Bekl. mit Schreiben vom 11.04.2011 um Zahlung des vom LG zugesprochenen Geldbetrags. Dieser wurde dem Konto des Prozessbevollmächtigten des Kl. am 13.05. bzw. 16.05.2011 gutgeschrieben. Am 22. 6. 2011 erwarb der Kl. ein Ersatzfahrzeug zum Preis von 3.900 Euro. Der Kl. ist der Ansicht, die Bekl. müsse ihm für 494 Tage, nämlich für die Zeit vom 13.02.2010 bis zum 22.06.2011, eine Nutzungsausfallentschädigung von 17 290 Euro (35 Euro pro Tag) zahlen. Besteht hierauf ein Anspruch?

Die Haftung der Bekl. steht dem Grunde nach fest. Es geht um die Höhe des dem Kl. zustehenden Schadensersatzanspruchs im Hinblick auf die Nutzungsausfallentschädigung wegen Nichtnutzbarkeit eines Pkw.

I. Anspruch auf Nutzungsentschädigung

Grundsätzlich ist von der Schadensersatzpflicht des § 249 BGB auch der Ersatz des Nutzungsausfalles wegen Beschädigung einer Sache umfasst.

„Es ist anerkannt, dass der Eigentümer eines privat genutzten Pkw einen Schadensersatzanspruch hat, wenn ihm die Nutzung des Fahrzeugs zeitweise unmöglich gemacht wird. So lag es hier. Bei dem Verkehrsunfall vom 13.02.2010 ist der Mitsubishi des Kl. derart beschädigt worden, dass er zwar noch fahrbereit, aber nicht mehr verkehrssicher gewesen ist.“ (LG Hamburg aaO)

II. Nutzungswille

Der Anspruch auf Geltendmachung einer Nutzungsentschädigung setzt einen entsprechenden Nutzungswillen voraus. Ein solcher Wille ist bei dem Besitzer bzw. Halter eines Fahrzeugs generell zu unterstellen.

„Fraglich ist aber, ob dieser Nutzungswille nicht dadurch widerlegt worden ist, dass der Kl. sich nicht nach der Möglichkeit bzw. den Kosten einer **Notreparatur** des Mitsubishi erkundigt hatte, wie er bei seiner Anhörung eingeräumt hat. Es muss nämlich berücksichtigt werden, dass der Kl. seinen Wagen – wie sich aus der Anmerkung des Sachverständigen Dipl.-Ing. ... ergibt – noch im Februar 2010, also **ganz kurz nach dem Unfall veräußert** hat. Dazu hat er angegeben, in der Mitsubishi-Werkstatt habe man ihm gesagt, es liege ein **Totalschaden** vor. Das erscheint durchaus glaubhaft. Zwar ist im Schadensgutachten vom 15.02.2010 ein Reparaturfall angenommen worden. Aber unter Berücksichtigung des **Restwerts** des Fahrzeugs, der entsprechend dem vom Kl. erzielten Verkaufserlös mit mindestens 500 Euro in Ansatz zu bringen ist, war die **Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs** letztlich doch noch **ein wenig günstiger** als eine Reparatur des beschädigten Mitsubishi. Da der Kl. bei seiner Anhörung des Weiteren plausibel bekundet hat, er sei zunächst davon ausgegangen, die **Sache sei eindeutig**, da der **Unfallgegner ihm die Vorfahrt genommen** gehabt habe, ist es nicht zu beanstanden, sondern vielmehr verständlich, dass der Kl. seinen beschädigten Wagen schon kurz nach dem Unfall verkauft hat in der Erwartung, sich nach der Schadensregulierung alsbald ein Ersatzfahrzeug anschaffen zu können. Mit der **Verzögerung der Regulierung** musste der Kl. damals **nicht rechnen**. Die Konsequenz dessen war jedoch, dass ihm das beschädigte Fahrzeug nicht mehr zur Verfügung stand, so dass eine etwaige Notreparatur nicht mehr in Betracht kam.“ (LG Hamburg aaO)

Der Umstand, dass der Kläger keine Notreparatur hat vornehmen lassen, vermag daher den grundsätzlich anzunehmenden Nutzungswillen nicht zu widerlegen.

III. Dauer der Nutzungsentschädigung

Fraglich ist aber, ob der Kläger für die gesamte Dauer vom Tag des Unfalls am 13.02.2010 bis zum Kauf des Ersatzfahrzeugs im Juni Nutzungsentschädigung verlangen kann.

„Die Dauer der ersatzfähigen Nutzungsausfallzeit erstreckt sich vom Tage des Unfalls an, also vom 13.02.2010, bis zum 30.05.2011. Soweit der Kl. die Entschädigung bis zum Tage des Kaufs des Ersatzfahrzeugs im Juni 2011 geltend macht, ist ihm entgegenzuhalten, dass es ihm **möglich und zumutbar gewesen wäre, binnen 14 Tagen** nach der Kontogutschrift des vollen Schadensersatzbetrags am 16.05.2011 ein **Fahrzeug anzuschaffen**. Daraus folgt ein ersatzfähiger Nutzungsausfall für 472 Tage.“ (LG Hamburg aaO)

IV. Schadensminderungspflicht, § 254 BGB

Allerdings könnte der dem Kl. zustehende Betrag wegen eines Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht zu reduzieren sein, da der Nutzungsausfall ungewöhnlich lange andauert hat.

1. Verstoß gegen Schadensminderungspflicht wegen Länge des Nutzungsausfalls

Nach § 254 II 1 BGB kann ein Mitverschulden auch darin bestehen, dass der Beschädigte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern

Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht des § 254 II 1 BGB könnte darin bestehen, dass der Kl. nicht Maßnahmen ergriffen hat, um die Dauer des Nutzungsausfalls zu reduzieren, z.B. durch Vorleistung für die Anschaffungskosten eines neuen Fahrzeugs oder die Aufnahme eines Darlehens zu Finanzierung.

„Der Umstand, dass der Kl. sich erst nach der Zahlung des Schadensersatzbetrags ein Ersatzfahrzeug angeschafft hat, ist darauf zurückzuführen, dass seine **finanziellen Verhältnisse** im fraglichen Zeitraum **nur sehr beschränkt** gewesen sind. Ausweislich der als Anlagenkonvolut eingereichten Verdienstbescheinigungen belief sich sein Einkommen seinerzeit auf **durchschnittlich rund 1280 Euro netto pro Monat**. Davon musste er nicht nur seinen eigenen Lebensunterhalt bestreiten, sondern auch den Unterhalt für seine im Jahre 2005 geborene Tochter zahlen. Darüber hinaus bestand eine Darlehensverbindlichkeit gegenüber dem Vater. So ergibt sich aus den eingereichten Kontoauszügen denn auch nicht, dass der Kl. im fraglichen Zeitraum **jedem in der Lage gewesen wäre, einen dem bei dem Unfall vom 13.02.2010 beschädigten Mitsubishi vergleichbaren Wagen erwerben zu können**, für den er den Angaben des Schadensgutachters zufolge 5900 Euro brutto hätte zahlen müssen. Nicht einmal die letztlich tatsächlich aufgewendeten 3900 Euro hat der Kl. vor der Zahlung durch die Bekl. zum Erwerb eines Ersatzfahrzeugs zur Verfügung gehabt. Das behauptet denn auch nicht einmal die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Bekl.

Der Kl. war auch **nicht verpflichtet, einen Kredit aufzunehmen**, um ein Ersatzfahrzeug vorfinanzieren zu können. Eine solche Pflicht kommt **nur in Ausnahmefällen** in Betracht, etwa dann, wenn der Geschädigte sich den **Kredit ohne Schwierigkeiten beschaffen** kann und er durch die Rückzahlung nicht über seine wirtschaftlichen Verhältnisse hinaus belastet wird (vgl. BGH, NJW 2002, 2553 [2555]; NJW-RR 226, 394 [397]). Davon kann hier jedoch auf Grund der beschriebenen finanziellen Verhältnisse des Kl. nicht ausgegangen werden.“ (LG Hamburg aaO)

2. Verstoß gegen Schadensminderungspflicht wegen fehlendem Hinweis auf Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens (§ 254 II 1 BGB)

Nach § 254 II 1 BGB kann ein Mitverschulden auch darin bestehen, dass der Beschädigte es unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste. Ein Nutzungsausfall über einen so langen Zeitraum wie im vorliegenden Fall kann ohne weiteres als ungewöhnlich hoher Schaden angesehen werden. Der Kl. hat die Bekl. aber auf die Gefahr eines solchen hingewiesen.

*„Schließlich hat die Beweisaufnahme ergeben, dass der Prozessbevollmächtigte des Kl. die Bekl. bereits bei einem Telefonat am 01.03.2010 darauf hingewiesen hatte, dass sein Mandant auf eine schnelle Regulierung des Schadens angewiesen sei, weil er sich ein **Ersatzfahrzeug mit eigenen Mitteln nicht leisten könne**. So hat es jener bei seiner Vernehmung als Zeuge glaubhaft ausgesagt. Der Umstand, dass sich in den Unterlagen der Bekl. offenbar keine entsprechenden Notizen finden, schränkt die Glaubhaftigkeit der Aussage nicht ein, sondern belegt lediglich, dass diese den Hinweis nicht hinreichend ernst genommen hat. Das schließt die Kammer nicht zuletzt daraus, dass derselbe Hinweis ausweislich des Schreibens des Prozessbevollmächtigten der Bekl. vom 04.11.2010 auch in der mündlichen Verhandlung vor der Zivilkammer 6 am 12.10.2010 gegeben worden ist, ohne dass die Bekl. daraufhin eine Vorschussleistung erbracht hat.“* (LG Hamburg aaO)

Es liegt somit kein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht des § 254 II 1 BGB vor.

V. Höhe der Nutzungsausfallentschädigung

Hinsichtlich der Höhe des Nutzungsausfallschadens kommt es darauf an, ob der Kl. für die anerkannten 472 Tage einen Nutzungsausfall von 35 Euro pro Tag verlangen kann. Grundsätzlich entspricht dieser Betrag der Fahrzeuggruppe C der Nutzungsausfalltabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch, dem der Mitsubishi Carisma des Klägers altersbedingt zuzuordnen ist. Fraglich ist jedoch, ob auch bei einer langen Nutzungsausfalldauer diese Pauschätze angemessen erscheinen.

*„Es muss nämlich berücksichtigt werden, dass die in der genannten Tabelle ausgewiesenen Nutzungsausfallentschädigungen letztlich diejenigen Kosten wiedergeben, die bei der **kurzzeitigen Anmietung eines entsprechenden Fahrzeugs** anfallen. Geht es aber wie hier um einen außergewöhnlich langen Entzug der Gebrauchsfähigkeit eines Wagens, müssen **deutlich geringere Kosten** in Ansatz gebracht werden, um hierfür einen angemessenen Ausgleich zu finden (so auch OLG Dresden, Urt. v. 30. 6. 2010 – 7 U 313/10, BeckRS 2011, 16655; OLG Karlsruhe, NZM 1999, 668). Dabei erscheint es bei einer so ungewöhnlich langen Nutzungsausfalldauer wie der vorliegend in Frage stehenden von 472 Tagen sachgerecht, im Ausgangspunkt von den in der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch ausgewiesenen **Vorhaltekosten** auszugehen (so auch OLG Dresden, Urt. v. 30. 6. 2010 – 7 U 313/10, BeckRS 2011, 16655; OLG Karlsruhe, NZM 1999, 668). Diese beliefen sich im Jahre 2010 für ein Fahrzeug der NAE-Gruppe C auf 9,54 Euro pro Tag. Zur Ermittlung einer angemessenen Nutzungsausfallentschädigung erscheint es jedoch vorliegend angemessen, einen **Zuschlag auf die Vorhaltekosten** vorzunehmen und pro Tag einen Nutzungsausfallschaden von 14,50 Euro zu Grunde zu legen. Daraus folgt für 472 Tage ein Schadensersatzanspruch von 6844 Euro.“* (LG Hamburg aaO)

VI. Ergebnis

Der Kl. hat gegen die Beklagten einen Anspruch in Höhe von 6844 Euro Nutzungsausfallentschädigung für 472 Tage.

ProhaftG
§§ 1, 3, 6, 8

Voraussetzungen der Produkthaftung fehlerhafte Maschine

ZivilR

(LG Stuttgart in NJW-RR 2012, 1169; Urteil vom 10.04.2012 – 26 O 466/10)

1. Der Hersteller von Maschinen mit großem Gefährdungspotenzial ist bereits **im Rahmen der Konstruktion** seines Produktes gehalten, im Rahmen des ihm Zumutbaren **alle Gefahren abzuwenden**, die sich aus der Benutzung ergeben können
2. Die **Untergrenze dieses Sicherheitsniveaus** wird in der Regel von den **anerkannten Regeln der Technik** bestimmt, die den Mindeststandard darstellen, bei dessen Nichteinhaltung im allgemeinen von einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht des Herstellers auszugehen ist
3. Steht fest, dass das Produkt zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens fehlerhaft war, ist es **Sache des Herstellers, den Sachverhalt aufzuklären** und gegebenenfalls die Folgen einer Beweislosigkeit zu tragen, weil dieser die Produktionssphäre überblickt und den Konstruktionsprozess selbst durchführt. Es ist daher eine **Beweislastumkehr** anzunehmen.
4. Der Hersteller einer Maschine muss er sich auf solche Handhabungen im Umgang mit der Maschine und auf solche Gefahren einstellen, mit denen er nach der Lebenserfahrung rechnen muss. Er muss daher auch **mit Unvorsichtigkeiten** rechnen, die erfahrungsgemäß nicht selten vorkommen und muss daher die Maschine dementsprechend konstruieren und gegebenenfalls mit **Schutzvorrichtungen** versehen

Fall: Die Kl. macht aus übergegangenem Recht Schadensersatzansprüche gegen die Bekl. geltend. Die Bekl. ist ein Maschinenbauunternehmen und stellt unter anderem Fenster- und Futterstoffeinklebemaschinen her. Eine solche Maschine, mit dem Typ F hatte die Bekl. auch im Jahr 2006 hergestellt und noch im selben Jahr an die Firma P-GmbH in G. geliefert. Für die Maschine hatte die Bekl. eine EG-Konformitätserklärung vom 16.08.2006 abgegeben, wonach die Maschine unter anderem der Maschinenrichtlinie 98/37/EG und der europäischen Norm EN 1010 entsprechen sollte. Am 12.10.2006 erlitt der Zeuge M, der bei der Firma P-GmbH beschäftigt war, einen Arbeitsunfall. Die Kl. war die für die Firma P-GmbH zuständige Berufsgenossenschaft, so dass sie als gesetzlicher Unfallversicherer für den Zeugen M Zahlungen in Höhe von 10.234,47 Euro leistete (Behandlungskosten und Verletztengeld). Die Kl. trägt vor, dass der Zeuge M den Unfall erlitten habe, als er am 12.10.2006 die Fenster- und Futterstoffeinklebemaschinen reinigen wollte. Dem Zeugen M sei bei den Reinigungsarbeiten ein Lappen auf das so genannte Mitnahmeband gefallen; als der Zeuge reflexartig nach dem Lappen gegriffen habe, sei seine rechte Hand von dem Mitnahmeband der Maschine, das in die Walze einläuft, eingezogen und dabei erheblich verletzt, gequetscht, worden.

Die Kl. macht geltend, dass der Unfall durch eine fehlerhafte Konstruktion der Fenster- und Futterstoffeinklebemaschine der Bekl. verursacht worden sei und beantragt, die Bekl. zu verurteilen, an die Kl. 6.822,91 Euro nebst Zinsen zu zahlen. Hat die Kl. hierauf einen Anspruch?

A. Anspruch aus §§ 1, 8 ProdHaftG i. V. mit § 116 SGB X

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Ersatz der von dieser verauslagten Behandlungskosten und Verletztengeld in Höhe von 6.822,91 Euro nebst Zinsen gem. §§ 1, 8 ProdHaftG i. V. mit § 116 SGB X haben. Der Übergangstatbestand des § 116 SGB X liegt ohne weiteres vor, so dass sich nur die Frage stellt, ob ein übergangsfähiger Anspruch des M gegen die Bekl. vorliegt.

I. Maschine als Produkt, § 2 ProdHaftG

Produkt im Sinne des § 2 ProdHaftG ist jede bewegliche Sache, auch wenn sie einen Teil einer anderen beweglichen Sache oder einer unbeweglichen Sache bildet, sowie Elektrizität. In diesem Sinne ist die fragliche Maschine ein dem ProdHaftG unterfallende Produkt.

II. Hersteller des Produkts, § 4 ProdHaftG

Der Bekl. müsste auch Hersteller des Produkts im Sinne von § 4 ProdHaftG sein. Nach § 4 I 1 ProdHaftG ist Hersteller jedenfalls, wer das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat, so dass der Bekl. nach diesem Verständnis ohne weiteres Hersteller im Sinne des ProdHaftG ist.

III. Fehlerhaftigkeit i.S.d. § 3 ProdHaftG

Die Maschine müsste auch fehlerhaft im Sinne des § 3 ProdHaftG sein. Ein Fehler liegt vor, wenn das Produkt nicht die Sicherheit bietet, die berechtigterweise erwartet werden kann. Maßgebender Zeitpunkt ist der des Inverkehrbringens.

Der Zeuge M hat einen Unfall an der von der Bekl. hergestellten Maschine erlitten, bei dem seine Hand über das Laufband der Maschine in die Walze gezogen wurde, wodurch er die Quetschung an seiner rechten Hand erlitten hatte.

Er hat zur Reinigung des Laufrads und des Zylinders die Türe geöffnet, mit einer Hand sauber gemacht und mit der anderen Hand den Knopf (Kippschalter) gedrückt, um das Band für den Reinigungsbetrieb am Laufen zu halten. Ihm ist dann der Lappen zwischen Laufband und Walze gefallen, nach dem er dann reflexartig griff, so dass es seine Hand zusammen mit dem Lappen in die Walze gezogen habe. Fraglich ist jedoch, ob dies auf eine Fehlerhaftigkeit der Maschine zurückzuführen ist.

1. Begriff des Konstruktionsfehlers

„Der Hersteller von Maschinen, zumal solchen mit großem Gefährdungspotenzial, ist bereits **im Rahmen der Konstruktion** seines Produktes gehalten, im Rahmen des ihm Zumutbaren **alle Gefahren abzuwenden**, die sich aus der Benutzung ergeben können. Er muss mithin diejenigen Maßnahmen ergreifen, die im konkreten Fall zur Vermeidung von Gefahren erforderlich und zumutbar sind. Dabei ist für die **Produktsicherheit** in erster Linie die **durchschnittliche Erwartung derjenigen Verbraucher maßgebend, für die das Produkt bestimmt ist**, daneben aber auch das Sicherheitsniveau, das nach dem jeweiligen Erkenntnisstand von Wissenschaft und Technik möglich und zumutbar ist. Die **Untergrenze dieses Sicherheitsniveaus** wird in der Regel von den **anerkannten Regeln der Technik** bestimmt, die den Mindeststandard darstellen, bei dessen Nichteinhaltung im allgemeinen von einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht des Herstellers auszugehen ist (BGH, NJW 1994, 3349; OLG Karlsruhe, VersR 2003, 1584 = BeckRS 2001, 15356; OLG Düsseldorf, NJW 1997, 2333).“ (LG Stuttgart aaO)

2. Maßstab für die anerkannten Regeln der Technik

Die anerkannten Regeln der Technik sind im vorliegenden Fall in der einschlägigen Maschinenrichtlinie 98/37/EG, die über das Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (vormals ProdSG und GSG) in deutsches Recht transformiert wurde und die hierdurch unmittelbare Geltung entfalten, festgelegt. Die Bekl. hatte zudem durch eine entsprechende Konformitätserklärung zugesichert, diese Vorgaben einzuhalten. Fraglich ist, ob dies der Fall war.

„Der Sachverständige führte zunächst aus, dass für die fragliche Maschine seitens der Bekl.

- **keinerlei Gefährdungs- und Risikoanalyse durchgeführt** worden sei und
- **kein Sicherheitskonzept** erstellt worden sei. Weiter lägen
- **keine Prüfprotokolle** vor, aus denen sich die einwandfreie Funktion der Maschine bei Übergabe ergebe. Auch die
- **Betriebsanleitung** weise nur **unzureichend** auf die an der Maschine bestehenden Gefahren und die damit verbundenen erforderlichen Verhaltensweisen hin.

Er führte aus, dass bei der Maschine der Bekl. schlichtweg **keine sichere Überwachung der Bandgeschwindigkeit** vorhanden war. [wird ausgeführt]. Hinzu komme, dass die Ausgestaltung der Funktion des Türschalters, der bei offener Türe einen Betrieb der Maschine lediglich im Tipp-Betrieb gewährleisten soll, zwar für sich betrachtet ausreichend konstruiert gewesen sei, jedoch im Zusammenhang mit der unzureichenden Überwachung der Bandgeschwindigkeit wiederum den **Sicherheitsanforderungen nicht entsprochen** habe.

Weiter habe die Maschine den **einschlägigen Sicherheitsvorschriften widersprochen**. [wird ausgeführt]. Auf Grund der so festgestellten Abweichungen sei auch die Konformitätserklärung der Bekl. nicht erfüllt, da die in dieser genannten Normen von der Bekl. gerade nicht beachtet worden seien.“ (LG Stuttgart aaO)

3. Fehlerhaftigkeit der Maschine

Insofern war die von der Bekl. hergestellte Maschine auf Grund der unzureichenden Überwachung der Geschwindigkeit im Einrichtebetrieb fehlerhaft i. S. des § 3 ProdHaftG.

„Denn sie **ermöglichte nach dem Stand von Wissenschaft und Technik**, der durch die einschlägige Maschinenrichtlinie und die genannten EC-Normen im Sinne eines Mindeststandards konkretisiert

wird, **keine gefahrlose Verwendung**. Es bedarf keiner näheren Ausführungen, dass es ein wesentliches Gefährdungspotenzial für den jeweiligen Bediener einer solchen Maschine darstellt, wenn nicht gewährleistet ist, dass die Bandgeschwindigkeit im Tipp-Betrieb, also dem Betriebszustand, in dem bestimmungsgemäß mit den Händen in die Maschine gegriffen wird, zuverlässig langsam ist, um gerade Gefahren wie derjenigen, der der Zeuge M begegnet ist, auszuschließen.“ (LG Stuttgart aaO)

4. im Zeitpunkt des Inverkehrbringens, § 3 I c) ProdHaftG

Der Konstruktionsfehler muss auch schon im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden gewesen sein. Entwicklungen in Wissenschaft und Technik, die nach der Auslieferung dazu führen, dass Gefahren reduziert werden können, können nicht zur Begründung eines Konstruktionsfehlers herangezogen werden.

„Die so vom Sachverständigen festgestellte – grundsätzliche – Fehlerhaftigkeit der Maschine bestand auch bereits **zum Zeitpunkt der Übergabe der Maschine** seitens der Bekl. an die Firma P-GmbH, also zur Zeit des Inverkehrbringens, ohne dass es an dieser Stelle darauf ankommt, mit welcher Bandgeschwindigkeit die Maschine im Tipp-Betrieb zu diesem Zeitpunkt tatsächlich gelaufen ist.“ (LG Stuttgart aaO)

IV. Ausschluss der Haftung nach § 1 II ProdHaftG

Ein Haftungsausschluss nach § 1II ProdHaftG kommt nicht in Betracht.

„Das Inverkehrbringen der mit Sicherheitsmängeln behafteten Maschine durch die Bekl. war – mindestens – fahrlässig. Der Bekl. mussten die **einschlägigen Sicherheitsnormen bekannt gewesen sein**, zumal sie diese im Einzelnen in der von ihr abgegebenen Konformitätserklärung aufgeführt hatte.“ (LG Stuttgart aaO)

V. Kausalität der Fehlerhaftigkeit für den eingetretenen Körperschaden, § 1 I 1 ProdHaftG

Der Schaden muss nach § 1 I 1 ProdHaftG durch den Fehler eingetreten sein. Regelmäßig hat derjenige, der einen Schadensersatzanspruch aus einem Produktfehler herleiten will, neben dem Fehler als solchem auch dessen Ursächlichkeit für den eingetretenen Schaden darzulegen und zu beweisen. Diesen Beweis hat M hier nicht geführt. Allerdings hat sich die aus dem Verstoß gegen die Sicherheitsvorschriften resultierende Gefährdung gerade in dem Unfallgeschehen realisiert. Dies könnte zu einer Beweislastumkehr führen.

„[Steht] fest, dass das Produkt zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens fehlerhaft war, ist es **Sache des Herstellers, den Sachverhalt aufzuklären** und gegebenenfalls die Folgen einer Beweislosigkeit zu tragen, weil dieser die Produktionssphäre überblickt und den Konstruktionsprozess selbst durchführt (LG Berlin, Urt. v. 08.11.2007 – 31 O 135/05, BeckRS 2008, 09725 m. w. Nachw.). Dies muss vorliegend **umso mehr** gelten, als dass es die Bekl. nach den Feststellungen des Sachverständigen **unterlassen hatte, jedwelche Risiko- und Gefährdungsanalyse für die Maschine durchzuführen**, deren Sicherheit mithin nicht überprüft hatte, den betriebssicheren Zustand der Maschine zudem nicht dokumentiert hatte, jedoch durch Abgabe der Konformitätserklärung vorgegeben hatte, dass sie all diese Maßnahmen vorgenommen habe.

Ein solches Verhalten ist innerhalb der Haftung für einen Konstruktionsfehler durchaus gleichzusetzen mit der Rechtsprechung des BGH zur Umkehr der Beweislast bei Verletzung der **Befundspflicht bei einem Fabrikationsfehler** (vgl. BGHZ 104, 323 = NJW 1988, 2611; BGHZ 127, 320 = NJW 1995, 528). Der BGH hatte hierzu ausgeführt, dass dem Geschädigten eine Beweiserleichterung dann zu Gute komme, wenn das **fragliche Produkt erhebliche Risiken für den Verbraucher** in sich trage, die in der Herstellung geradezu angelegt seien und deren **Beherrschung** deshalb einen **Schwerpunkt des Produktionshergangs** darstellte, und der Hersteller seiner Pflicht zur so genannten Statussicherung nicht hinreichend nachgekommen sei, wobei es um die Durchführung der Qualitätskontrolle an sich, nicht auf die Auferlegung einer Beweiserhaltungs- oder Dokumentationspflicht gehe.

Stellt, wie vorliegend, die Bekl. eine Maschine her, ohne entsprechend der einschlägigen Normen eine Gefährdungs- und Risikoanalyse durchzuführen, die gerade der Abwehr der durch die Konstruktion der Maschine bedingten Risiken und Gefahren dienen soll, liegt auf der Hand, dass eine solche Maschine erhebliche Gefahren für den Verbraucher in sich trägt und muss sich dies im Falle von Beweisschwierigkeiten betreffend die Sicherheit der Maschine zu Lasten der Bekl. auswirken.

Dies führt in vorliegendem Fall dazu, dass sich die **Beweislast** zu Gunsten der Kl. dahingehend **umkehrt**, dass die Bekl. nachzuweisen hat, dass ihr **Konstruktionsfehler** der mangelnden Überwachung der Bandgeschwindigkeit für das Unfallgeschehen **nicht ursächlich** war (LG Berlin, Urt. v. 08.11.2007 – 31 O 135/05, BeckRS 2008, 09725 m. w. Nachw.; Staudinger/Oechsler, Neubearb. 2009, § 1 ProdHaftG Rn. 163 m. w. Nachw.).“ (LG Stuttgart aaO)

Die Bekl. konnte nicht nachweisen, dass ihr Konstruktionsfehler der mangelhaften Überwachung der Bandgeschwindigkeit nicht unfallursächlich war. Daher ist von der Kausalität des Konstruktionsfehlers für den eingetretenen Schaden auszugehen.

VI. Mitverschulden des M

Allerdings könnte sich M ein Mitverschulden nach § 6 I ProdHaftG i. V. mit § 254 BGB anrechnen lassen müssen. Dies ist jedoch in Höhe von 1/3 bereits bei Bezifferung der Klage geschehen.

„Ein **höheres Mitverschulden** sieht das Gericht entgegen der Auffassung der Bekl. **nicht** (s. zu vergleichbaren Fällen auch LG Düsseldorf, NJW-RR 2006, 1033: 1/3; OLG Bremen, VersR 2004, 207: 20%).

Der Hersteller einer Maschine ist zum einen dafür verantwortlich, dass sie niemanden gefährdet, der sie mit verkehrsüblicher Sorgfalt bedient oder mit ihr in Berührung tritt. Zum anderen muss er sich aber auch auf solche Handhabungen im Umgang mit der Maschine und auf solche Gefahren einstellen, mit denen er nach der Lebenserfahrung rechnen muss. Er muss daher **auch mit Unvorsichtigkeiten rechnen**, die erfahrungsgemäß **nicht selten vorkommen** und muss daher die Maschine dementsprechend konstruieren und gegebenenfalls mit **Schutzvorrichtungen versehen** (BGH, BB 1972, 13 = BeckRS 1971, 30378624; LG Düsseldorf, NJW-RR 2006, 1033).“ (LG Stuttgart aaO)

Dass die Maschine gereinigt werden konnte, war gerade vorgesehen; Gefahren wie derjenigen, dass jemand mit der Hand in das Laufband gerät und diese eingezogen wird, soll durch die verlangsamte Geschwindigkeit im Tipp-Betrieb gerade vorgebeugt werden. Hierbei handelt es sich um ein – durchaus nicht unübliches – Augenblicksversagen, wie es dem Zeugen M unterlaufen ist.

„Natürlich ist es unsinnig, die eigene Gesundheit für einen wertlosen Lappen in Gefahr zu bringen. Es entspricht aber andererseits menschlicher Natur, dass, wenn etwas herunterfällt, man spontan versucht, diesen Gegenstand aufzufangen und daher danach greift, gegebenenfalls bevor klar wird, was man da eigentlich macht. Insofern ist das Verhalten des Zeugen M nicht als grobes Verschulden gegen sich selbst zu werten, sondern eben als reines Augenblicksversagen. **Gerade solchen Fehlreaktionen** sollen **Schutzmechanismen** an derartigen Maschinen aber auch **entgegenwirken**.“ (LG Stuttgart aaO)

Das Mitverschulden ist daher mit 1/3 hinreichend bemessen, so dass die Kl. von der Bekl. den Ersatz des Schadens aus übergegangenem Recht nach §§ 1, 8 ProdHaftG i.V.m. § 116 SGB X verlangen kann.

B. Anspruch aus §§ 823 I, II BGB i. V. mit § 4 GPSG, § 116 SGB X

Ein Anspruch könnte sich zudem auch aus §§ 823 I, II BGB i. V. mit § 4 GPSG, § 116 SGB X ergeben.

„§ 4 GPSG ist **Schutzgesetz** i. S. des § 823 II BGB (Spindler, in: Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, Stand: 1. 3. 2011, § 823 Rn. 522). Dies hat zur Folge, dass, selbst wenn bei Anwendung des Produkthaftungsgesetzes eine Umkehr der Beweislast in Bezug auf die haftungsbegründende Kausalität generell ausgeschlossen wäre, die Bekl. aus unerlaubter Handlung haftete, da eine solche **Beweislastumkehr jedenfalls im Rahmen der Haftung nach §§ 823 I, II BGB anzunehmen** wäre.

Nach **höchstrichterlicher Rechtsprechung** ist anerkannt, dass, wenn der vom Verletzten in Anspruch Genommene gegen ein Schutzgesetz verstoßen hat, das typischen **Gefährdungsmöglichkeiten entgegenwirken** soll, und im Zusammenhang mit dem Verstoß gerade derjenige Schaden eingetreten ist, der mit Hilfe des Schutzgesetzes verhindert werden sollte, der Beweis des ersten Anscheins dafür spricht, dass der Verstoß für den Schadenseintritt ursächlich war (vgl. nur BGH, NJW 1994, 945; m. zahlr. Nachw.).

Gleiches gilt, wenn lediglich auf § 823 I BGB abgestellt würde, für die **Verletzung von Verkehrssicherungspflichten**, nachdem das Inverkehrbringen eines fehlerhaften Produktes einen Unterfall der Verkehrssicherungspflichtverletzung darstellt (Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., § 823 Rn. 169). Auch hier ist die Anwendung des **Anscheinsbeweises** geboten, wenn die Verkehrssicherungspflicht, genau wie Schutzgesetz und Unfallverhütungsvorschriften, durch genaue Verhaltensanweisungen typischen Gefährdungen entgegenwirken soll und sich in dem Schadensereignis gerade diejenige Gefahr verwirklicht, der durch die Auferlegung der konkreten Verhaltenspflicht begegnet werden soll (BGH, NJW 1994, 954).

Die Bekl. hat bei der Konstruktion ihrer Maschine genau gegen die Sicherheitsvorschriften verstoßen, die die Entstehung von Verletzungen, wie diejenigen, die der Zeuge M erlitten hat, ausschließen oder wenigstens minimieren sollten.“ (LG Stuttgart aaO)

Nachdem die Bekl. (siehe oben) schuldhaft handelte, ist sie auch nach deliktischen Haftungsgrundlagen zum Ersatz der von der Kl. aus übergegangenem Recht geltend gemachten Schäden verpflichtet.

C. Ergebnis

Die Kl. hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Ersatz der von dieser verauslagten Behandlungskosten und Verletztengeld in Höhe von 6822,91 Euro nebst Zinsen gem. §§ 1, 8 ProdHaftG i. V. mit § 116 SGB X sowie aus §§ 823 I, II BGB i. V. mit § 4 GPSG, § 116 SGB X.

StGB

Beleidigung / Üble Nachrede

StGB

§§ 185, 186

Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung

(KG in NSTZ-RR 2013, 8; Beschluss vom 30.04.2012 – (4) 161 Ss 80/12 104/12)

1. Eine **Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil** ist **erforderlich, weil** diese **unterschiedlichen Grenzen** unterliegen. Ein Werturteil liegt auch dann vor, wenn der tatsächliche Gehalt der Äußerung so substanzarm ist, dass er, mag der Tatsachenkern auch erkennbar sein, gegenüber der subjektiven Wertung völlig in den Hintergrund tritt.
2. **Maßgebend für Inhalt und Bedeutung einer Aussage** ist der Sinn, den sie nach dem **Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums** hat. Dabei sind alle Umstände der Äußerung in Betracht zu ziehen.

Bei mehreren Deutungsmöglichkeiten ist das Gericht gehalten, andere mögliche Deutungen, die nicht völlig fern liegen, mit schlüssigen Argumenten auszuschließen, bevor es die zur Verurteilung führende Bedeutung zu Grunde legt.

Fall: Der Angekl. hat, um seinen politischen Ansichten Ausdruck zu verleihen, Anfang 2009 als Domaininhaber die Internetseite „ex-k3-berlin.de“ eingerichtet, in der er vorrangig Personen mit „rechtem Gedankengut“ angesprochen, aber auch kritische Beiträge eingestellt hat. Als administrativ und redaktionell Verantwortlicher hat er auf jener Internetseite einen Artikel folgenden Inhalts eingestellt:

„Weiter ging es dann Richtung S-Bahnhof Jannowitzbrücke, in den angeblichen roten Bezirk Friedrichshain. Richtiger Protest war an der Strecke allerdings kaum zu sehen. Der Widerstand setzte sich hauptsächlich aus Alkoholikern, Piratenpartei-Anhängern, Ausländern und Berufsantifaschisten wie z.B. T, Z, J, W, D, A und B zusammen“.

Der Angekl. könnte sich nach **§§ 186, 185 StGB** strafbar gemacht haben.

Dies setzt voraus, dass die **Verwendung der Bezeichnung „Alkoholiker“** eine **Tatsachenbehauptung i. S. des § 186 StGB** darstellt.

- I. **Für nicht durch Tatsachen belegte Werturteile** und allgemein gehaltene Werturteile **gilt ausschließlich § 185 StGB.**

Ein **Werturteil liegt** auch dann **vor, wenn der tatsächliche Gehalt der Äußerung** – wofür bei einer allgemein gehaltenen und wertenden Bezeichnung wie „Alkoholiker“ einiges spricht – so **substanzarm** ist, dass er, mag der Tatsachenkern auch erkennbar sein, gegenüber der subjektiven Wertung völlig in den Hintergrund tritt (vgl. BVerfGE 61, 1 = NJW 1983, 1415; OLG Hamburg NJW 1992, 2035).

Ist eine Beurteilung nicht offenkundig, ist sie auch deswegen zu begründen, weil **Tatsachenbehauptungen und Werturteile unterschiedlichen Grenzen** unterliegen.

Legt der Tatrichter eine Äußerung als Tatsachenbehauptung aus, so hat er, wenn die Qualifizierung nicht eindeutig ist, im Hinblick auf die **unterschiedliche Reichweite des Grundrechts der freien Meinungsäußerung** bei der Verbreitung von Meinungen und Tatsachenbehauptungen die für die vorgenommene Auslegung maßgeblichen Umstände anzugeben (vgl. BayObLG, NJW 1995, 2501).

Während eine Meinungskundgabe unter dem besonderen Schutz des Art. 5 I 1 GG steht, hängt die **Zulässigkeit von Tatsachenbehauptungen** in erster Linie von ihrem **Wahrheitsgehalt** ab (vgl. BVerfGE 90, 241). Tatsachenbehauptungen, die in einem Werturteil enthalten sind, nehmen an dem Schutz der Meinungsfreiheit teil, wenn sie sich mit Wertungen verbinden oder vermischen, beide sich nicht trennen lassen und der tatsächliche Gehalt in den Hintergrund tritt (vgl. BVerfGE 90, 241; BVerfG NJW 2000, 199).

- II. Bei der **Auslegung einer Erklärung** darf nicht ausschließlich die dem Angekl. ungünstigste Variante angenommen werden, vielmehr muss auch das **Vorliegen eines alternativen Erklärungsinhalt geprüft** werden.

1. **Voraussetzung** jeder rechtlichen Würdigung von Äußerungen ist, dass ihr **Inhalt zutreffend erfasst** wird (vgl. BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NSTZ 1996, 26; BVerfG NJW 2005, 3274).

Maßgebend für Inhalt und Bedeutung einer Aussage ist der Sinn, den sie nach dem **Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums** hat. Dabei sind alle Umstände der Äußerung in Betracht zu ziehen, also neben ihrem Wortlaut auch ihr Anlass und der gesamte Kontext, in dem sie gefallen ist. Bei mehreren Deutungsmöglichkeiten ist das Gericht gehalten, andere mögliche Deutungen, die nicht völlig fern liegen, mit schlüssigen Argumenten auszuschließen, bevor es die zur Verurteilung führende Bedeutung zu Grunde legt (vgl. BVerfG 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NSTZ 1996, 26).

2. Vorliegend lässt die vom Angekl. gewählte Formulierung ohne weiteres die Beurteilung zu, dass die Aufzählung nicht ausnahmslos auf die genannten Personen zutreffen kann, denn um Ausländer handelt es sich – jedenfalls dem Namen nach – bei keinem von ihnen.

*„In Anbetracht der Vielschichtigkeit einer Demonstration, die Gegenstand der Veröffentlichung geworden ist, liegt weiterhin nahe, dass es sich weder im Hinblick auf die beteiligten Gruppierungen noch die teilnehmenden Personen um eine abschließende Aufzählung gehandelt hat. Darauf lässt auch der Wortlaut schließen („... wie z.B. ...“). Ein **unvoreingenommener Leser** wird überdies die unterschiedlichen Zuschreibungen politischer Gesinnungen, der Herkunft, einer Abhängigkeitserkrankung u.a., die in ihrem Bedeutungsgehalt erheblich voneinander abweichen, nicht gleichsam allen nachfolgend genannten Personen zuordnen. Auch daran zeigt sich, dass der vom Angekl. dargelegte Sinnzusammenhang, wonach sich die Aufzählung nicht auf die ersten drei Worte, sondern ausschließlich auf die Bezeichnung „Berufsantifaschisten“ bezogen habe, nicht fern liegt. Dieser lässt sich unter **Berücksichtigung der Satzstellung** auch sprachlich herleiten, denn ein ausschließlicher **Sinnzusammenhang** zwischen dem letzten Wort der ersten Aufzählung („Berufsantifaschisten“) und der nachfolgenden Personenbenennung ist jedenfalls nicht auszuschließen. Bei dieser Interpretation fehlte es hingegen an einer strafbaren Äußerung.*

*Soweit die Kammer die Angaben des Angekl. dadurch als widerlegt angesehen hat, dass er selbst es unterlassen habe, durch einen veränderten Satzbau oder eine andere Wortwahl den gewollten Bezug klarzustellen, hat sie zwar erkannt, dass der veröffentlichte Satz **mehrere Interpretationsmöglichkeiten** bietet, hat die vom Angekl. dargelegte abweichende Auslegung dann jedoch – durch einen unzulässigen Zirkelschluss (vgl. Meyer-Goßner, StPO 54. Aufl., § 337 Rn 30a) – unter Hinweis auf die dem Angekl. angelastete Mehrdeutigkeit der Äußerung verworfen.“ (KG aaO)*

Fahrlässige Tötung
Selbstgefährdung bei illegalem Autorennen
(OLG Celle in StV 2013, 27; Urteil vom 25.04.2012 – 31 Ss 7/12)

Verhalten sich bei einem Überholvorgang sowohl der überholende als auch der überholte Fahrzeugführer pflichtwidrig, so wird die Zurechnung der Folgen eines hierdurch verursachten Unfalls an den mittelbaren Verursacher nicht durch das sog. „Verantwortungsprinzip“ ausgeschlossen, wenn die geschädigten Beifahrer des unmittelbaren Verursachers keinen beherrschenden Einfluss auf das Geschehen hatten.

Fall: Der Angekl. befuhr mit seinem BMW Z 4 die Bundesstraße 442. Innerhalb von K. fuhr der Angekl. auf das Fahrzeug der Zeugin G. Sch. auf und blieb mit angepasster Geschwindigkeit zunächst hinter ihr. Vor der Zeugin Sch. fuhr ein weißer Golf und an der Spitze der Kolonne fuhr der Nebenkl. A. mit seinem BMW 520i, der mit seiner Ehefrau C. I. A. auf dem Beifahrersitz, seinem einjährigen Sohn H. auf dem rechten Rücksitz, seiner Schwägerin A. K. auf dem mittleren Rücksitz und seiner Tochter M. auf dem linken Rücksitz besetzt war. Alle Insassen waren angeschnallt; die Kinder befanden sich in Kindersitzen. Nach Erreichen des Ortsausgangsschildes beschleunigten der Angekl. und die vor ihm fahrenden Fahrzeuge. Die Fahrbahn vor dem Nebenkl. war vollkommen frei. Er hatte keine Eile.

Dem Angekl. war bereits etwa 100 m nach dem Ortsausgangsschild die Beschleunigung/Geschwindigkeit der vor ihm fahrenden Kolonne zu gering, so dass er hinter dem Fahrzeug der Zeugin Sch. ausscherte und weiter beschleunigte, um dieses und die vorausfahrenden Fahrzeuge zu überholen. Er brach aber seinen Überholvorgang bereits nach etwa fünf Sekunden bei einer Geschwindigkeit von ca. 125 km/h wieder ab, da ihm zwei Motorradfahrer entgegenkamen. Der Angekl. scherte vor der Zeugin G. Sch. knapp wieder ein.

Nachdem die Motorradfahrer den Angekl. auf der Gegenfahrbahn passiert hatten, setzte dieser erneut zum Überholen an, um den vor ihm mit einer Geschwindigkeit von etwa 80 km/h fahrenden weißen Golf zu überholen. Der Angekl. beschleunigte daher und passierte den weißen Golf mit einer Geschwindigkeit von etwa 124 km/h.

Als der Angekl. begann, den weißen Golf zu überholen, beschleunigte ebenfalls der Nebenkl. sein Fahrzeug, das sich zu diesem Zeitpunkt etwa 14 Meter vor dem weißen Golf befand, von etwa 80 km/h und erreichte, als der Angekl. den Überholvorgang des weißen Golfs beendet hatte, eine Geschwindigkeit von etwa 104 km/h. Der Angekl. fuhr zu diesem Zeitpunkt immer noch mit einer Geschwindigkeit von 124 km/h.

Nachdem der Angekl. den weißen Golfs überholt hatte, scherte er teilweise wieder auf seine Fahrbahn ein, verringerte aber seine Geschwindigkeit nicht, um ebenfalls den vor ihm fahrenden Pkw 520i des Nebenkl. A. zu überholen.

Als der Angekl. aus seiner Position in der Mitte der Fahrbahn wieder ausscherte, bemerkte der Nebenkl. die Absicht des Angekl. durch einen Blick in seinen Rückspiegel. Er wollte es sich aber nicht bieten lassen, vom Angekl. überholt zu werden und beschleunigte seinen Wagen ebenfalls weiter. Der Angekl. erkannte das Fahrmanöver des Nebenkl., wollte aber unbedingt auch noch diesen Überholvorgang zu Ende bringen. So beschleunigte auch der Angekl. weiter, um den Nebenkl. noch vor der Kurve zu überholen. Zu diesem Zeitpunkt hätte er noch Zeit gehabt, um seinen Überholvorgang abubrechen und gefahrlos hinter dem Angekl. einzuscheren.

Ein Abbruch wäre für den Angekl. auch geboten gewesen, da sich von vorne die Zeugin Le. in ihrem Fahrzeug näherte. Weder der Angekl. noch der Nebenkl. nahmen aber die Zeugin Le. in ihrem Fahrzeug wahr, da sich beide ganz auf ihren Überholvorgang konzentrierten.

Als sich der Angekl. etwa zwei Fahrzeuglängen noch auf der Gegenfahrbahn fahrend vor dem Nebenkl. befand, lenkte dieser zu spät sein Fahrzeug nach links in die Kurve ein, um diese gefahrlos durchfahren zu können. Die Zeugin Le. kam mit ihrem Fahrzeug auf ihrer Fahrbahn den beiden Fahrzeugen entgegen, als der Angekl. versuchte, den Nebenkl. zu überholen. Sie bekam mit, dass es dem Angekl. nicht gelang, den Überholvorgang rechtzeitig zu beenden, und versuchte nun, ihr Fahrzeug auf den rechten Seitenstreifen zu lenken. Als der Angekl. die Zeugin Le. passierte, war er allerdings bereits wieder zu einem guten Stück auf seine Fahrbahn gewechselt, so dass die Fahrzeuge ganz knapp aneinander vorbeipasseten, ohne dass es zu einer Kollision zwischen dem Angekl. und der Zeugin Le. kam. Hiervon bekam der Angekl. nichts mit.

Zum Ende seines Überholvorgangs erreichte der Angekl. eine Geschwindigkeit von ca. 140 km/h, als er auf die Kurve zufuhr. Diese Geschwindigkeit verlangte vom Angekl. sein gesamtes fahrerisches Können ab, da die Kurvengrenzgeschwindigkeit der sich vor ihm auftuenden und sich nach hinten verjüngenden Kurve bei ca. 146 km/h liegt und er de facto mit seinem Fahrzeug höchstens mit 140 km/h die Kurve passieren konnte. Das in dem Fahrzeug installierte ESP half dem Angekl. zudem, in der Spur zu bleiben. Dieses hatte sich automatisch zugeschaltet. Der Angekl. fuhr also nunmehr im absoluten Geschwindigkeitsgrenzbereich auf die Kurve zu, was er auch deutlich spürte.

Da der Nebenkl. nicht rechtzeitig nach links gelenkt hatte, fuhr er mit seinem Pkw BMW weiter geradeaus, so dass er mit seinen rechten Rädern auf das Bankett geriet und in eine Dreh-Schleuderbewegung kam. Zu diesem Zeitpunkt bremste der Nebenkl. und versuchte, wieder auf die Straße zurück zu gelangen, was ihm aber unmöglich war, so dass er mit seiner rechten Fahrzeughälfte und einer Geschwindigkeit von 100-110 km/h gegen einen

Baum stieß. Die Insassen C. I. A., A. K. und H. A. starben sofort, der Nebenkl. wurde verletzt. Das Fahrzeug wurde wieder auf die Fahrbahn zurückgeschleudert und kam quer auf der Fahrbahndecke zum Liegen.

In das nunmehr quer auf der Bundesstraße 442 liegende Wrack des Nebenkl. fuhr der aus Richtung B. N. kommende Motorradfahrer D., ohne dass er eine Chance gehabt hätte, zu bremsen oder auszuweichen. Durch den Aufprall erlitt sein Motorrad einen Totalschaden. Er selbst flog über das Autowrack hinweg und blieb dahinter schwer verletzt liegen.

Der Angekl. könnte fahrlässig den Tod von C. I. A., H. A. und A. K. verursacht und sich dadurch nach **§ 222 StGB** strafbar gemacht haben.

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

1. Der **BGH** (BGHSt 53, 55 m. Anm. Puppe GA 2009, 486; Renzikowski HRRS 2009, 347; Roxin JZ 2009, 399; Duttge NSTZ 2009, 690) hat in einem dem vorliegenden vergleichbaren Fall Grundsätze aufgestellt, nach denen die Strafbarkeit eines Fahrzeugführers wegen fahrlässiger Tötung zu beurteilen ist, der sich im Rahmen eines Überholvorganges pflichtwidrig verhalten, aber nicht unmittelbar den Unfall mit tödlichem Ausgang für die Beifahrer eines anderen, sich bei demselben Überholvorgang ebenfalls pflichtwidrig verhaltenden Fahrzeugführers verursacht hat.
2. Dass es sich in dem vom BGH entschiedenen Fall um ein zwischen den Fahrzeugführern vorher vereinbartes Rennen gehandelt hat, steht der **Übertragung der Grundsätze auf den vorliegenden Fall** nicht entgegen.

„Denn die Zurechnung beruhte dort nicht allein auf der Absprache des illegalen Rennens, sondern auch auf den während der Fahrt konkret begangenen Pflichtverletzungen beider Fahrer. Abgesehen davon handelte es sich im vorliegenden Fall ab dem Zeitpunkt, als der Nebenkl. beschleunigte, um den Angekl. am Überholen zu hindern, und der Angekl. dieses erkennend sein Fahrzeug umso mehr beschleunigte, um den Nebenkl. unbedingt zu überholen, faktisch um ein spontanes Rennen bzw. eine diesem gleichzustellende „Kraftprobe.“ (OLG Celle aaO)

II. Unter Beachtung dieser Grundsätze hat der Angekl. seine **Pflichten als Fahrzeugführer verletzt**, indem er den Überholvorgang vorschriftswidrig durchgeführt hat.

„Er hat nämlich zum einen überholt, obwohl er nicht übersehen konnte, ob während des ganzen Überholvorganges jede Behinderung des Gegenverkehrs ausgeschlossen ist (§ 5 II 1 StVO). Zum anderen war das Überholen für ihn auch deshalb unzulässig, weil aufgrund des Beschleunigens des Nebenkl. und der Annäherung an die sich nach hinten verjüngende Kurve für den Angekl. eine unklare Verkehrslage bestand (§ 5 III Nr. 1 StVO). Des Weiteren hat er seine Pflichten als Fahrzeugführer verletzt, indem er entgegen § 1 II StVO nicht alles unternommen hat, um die mit dem Überholvorgang verbundene Gefährdung zu vermeiden, und schließlich die im Bereich des Unfallorts zulässige Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h erheblich überschritten hat.“ (OLG Celle aaO)

III. An der **Vermeidbarkeit des Todes** von C. I. A., H. A. und A. K. **bei pflichtgemäßem Verhalten** des Angekl. besteht kein Zweifel.

„Als der Angekl. erkannte, dass der Nebenkl. sein Fahrzeug auch beschleunigte, wäre ihm ein Abbrechen des Überholvorgangs noch möglich gewesen.“ (OLG Celle aaO)

IV. Auch an der **Vorhersehbarkeit des Todes** von C. I. A., H. A. und A. K. bestehen keinerlei Zweifel.

„Im Hinblick auf die während des Überholens von dem Angekl. und dem Nebenkl. gefahrenen Geschwindigkeiten und die nahende, sich nach hinten verjüngende Kurve war ein schwerer Verkehrsunfall und der Tod von Insassen des überholten Fahrzeugs nicht nur objektiv, sondern für ihn subjektiv vorhersehbar. Denn dies erfordert nicht, dass der Angekl. die Folgen seines Handelns in allen Einzelheiten voraussehen konnte; vielmehr genügt, dass sie in ihrem Gewicht im Wesentlichen voraussehbar waren (BGHSt 53, 55; BGHSt 39, 322 jew. m. w. Nachw.).“ (OLG Celle aaO)

V. Schließlich ist die **Kausalität** zwischen dem pflichtwidrigen Handeln des Angekl. und dem Tod von C. I. A., H. A. und A. K. gegeben.

Für die Prüfung der Kausalität ist bei fahrlässigen Erfolgsdelikten der **Eintritt der konkreten Gefährdungslage** maßgeblich, die unmittelbar zum schädigenden Erfolg geführt hat (BGHSt 53, 55; Fischer, StGB, 59. Aufl., Vor § 13 Rn 33 m. w. Nachw.).

„Bezogen hierauf waren kausal für den Tod von C. I. A., H. A. und A. K. jedenfalls die Fortsetzung des Überholvorgangs, obwohl der Angekl. erkannt hatte, dass auch der Nebenkl. in diesem Moment sein Fahrzeug beschleunigte, und sich dadurch sein eigener Überholweg verlängern würde.“ (OLG Celle aaO)

VI. Jedoch könnte die **Zurechnung des Todes zweifelhaft sein, wenn eine Selbstgefährdung** oder eine dieser ausnahmsweise gleichzustellende Fremdgefährdung vorliegen würde (vgl. BGHSt 53, 55; BGHSt 39, 322 jew. m. w. Nachw.).

1. Nach der **BGH-Rspr.** bestimmt sich bei Fahrlässigkeitsdelikten die **Abgrenzung zwischen der Selbst- und der Fremdgefährdung** nach der **Herrschaft über den Geschehensablauf**, die weitgehend nach den für Vorsatzdelikte zur Tatherrschaft entwickelten objektiven Kriterien festgestellt werden kann (vgl. BGHSt 53, 55). Bei der Prüfung, wer die Gefährdungsherrschaft innehat, kommt dem unmittelbar zum Erfolgseintritt führenden Geschehen besondere Bedeutung zu.

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

„Die **Herrschaft über das Geschehen** unmittelbar vor sowie ab dem Beginn des Überholvorgangs lag allein bei den **Fahrzeugführern**. Sie haben die Entscheidung getroffen und umgesetzt, jeweils den Überholvorgang vorschriftswidrig durchzuführen. Allein sie haben die Geschwindigkeit der Fahrzeuge und die Lenkbewegungen bestimmt. Die Beifahrer des Nebenkl. hatten in diesem Zeitraum dagegen nicht die Möglichkeit, ihre Gefährdung durch eigene Handlungen abzuwenden.“ (OLG Celle aaO)

2. Die Zurechnung ist hier auch nicht etwa deshalb abzulehnen, weil in der Tat des Angekl. die **straflose Mitwirkung** an einer der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung gleichzustellenden Fremdgefährdung zu sehen ist.

„Der BGH hat entschieden, dass es der Zurechnung nicht entgegensteht, wenn beide an dem Überholvorgang beteiligten Fahrzeugführer ein in etwa gleiches Maß an Tatherrschaft besessen haben, weil dies **nicht im Verhältnis der Fahrzeugführer zu den Beifahrern** gilt (BGH aaO). Dass der Nebenkl. hier seinerseits gegen § 5 VI 1 StVO verstoßen und dadurch eine mindestens **gleichwertige Ursache** für den Unfall gesetzt hat, wirkt sich hinsichtlich des Angekl. nicht auf die Zurechnung des Erfolges aus, sondern ist lediglich im Rahmen der Strafzumessung von Bedeutung.“ (OLG Celle aaO)

3. Die **teilweise vertretene Ansicht**, dass der Zurechnung eines nur mittelbar verursachten Taterfolgs das „Verantwortungsprinzip“ entgegenstehe, wonach „jeder sein Verhalten grds. nur darauf auszurichten habe, dass er selbst Rechtsgüter nicht gefährdet, nicht aber darauf, dass andere dies nicht tun - denn dies fällt in deren eigene ‚Zuständigkeit‘“; dies gelte auch, wenn nicht nur der eigentlich verantwortliche Letztverursacher, sondern zusätzlich Dritte zu Schaden kommen (so OLG Stuttgart DAR 2011, 4152 mit krit. Anm. Puppe JR 2012, 164), weicht von der BGH-Rspr. (vgl. BGHSt 53, 55) ab und ist nach OLG Celle aaO abzulehnen.

„Der **Senat folgt der Rspr. des BGH**. Denn die Argumente, die gegen eine Zurechnung des Erfolges sprechen, wenn der Angekl. als „Hintermann“ ausschließlich zu einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des „Vordermannes“ beigetragen hat, also in erster Linie der Schluss a maiore ad minus aus der Straflosigkeit der Teilnahme am Selbstmord (BGHSt 32, 262), aber auch der Respekt vor der **Autonomie** dessen, der über die Gefährdung seiner Rechtsgüter selbst entscheiden darf (vgl. Radtke in FS Puppe (2011), S. 6, 10), greifen nicht, wenn der Angekl. - wie hier - zugleich auch zu einer **Gefährdung Dritter** beigetragen hat, die ihrerseits auf das **Tatgeschehen keinerlei beherrschenden Einfluss hatten** (vgl. BGHSt 53, 55; Puppe aaO).“ (OLG Celle aaO)

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2012, 749; Urteil vom 12.06.2012 – 8 A 10291/12)

1. Bauordnungsbehördliche **Eingriffsbefugnisse** unterliegen **keiner Verwirkung**.
2. Ein Nachbar hat bei der Verletzung nachbarschützender Vorschriften **grundsätzlich einen Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten** zum Zwecke der Beseitigung des Rechtsverstoßes.
3. Eine solche **Ermessensreduzierung** gilt jedoch **nicht uneingeschränkt**.
4. Das Gebrauchmachen von der Eingriffsermächtigung kann sich jedoch als ermessensfehlerhaft erweisen, wenn die Behörde durch ihr **vorangegangenes positives Tun** einen **Vertrauenstatbestand** beim Bauherrn geschaffen und dieser im Vertrauen darauf nicht unerhebliche und nur schwer rückgängig zu machende Vermögensdispositionen getroffen hat (so genannte „**aktive Duldung**“).
5. Die Duldung baurechtswidriger Zustände darf nicht uneingeschränkt, sondern nur für einen vorübergehenden Zeitraum erfolgen.

Fall: Die Kl. begehrten bauaufsichtliches Einschreiten gegen eine baugebietswidrige Wohnnutzung. Sie sind Eigentümer von Grundstücken, auf denen sie eine Spedition betreiben. Im Nordwesten grenzt das mit einem Wohnhaus bebaute Grundstück der Beigel. an. Der 1991 in Kraft getretene Bebauungsplan setzt für diese Grundstücke ein Gewerbegebiet fest. Das Wohnhaus der Beigel. wurde 1913 errichtet. 1986 wurde das Hausgrundstück vom Land Rheinland-Pfalz – Straßenverwaltung – angekauft, da es zu einem großen Teil für den Straßenbau benötigt wurde. Von Anfang 1988 bis Mitte 1991 nutzte die Straßenverwaltung das Gebäude als Büro. Nach Fertigstellung der Straßenbaumaßnahme verkaufte das Land Rheinland-Pfalz das Grundstück mit notariellem Kaufvertrag vom Dezember 1992 zum Preis von 90 000 DM an die Beigel., die das Gebäude seither zu Wohnzwecken nutzen. Seit etwa 1999 beanstandete die Bauaufsichtsbehörde den Umfang des Lkw-Betriebs auf dem Speditionsgrundstück. Ein schalltechnisches Gutachten vom April 2001 ergab, dass bei 6 Lkw-Abfahrten in der lautesten Nachtstunde am Wohngebäude der Beigel. der Immissionsrichtwert für Gewerbegebiete (50 dB [A]) nicht eingehalten werden könne. Im Juli 2003 verfügte der Bekl. ein Nachtfahrverbot für Lkw. Schließlich wurde den Kl. am 13.02.2007 eine Baugenehmigung u. a. für einen Abstellplatz mit der Maßgabe erteilt, dass in der lautesten Nachtstunde maximal 3 Pkw-Parkvorgänge und 3 Lkw-Abfahrten zulässig seien. Hinsichtlich der Wohnnutzung des Gebäudes der Beigel. stellte der Bekl. mit Bescheid vom 06.02.2004 fest, dass diese Wohnnutzung sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht gegen baurechtliche Bestimmungen verstoße und ein Bestandsschutz aus einer früher zulässigerweise ausgeübten Wohnnutzung nicht mehr bestehe. In der Begründung wurde ausgeführt, dass die Kreisverwaltung aber bereit sei, auf Grund der besonderen Umstände des Falls von einem bauaufsichtlichen Einschreiten gegen die rechtswidrige Wohnnutzung abzusehen, allerdings nur dann, wenn keine strengeren Lärmschutzanforderungen als die für ein Betriebswohngebäude im Gewerbegebiet gestellt würden. Die von den Beigel. dagegen erhobene Klage blieb ohne Erfolg. Auf Bitte der Beigel. teilte der Landrat des Bekl. am 15.09.2008 mit, dass die Beigel. vorbehaltlich besonderer Umstände auch künftig mit einem Einschreiten nicht rechnen müssten. Dies gelte auch für den Fall der Übernahme des Gebäudes durch ihre Kinder. Seit November 2008 begehrten die Kl. erfolglos ein bauaufsichtliches Einschreiten gegen die Wohnnutzung der Beigel. Die anschließende Klage blieb ebenfalls ohne Erfolg: Den Kl. stehe ein Anspruch auf Erlass einer Nutzungsuntersagungsverfügung nicht zu. Zwar sei die von den Beigel. ausgeübte Wohnnutzung formell und materiell baurechtswidrig. Jedoch liege ein Verstoß gegen den Gebietserhaltungsanspruch der Kl. nicht vor. Mit der in der Duldungsverfügung vom 06.02.2004 enthaltenen Gleichstellung des Gebäudes der Beigel. mit einem im Gewerbegebiet nach § 8 III Nr.1 BauNVO ausnahmsweise zulässigen Betriebswohngebäude sei dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung des im Bebauungsplan festgesetzten Gebietscharakters Genüge getan. Die Kl. haben zur Begründung der vom Senat zugelassenen Berufung im Wesentlichen ausgeführt, dass sie in ihrem Gebietsbewahrungsanspruch verletzt seien. Eine reine Wohnnutzung dürfe in einem Gewerbegebiet nicht genehmigt werden. Dann sei aber eine dahingehende Duldungsentscheidung ebenfalls rechtswidrig. Nach Auffassung des Bekl. und der Beigel. stehe dem geltend gemachten Anspruch bereits die Bestandskraft des Duldungsbescheids vom 06.02.2004 entgegen. Besteht ein Anspruch auf Erlass einer bauordnungsrechtlichen Nutzungsuntersagung?

Eine **Nutzungsuntersagung** ist möglich **aufgrund der bauordnungsrechtlichen Generalklausel**, hier § 81 LBO Rhl.Pf.

Vgl. § 64 II 2 BauO LSA; § 47 I 2 LBO BW; § 54 I 2 BO Bay; § 58 I 2 BauO Bln; § 52 II 2 BO Bbg; § 61 I 2 LBO HB; § 58 I 2 BauO HH; § 53 II 2 BO Hess; § 58 I 2 LBauO MV; § 61 II 2 BauO NW, § 65 I BauO Nds; § 57 II 2 LBO Saar; § 58 II 2 BO Sachs; § 66 I LBO SH; § 60 II 2 BO Thür.

Allerdings handelt es sich hierbei um eine Ermessenentscheidung. Wird ein Anspruch auf eine Ermessensnorm gestützt, so besteht lediglich ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, sofern die verletzte Vorschrift nachbarschützend ist (vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 7. 12. 2005

– 8 A 11062/05). Ein Anspruch auf die konkret begehrte Maßnahme ist nur gegeben, wenn zum einen die Eingriffsvoraussetzungen vorliegen und zum anderen eine Ermessensreduzierung auf Null dergestalt vorliegt, dass sich einzig die begehrte Entscheidung als ermessensfehlerfrei darstellt.

I. Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen

Verstoßen bauliche Anlagen oder andere Anlagen und Einrichtungen im Sinne des § 1 I 2 LBO Rhl.Pf. gegen baurechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften über die Errichtung, die Änderung, die Instandhaltung oder die Nutzungsänderung dieser Anlagen, so kann die Bauaufsichtsbehörde nach § 81 S. 1 LBO Rhl.Pf. deren teilweise oder vollständige Beseitigung auf Kosten der nach § 54 LBO Rhl.Pf. verantwortlichen Personen anordnen oder die Benutzung der Anlagen untersagen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

Fraglich ist daher, ob die Nutzung des Gebäudes zu Wohnzwecken gegen baurechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt.

1. formelle Baurechtswidrigkeit

Die Wohnnutzung könnte schon formell baurechtswidrig sein. Formelle Baurechtswidrigkeit ist anzunehmen, wenn eine genehmigungsbedürftige Nutzung ohne Genehmigung erfolgt.

„[Hier hat] sich die ursprünglich **im Jahr 1913 genehmigte Wohnnutzung** des Hauses infolge der Umnutzung zum Baubüro erledigt.“ (OVG Koblenz aaO)

Eine neue Genehmigung nach erneuter Aufnahme der Wohnnutzung wurde trotz bestehender Genehmigungsbedürftigkeit einer Nutzungsänderung nach § 61 LBO Rhl.Pf. nicht beantragt.

Die Wohnnutzung ist daher formell baurechtswidrig.

2. materielle Baurechtswidrigkeit

Die Wohnnutzung könnte zudem auch materiell baurechtswidrig sein. Dies ist der Fall, wenn sie nicht genehmigungsfähig ist.

„In einem **Gewerbegebiet sind Wohngebäude grundsätzlich nicht zulässig**. Nach § 8 III Nr. 1 BauNVO können lediglich Wohnungen für Aufsichts- und Bereitschaftspersonen sowie für Betriebsinhaber und Betriebsleiter, die dem Gewerbebetrieb zugeordnet und ihm gegenüber untergeordnet sind, ausnahmsweise zugelassen werden. Diese **Ausnahmevoraussetzungen liegen für die reine Wohnnutzung der Beigel. nicht vor**. All dies steht zwischen den Bet. durch das Urteil des VG Neustadt a. d. W. vom 26.11.2007 (3 K 724/07; bestätigt durch: OVG Koblenz, Beschl. v. 26.03.2008 – 8 A 10034/08) fest.“ (OVG Koblenz aaO)

3. Zwischenergebnis

Damit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde gegen die Wohnnutzung vor.

II. Nachbarschutz

Fraglich ist jedoch, ob die Kl. sich auf die materielle Baurechtswidrigkeit der Wohnnutzung berufen können. Dies ist nur der Fall, wenn die entsprechenden Vorgaben zu in einem Baugebiet zulässigen Nutzungen auch nachbarschützend sind.

„[Die] **Festsetzung von Baugebieten** durch Bebauungspläne hat für die Nachbarn im Plangebiet kraft Bundesrechts **nachbarschützende Funktion** (vgl. BVerwGE 94, 151 = NJW 1994, 1546 = NVwZ 1994, 783 L). Soweit das VG zwischen objektiver Rechtswidrigkeit der Grundstücksnutzung und dem Umfang des Gebietsbewahrungsanspruchs des Nachbarn differenziert, gilt es klarzustellen, dass der Umfang der subjektiven Rechtsstellung des Nachbarn in vollem Umfang den objektiv-rechtlichen Anforderungen an die Gebietsverträglichkeit entspricht. So hat das BVerwG klargestellt, dass der Nachbar auch dann einen **Anspruch auf die Bewahrung der festgesetzten Gebietsart** hat, wenn das baugebietswidrige Vorhaben im jeweiligen Einzelfall noch nicht zu einer tatsächlich spürbaren und nachweisbaren Beeinträchtigung des Nachbarn führt (BVerwGE 94, 151 Rdnr. 23 = NJW 1994, 1546 = NVwZ 1994, 783 L). Dass die baugebietswidrige Wohnnutzung der Beigel. auf Grund der getroffenen Duldungsentscheidung zu keinen strengeren Lärmschutzvorkehrungen als den in einem Gewerbegebiet erforderlichen zwingt, ist deshalb für die Frage des Verstoßes gegen den Gebietsbewahrungsanspruch unerheblich.“ (OVG Koblenz aaO)

Die Kl. können sich auch auf die materielle Baurechtswidrigkeit der Wohnnutzung durch die Beigel. berufen

III. Ermessensreduzierung auf Null

Ein Anspruch der Kl. auf Erlass einer entsprechenden Nutzungsuntersagung besteht aber nur dann, wenn sich das der Bekl. eingeräumte Ermessen auf Null reduziert sich, einzig der Erlass der begehrten Entscheidung sich also als ermessensgerecht darstellen würde.

1. Verwirkung

Ein Anspruch der Kl. könnte angesichts der Zeitabläufe schon unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung ausgeschlossen sein.

„Dass die Kl. seit Aufnahme der Wohnnutzung durch die Beigel. im Jahr 1992 lange Zeit untätig geblieben sind, dürfte deshalb keine Verwirkung ihrer nachbarlichen Ansprüche auf bauaufsichtliches Einschreiten begründen, weil in den 1990er Jahren keiner der Bet. erkannt hatte, dass die 1913 erteilte Baugenehmigung zur Wohnnutzung infolge der Umnutzung des Hauses durch die Straßenverwaltung unwirksam geworden war (vgl. allgemein zu den Voraussetzungen der Verwirkung nachbarlicher Abwehrrechte: BVerwG, NVwZ 1991, 1182).“ (OVG Koblenz aaO)

Eine Verwirkung steht dem geltend gemachten Anspruch daher nicht entgegen.

2. Unanfechtbarkeit der Duldungsentscheidung

Allerdings wurde mit Bescheid vom 06.02.2004 festgestellt, dass die Wohnnutzung sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht gegen baurechtliche Bestimmungen verstoße und ein Bestandsschutz aus einer früher zulässigerweise ausgeübten Wohnnutzung nicht mehr bestehe. In der Begründung wurde ausgeführt, dass die Kreisverwaltung aber bereit sei, auf Grund der besonderen Umstände des Falls von einem bauaufsichtlichen Einschreiten gegen die rechtswidrige Wohnnutzung abzusehen, allerdings nur dann, wenn keine strengeren Lärmschutzanforderungen als die für ein Betriebswohngebäude im Gewerbegebiet gestellt würden.

*„Hinsichtlich des Bescheids vom 06.02.2004 dürfte zwar von einem **Duldungsverwaltungsakt** auszugehen sein. Hierfür sprechen die Formulierungen „Duldungsentscheidung“ und „Verschaffen einer verfestigten Rechtsposition“. Indes dürfte diese **Duldungsentscheidung gegenüber den Kl. nicht unanfechtbar** geworden sein.*

*Eine unmittelbare Anwendung der **Anfechtungsfristen** nach §§ 57, 58 und 70 VwGO scheidet **mangels förmlicher Bekanntgabe** des Verwaltungsakts den Kl. gegenüber aus. Das Berufen auf die fehlende Bekanntgabe der Duldungsentscheidung dürfte ihnen auch nicht nach Treu und Glauben versagt werden können. Zwar hat das BVerwG in dem von den Beigel. zitierten Urteil vom 25.01.1974 (BVerwGE 44, 294 = NJW 1974, 1260), ausgeführt, dass einem Nachbar dann, wenn er **sichere Kenntnis von einer Baugenehmigung** erlangt hat oder hätte erlangen müssen, **nach Treu und Glauben** die Berufung darauf versagt sein könne, dass die Baugenehmigung ihm nicht amtlich mitgeteilt wurde (vgl. BVerwGE 44, 294 = NJW 1974, 1260). Die danach erforderliche Treuwidrigkeit dürfte den Kl. hier allerdings nicht vorgehalten werden können. So haben sie in dem mit dem Bekl. geführten Rechtsstreit um das Nachtfahrverbot vom 25.07.2003 bereits im Schriftsatz ihres damaligen Verfahrensbevollmächtigten vom 08.11.2004 die in dem „Feststellungsbescheid“ (v. 6. 2. 2004) erklärte Duldung der Wohnnutzung der Beigel. als „evident rechtsmissbräuchlich und ermessensfehlerhaft“ kritisiert. Dass sie darüber hinaus keine weiteren Schritte eingeleitet, sondern zunächst den Rechtsstreit zwischen den Beigel. und dem Bekl. über die Baurechtswidrigkeit der Wohnnutzung abgewartet haben, erscheint legitim. Nach rechtskräftigem Abschluss dieses Rechtsstreits sind die Kl. dann alsbald aktiv geworden und haben um bauaufsichtliches Einschreiten nachgesucht.“ (OVG Koblenz aaO)*

3. Ermessensausübung

Der Anspruch auf Erlass der Nutzungsuntersagung hängt daher allein davon ab, ob diesbezüglich eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt oder ob die erfolgte Ablehnung einer Überprüfung der Ermessensausübung standhält.

a) Grundsatz

Zwar kann ein Nachbar nach der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts bei der Verletzung nachbarschützender Vorschriften **grundsätzlich ein bauaufsichtliches Einschreiten** zum Zwecke der Beseitigung des Rechtsversto-

ßes beanspruchen. Eine solche **Ermessensreduzierung** gilt jedoch **nicht uneingeschränkt**.

„So ist anerkannt, dass sie dann **nicht eintritt**, wenn eine Befreiung oder eine **Abweichung von der nachbarschützenden Vorschrift** in Betracht kommt, übergeordnete, sich aus der Sache selbst ergebende öffentliche Interessen einem Einschreiten entgegenstehen oder sich die Abweichung von der nachbarschützenden Vorschrift im Bagatellbereich hält (vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 22. 10. 1987 – 1 A 108/85; v. 7. 12. 2005 – 8 A 11062/05, jew. m. w. Nachw.). Der Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten ist ferner eingeschränkt, soweit der **Einschreitenspflicht der Behörde ihrerseits rechtliche Schranken entgegenstehen**. Denn der subjektive Anspruch des Nachbarn kann nicht weitergehen als die objektive Pflicht der Bauaufsichtsbehörde.“ (OVG Koblenz aaO)

b) Vertrauensschutz

Ein solcher, den Anspruch des Nachbarn auf ein Einschreiten gegen baurechtswidrige Zustände auf der Grundlage des Verstoßes gegen nachbarschützende Vorschriften einschränkender Aspekt ist Vertrauensschutz.

aa) Vertrauen auf weiteres Nichteinschreiten trotz Vorliegen der Voraussetzungen

Fraglich ist daher, ob überhaupt ein Vertrauensschutz dahingehend denkbar ist, dass eine Behörde, die trotz Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen zunächst von Maßnahmen absieht, auch später keine Maßnahmen mehr ergreifen, sondern den Zustand dauerhaft dulden wird.

„Zwar können **polizeiliche bzw. ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnisse** nicht verwirkt werden. Denn im Unterschied zu subjektiven Rechten sind sie **nicht verzichtbar**, müssen vielmehr im öffentlichen Interesse zur Gewährleistung rechtmäßiger Zustände aufrechterhalten bleiben (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2008, 696; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. [2011], § 53 Rn. 44). Von dem Tatbestand der Verwirkung ist jedoch der Umstand zu unterscheiden, dass sich das **Gebrauchmachen von einer Eingriffsermächtigung im Einzelfall als ermessensfehlerhaft** erweisen kann, wenn sich eine Behörde damit in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten setzt und **schutzwürdiges Vertrauen des Betr. verletzt**. So ist in der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts anerkannt, dass eine Bauaufsichtsbehörde dann am ermessensfehlerfreien Erlass einer Beseitigungsverfügung gehindert sein kann, wenn sie **durch ihr vorangegangenes positives Tun einen Vertrauensstatbestand beim Bauherrn geschaffen** und dieser im Vertrauen darauf nicht unerhebliche und nur schwer rückgängig zu machende Vermögensdispositionen getroffen hat (so genannte „aktive Duldung“, vgl.: OVG Koblenz, Urt. v. 13. 12. 1979 – 1 A 68/77, in: AS 15, 324 [326]; DVBl 2012, 250 = BeckRS 2011, 56614; ebenso: OVG Münster, NVwZ-RR 2009, 364; Decker, in: Simon/Busse, BayBauO, 107. Ergänzungsfg., 2012, Art. 76 Rn. 227 m. w. Nachw.; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. [2008], § 53 Rn. 27).“ (OVG Koblenz aaO)

Die Begrenzung der Einschreitenspflicht aus Gründen des Vertrauensschutzes schränkt die Durchsetzung des objektiven Rechts und der damit korrespondierenden subjektiven Nachbaransprüche zwangsläufig ein.

„Diese **Zurücknahme der Rechtsdurchsetzung** ist aber durch die gegenläufigen, ihrerseits ebenfalls rechtlich geschützten Interessen gerechtfertigt (vgl. zu dem im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Gebot des Vertrauensschutzes bei Erlass baurechtlicher Beseitigungsverfügungen: BVerfG, NVwZ 2005, 203 – Pirmasenser Amnestie). Die **widerstreifenden Positionen** müssen in einen **angemessenen Ausgleich** gebracht werden. Hierzu dient das den Bauaufsichtsbehörden eingeräumte Ermessen. Dabei wird dem Gebot zur Herbeiführung rechtmäßiger Zustände von vornherein dadurch in besonderem Maße Ausdruck verliehen, dass die **Hinnahme rechtswidriger Zustände** aus Gründen des Vertrauensschutzes **nur für einen vorübergehenden Zeitraum** erlaubt sein kann. Keinesfalls darf die auf schutzwürdiges Vertrauen gestützte Duldung in ihrer Wirkung derjenigen einer Baugenehmigung gleichkommen (vgl. VGH Kassel, BauR 1994, 229; Finkelnburg/Orloff/Otto, Öffentliches BauR, Bd. II, 6. Aufl. [2010], S. 186 m. w.N.).“ (OVG Koblenz aaO)

bb) Anwendung auf den Fall

Es kommt daher darauf an, ob der Bekl. sich zu Recht auf den Standpunkt stellen kann, aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht gegen die Beigel. Vorgehen zu können, da eine solche Entscheidung ermessensfehlerhaft wäre.

„Der Bekl. hat zu Recht erkannt, dass durch die Baugenehmigung zur Errichtung der Eingangsüberdachung mit Terrasse und Balkon im Jahr 1995 ein **Vertrauenstatbestand geschaffen** worden war. Die Beigel. mussten diese Baugenehmigung so verstehen, dass die **Berechtigung zur Wohnnutzung** in dem von ihnen erworbenen Haus **nicht infrage gestellt** wird. Die sich im Nachhinein als rechtswidrig erweisende Genehmigung ist auch von den Kl. nicht beanstandet worden; gestritten wurde im Rahmen der Bauausführung lediglich um einen geringfügigen Terrassenüberbau. Da die Beigel. im Vertrauen auf die Berechtigung ihrer Wohnnutzung auch **nicht unerhebliche Investitionen** getätigt haben, würde die Bauaufsichtsbehörde gegen Grundsätze des Vertrauensschutzes verstoßen, wenn sie hierauf im Rahmen der Entscheidung über die Durchsetzung des Gebietsbewahrungsanspruchs nicht Rücksicht nähme.“ (OVG Koblenz aaO)

Diesem Vertrauensinteresse der Beigel. ist jedoch das Schutzinteresse der Kl. entgegenzustellen. Hier hat der Bekl. bei seinen, dem Bescheid vom 11.02.2011 zu Grunde liegenden Ermessenserwägungen auch die schutzwürdigen Interessen der Kl. gewürdigt und ihnen in gebotenem Maße Rechnung getragen.

„Wie vom VG bereits zutreffend dargelegt, hat die Behörde nämlich die **Duldung des baurechtswidrigen Zustands** an die Bedingung geknüpft, dass die Beigel. **keine strengeren Lärmschutzanforderungen** geltend machen, als dies für eine Betriebswohnung in einem Gewerbebetrieb beansprucht werden könnte. Dies bedeutet, dass sich die Beigel. mit **den in einem Gewerbegebiet zwangsläufig entstehenden und als gebietsverträglich zu bewertenden Geräuscheinwirkungen**, einschließlich auftretender Geräuschspitzen, **abzufinden** haben. Sofern sie darüber hinaus Schutzvorkehrungen auch unterhalb des in einem Gewerbegebiet üblichen Niveaus beanspruchen und gegenüber dem Bekl. geltend machen, stellen sie damit die ihnen lediglich unter der vorgenannten Bedingung gewährte Duldung infrage. Ferner hat der Bekl. in seinem Bescheid vom 10.02.2011 den Interessen der Kl. dadurch Rechnung getragen, dass er sich die **Möglichkeit des Einschreitens in der Zukunft ausdrücklich vorbehalten** und dabei durchaus offen gelassen hat, ob nicht der – von den Kl. angesprochene – Zeitpunkt des Ablebens der Beigel. und damit die Beendigung der derzeit praktizierten baurechtswidrigen Nutzung des Hauses einen Anlass für ein Einschreiten darstellt.

Soweit darin eine **Einschränkung** gegenüber der großzügigeren, nämlich eine Anschlussnutzung durch die Kinder der Beigel. einschließende **Duldungsregelung** im Schreiben des Landrats vom 15.09.2008 zu sehen ist, ist dies rechtlich nicht zu beanstanden. Denn § 50 VwVfG i. V. mit § 1 RhPfvwVfG stellt **Aufhebungen bzw. Einschränkungen von Verwaltungsakten anlässlich oder gelegentlich eines Rechtsbehelfsverfahrens** – wie hier – von Vertrauensschutzerwägungen nach §§ 48 oder 49 VwVfG frei (vgl. Ziekow, VwVfG, 2. Aufl. [2010], § 50 Rn. 2).“ (OVG Koblenz aaO)

IV. Ergebnis

Trotz Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen der Eingriffsermächtigung in § 81 S. 1 LBO Rhl.Pf. haben die Kl. keinen Anspruch auf ein bauaufsichtliches Einschreiten gegen die im Haus der Beigel. stattfindende Wohnnutzung, weil der Bekl. dies zum jetzigen Zeitpunkt fehlerfrei abgelehnt hat.

GG **Ungleichbehandlung eingetragener Lebenspartnerschaften** **VerfR**
Art. 3 **keine Geltung für dynamische Verweisungen**

(BVerfG in NVwZ 2012, 1304; Beschluss vom 19.06.2012 – 2 BvR 1397/09)

1. Die Ungleichbehandlung von verheirateten und in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebenden Beamten beim Familienzuschlag der Stufe 1 (§ 40 I Nr. 1 BBesG) stellt eine am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG zu messende **mittelbare Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung** dar.
2. Geht die **Privilegierung der Ehe** mit einer Benachteiligung anderer, in vergleichbarer Weise rechtlich verbindlich verfasster Lebensformen einher, obgleich diese nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zwecken vergleichbar sind, **rechtfertigt der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe keine Differenzierungen**. Vielmehr bedarf es in solchen Fällen jenseits der bloßen Berufung auf Art. 6 I GG eines **hinreichend gewichtigen Sachgrundes**, der gemessen am jeweiligen Regelungsgegenstand und -ziel die Benachteiligung dieser anderen Lebensformen rechtfertigt.

Fall: Der Bf., ein seit 2002 in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebender Bundesbeamter der Besoldungsgruppe A 8, begehrt unter Berufung auf Art. 3 I GG rückwirkend vom Ende des Jahres 2003 bis zum 01.01.2009 eine Gleichbehandlung mit verheirateten Beamten hinsichtlich des Familienzuschlags der Stufe 1 gem. § 40 I Nr. 1 BBesG (ehebezogener Teil im Familienzuschlag). Das BBesG sieht einen Familienzuschlag nur für verheiratete Beamte vor. Durch das Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG) vom 16. 2. 2001 (BGBl I, 266) führte der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1. 8. 2001 das Institut der Lebenspartnerschaft ein. Die meisten Regelungen des Lebenspartnerschaftsgesetzes waren den Regelungen der Ehe nachgebildet oder verwiesen auf diese.

Mit Art. 4 des Gesetzes zur Übertragung ehebezogener Regelungen im öffentlichen Dienstrecht auf Lebenspartnerschaften vom 14. 11.2011 (BGBl I, 2219) wurde schließlich das Bundesbesoldungsgesetz novelliert und mit dem neu eingefügten § 17 b BBesG die entsprechende Geltung aller ehebezogenen Regelungen des Bundesbesoldungsgesetzes für in einer Lebenspartnerschaft lebende Beamte angeordnet. Laut Art. 10 I des Gesetzes ist dieses mit Wirkung vom 01.01.2009 in Kraft getreten.

Gegen die Ablehnung der Gewährung eines Familienzuschlags hat der Bf. durch alle Instanzen geklagt und gegen die ablehnende Entscheidung sowie die zurückweisenden Urteil Verfassungsbeschwerde mit der Begründung eingelegt, dass er seinen Grundrechten aus Art. 3 I GG verletzt sei. Trifft dies zu?

I. Gewährleistungsgehalt des Art. 3 I GG

„Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln sowie **wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln** (vgl. BVerfGE 79, 1 [17] = NJW 1992, 1303; BVerfGE 126, 400 [416] = NJW 2010, 2783; st. Rspr.). Verboten ist daher auch ein **gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss**, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird (vgl. BVerfG NJW-RR 2004, 1657; BVerfG NJW 2005, 1923; BVerfG NJW 2006, 2757; BVerfG NJW 2010, 1439; BVerfG NJW 2010, 2783; st. Rspr.).“ (BVerfG aaO)

II. Ungleichbehandlung

Die abweichende Behandlung von verheirateten und in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebenden Beamten durch die Regelung des § 40 I Nr. 1 BBesG könnte eine am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG zu messende mittelbare Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung darstellen.

„Zwar richtet sich die Gewährung beziehungsweise Nichtgewährung des Familienzuschlags nach § 40 I Nr. 1 BBesG nicht ausdrücklich nach der sexuellen Orientierung, sondern nach dem Familienstand des jeweiligen Beamten. **Mittelbar wird damit jedoch an die sexuelle Orientierung angeknüpft**. Denn auch wenn der das Differenzierungskriterium für die Gewährung des Familienzuschlags bildende Familienstand den betroffenen Beamten unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung zugänglich ist, ist doch die **Entscheidung des Einzelnen für eine Ehe oder eine eingetragene Lebenspartnerschaft kaum trennbar mit seiner sexuellen Orientierung verbunden** (vgl. BVerfGE 124, 199 [221] = NJW 2010, 1439; BVerfGE 126, 400 [419] = NJW 2010, 2783). Gesetzliche Bestimmungen, die die Rechte eingetragener Lebenspartner regeln, erfassen **typischerweise homosexuelle Menschen**, während solche, die die Rechte von Ehegatten regeln, typischerweise heterosexuelle Menschen erfassen (vgl. BVerfG NJW 2010, 1439; BVerfG NJW 2010, 2783; BVerfG NJW 2008, 209).“ (BVerfG aaO)

Die Gewährung des Familienzuschlags für Beamte in der Lebensform einer Ehe gegenüber der Nichtgewährung für Beamte in der Lebensform einer eingetragenen Lebenspartnerschaft stellt eine Ungleichbehandlung dar.

III. sachliche Rechtfertigung

Diese Ungleichbehandlung müsste sachlich gerechtfertigt sein.

1. Maßstab für die sachliche Rechtfertigung

a) Allgemeine Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung

„Aus Art. 3 I GG ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen **unterschiedliche Grenzen**, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengeren Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfG NJW 1993, 1517; BVerfG NJW 2007, 573; BVerfG NJW 2010, 1439; BVerfG NJW 2010, 2783; st. Rspr.). **Genauere Maßstäbe und Kriterien** dafür, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall das Willkürverbot oder das Gebot verhältnismäßiger Gleichbehandlung durch den Gesetzgeber verletzt ist, lassen sich **nicht abstrakt und allgemein**, sondern nur bezogen auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen (vgl. BVerfG NJW 1987, 3115; BVerfG NJW 2000, 418; BVerfGE 103, 310 [318]; BVerfG NJW 2002, 1103; BVerfG NJW-RR 2004, 1657; BVerfG NVwZ 2008, 998; BVerfG NJW 2010, 2783).“ (BVerfG aaO)

b) Besonderheiten bei der Ungleichbehandlung von Personengruppen

Allerdings hat das BVerfG Kriterien entwickelt, die erfüllt sein müssen, wenn es um die Ungleichbehandlung von Personengruppen geht.

„Im Fall der Ungleichbehandlung von Personengruppen besteht regelmäßig eine **strenge Bindung des Gesetzgebers an die Erfordernisse des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**; dies gilt auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten (nur) mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt (vgl. BVerfG NJW 2000, 1471; BVerfGE 103, 310 [319]; BVerfG NVwZ 2004, 846).“ (BVerfG aaO)

c) Ungleichbehandlung durch eine gesetzliche Regelung.

Erfolgt die Ungleichbehandlung durch eine gesetzliche Regelung, so muss auf die Normadressaten abgestellt werden.

„Eine Norm verletzt danach den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG, wenn durch sie eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten verschieden behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen **keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen**, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfG NJW 1981, 271; BVerfG NJW 1991, 2272; BVerfGE 100, 195 [205]; BVerfGE 107, 205 [213]; BVerfG NVwZ 2004, 463; BVerfG NVwZ 2004, 846; BVerfG NJW 2010, 1439; BVerfG NJW 2010, 2783; st. Rspr.).

Die **Anforderungen** an die Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung von Personengruppen sind **umso strenger**, je mehr sich die zur Unterscheidung führenden personenbezogenen Merkmale **den in Art. 3 III GG genannten Merkmalen annähern**, d. h. je größer die Gefahr ist, dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur **Diskriminierung einer Minderheit** führt (vgl. BVerfG NJW 1993, 1517; BVerfG NJW 1998, 1475; BVerfGE 124, 199 [220]). Dies ist etwa bei Differenzierungen nach der sexuellen Orientierung der Fall (vgl. BVerfGE 124, 199 [220]; BVerfGE 126, 400 [419]; BVerfG NJW 2008, 209; Osterloh, in: Sachs, GG, 6. Aufl. [2011], Art. 3 Rn. 92 ff.; Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 11. Aufl. [2011], Art. 3 Rn. 19 a).“ (BVerfG aaO)

d) Keine Besonderheiten im Bereich des Beamtenbesoldungsrechts

Der Gesetzgeber besitzt im Bereich der Beamtenbesoldung **grundsätzlich einen weiten Spielraum politischen Ermessens**, innerhalb dessen er das Besoldungsrecht den tatsächlichen Notwendigkeiten und der fortschreitenden Entwicklung anpassen und verschiedenartige Gesichtspunkte berücksichtigen kann (vgl. BVerfGE 13, 356 [366 f.]; BVerfGE 26, 141 [158] = NJW 1969, 1803; BVerfGE 117, 330 [352 f.] = NVwZ 2007, 568; BVerfG, NVwZ 2012, 627 Rn. 61; BVerfG NVwZ 2012, 357; st. Rspr.). Dies betrifft sowohl die Struktur als auch die Höhe der angemessenen Besoldung (vgl. z. B. BVerfGE 81, 363 [376]).

„Das BVerfG hat grundsätzlich **nicht zu prüfen**, ob der Gesetzgeber die **gerechteste, zweckmäßigste und vernünftigste Lösung** gewählt hat. Es beanstandet nur die Überschreitung äußerster Grenzen, jenseits derer sich gesetzliche Vorschriften bei der Abgrenzung von Lebenssachverhalten als evident sachwidrig erweisen, solange dem Handeln des Besoldungsgesetzgebers **nicht von der Verfassung selbst getroffene Wertungen entgegenstehen** (vgl. BVerfG NVwZ 1984, 231; BVerfG NVwZ 2007, 568). Ob Letzteres der Fall ist, steht hier gerade in Frage.“ (BVerfG aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist daher, ob die Ungleichbehandlung von verheirateten und in eingetragenen Lebenspartnerschaften lebenden Beamten beim Anspruch auf Gewährung des Familienzuschlags der Stufe 1 sachlich gerechtfertigt ist.

a) Schutz der Ehe als Grund für Ungleichbehandlung

Der in Art. 6 I GG verankerte besondere Schutz der Ehe könnte die Ungleichbehandlung rechtfertigen.

*„Das Grundgesetz stellt in Art. 6 I Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Damit **garantiert die Verfassung** nicht nur das Institut der Ehe, sondern gebietet als verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts **einen besonderen Schutz durch die staatliche Ordnung** (vgl. BVerfGE 6, 55 [72]; BVerfGE 55, 114 [126]; BVerfGE 105, 313 [346]). Um diesem Schutzauftrag Genüge zu tun, ist es insbesondere Aufgabe des Staates, alles zu unterlassen, was die Ehe beschädigt oder sonst beeinträchtigt, und sie durch geeignete Maßnahmen zu fördern (vgl. BVerfG NJW 1957, 417; BVerfG NJW 1970, 1176; BVerfG NJW 1980, 689; BVerfGE 76, 1 [41]; BVerfGE 80, 81 [92 f.]; BVerfG NJW 1999, 557).“* (BVerfG aaO)

Die Wertentscheidung des Art. 6 I GG bildet einen sachlichen Differenzierungsgrund, der in erster Linie zur Rechtfertigung einer Besserstellung der Ehe gegenüber anderen, durch ein geringeres Maß an wechselseitiger Pflichtbindung geprägten Lebensgemeinschaften geeignet ist (vgl. hierzu etwa BVerfG NJW 1959, 1483; BVerfG NJW 2005, 1413; BVerfGE 115, 1 [19]; BVerfG NJW 2007, 1343; BVerfG NJW 2010, 1439).

*„Geht die Privilegierung der Ehe mit einer Benachteiligung anderer, in vergleichbarer Weise rechtlich verbindlich verfasster Lebensformen einher, obgleich diese nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zwecken vergleichbar sind, rechtfertigt der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe eine solche Differenzierung indes nicht (vgl. BVerfG NJW 2010, 1439; BVerfGE 126, 400 [420]). In solchen Fällen bedarf es jenseits der bloßen Berufung auf Art. 6 I GG **eines hinreichend gewichtigen Sachgrundes**, der gemessen am jeweiligen Regelungsgegenstand und -ziel die Benachteiligung dieser anderen Lebensformen rechtfertigt (vgl. BVerfG NJW 2010, 1439).“* (BVerfG aaO)

Allein der besondere Schutz der Ehe in Art. 6 I GG vermag die Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft nicht zu rechtfertigen.

b) Normzweck für Gewährung des Familienzuschlags

Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung könnte sich aber aus dem Zweck des gewährten Familienzuschlags für verheiratete Beamte ergeben.

*„Dem ehgattenbezogenen Teil des Familienzuschlags kommt eine **„soziale, nämlich familienbezogene Ausgleichsfunktion“** zu (vgl. BVerfG NVwZ 1986, 735; BVerwG, NVwZ-RR 2006, 259; Schinkel/Seifert, in: Fürst, Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht – GKÖD, Bd. 3, Lfg. 1/12, K, § 40 Rdnr. 11), mit der im Interesse der Funktionsfähigkeit des Berufsbeamten- und Richtertums zur Unabhängigkeit auch des verheirateten Bediensteten beigetragen werden soll (so BVerfGE 71, 39 [62] = NVwZ 1986, 735). Soweit § 40 I Nr. 1 BBesG verheirateten Beamten einen Anspruch auf Familienzuschlag der Stufe 1 gewährt, soll er **faktische Mehrbedarfe verheirateter Beamter vor allem im Vergleich zu ledigen Beamten ausgleichen** (vgl. etwa Dawin, in: Kugele, BBesG, 2011, § 40 Rn. 4).“* (BVerfG aaO)

Dieser Gesetzeszweck kann eine Privilegierung verheirateter Beamter im Verhältnis zu in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Beamten nicht rechtfertigen, weil nichts dafür ersichtlich ist, dass die mit § 40 I Nr. 1 BBesG auszugleichenden Mehrbedarfe nicht ebenso bei in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Beamten bestehen.

*„So sind **keine Unterschiede in den Wohnkosten** zwischen verheirateten und in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Beamten erkennbar. Ebenso sind die **Unterhaltungspflichten** innerhalb von Ehen und eingetragenen Lebenspartnerschaften bereits seit Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes weitgehend identisch geregelt (s. BVerfG NJW 2010, 1439).*

*Eine etwaige, aus den Gesetzgebungsmaterialien nicht erkennbare **familienpolitische Intention des Gesetzgebers**, mit Hilfe des Familienzuschlags der Stufe 1 einen Anreiz zur Eingehung von Ehen zu bilden, um damit die Zahl der in den „behüteten“ Verhältnissen einer Ehe aufwachsenden Kinder zu erhöhen vermag die Ungleichbehandlung ebenfalls nicht zu rechtfertigen. **Auch die „behüteten“ Verhältnisse in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft können das Aufwachsen von Kindern fördern.**“* (BVerfG aaO)

3. Ergebnis

Die Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft beim Familienzuschlag ist danach nicht gerechtfertigt. Es liegt eine Verletzung von Art. 3 I GG vor.

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

§ 543 II Nr. 3

Zahlungsverzugskündigung

Mietrückstand von weniger als 2 Monatsmieten

BGB

(BGH in MDR 2013, 24 = NJW 2013, 159; Urteil vom 10.10.2012 – VIII ZR 107/12)

Eine **ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs** ist auch **unterhalb der** für die fristlose Kündigung geltenden **Grenze des § 543 II Nr. 3 BGB möglich**. Dabei liegt jedoch keine erhebliche Pflichtverletzung des Mieters vor, wenn der Mietrückstand eine Monatsmiete nicht übersteigt und die Verzugsdauer weniger als einen Monat beträgt.

I. In der **Rspr. der Instanzgerichte** und in der **mietrechtlichen Lit.** ist streitig, wie hoch ein vom Mieter verschuldeter Zahlungsrückstand sein und wie lange er angedauert haben muss, um die ordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

1. Nach einer **teilweise vertretenen Auffassung** soll den in § 543 II Nr. 3 BGB für die fristlose Kündigung festgelegten Voraussetzungen eine allgemeingültige Bedeutung zukommen.

Deshalb setze auch eine auf Zahlungsverzug gestützte ordentliche Kündigung voraus, dass sich der Mieter mit einem Betrag in Höhe von zwei vollen Monatsmieten oder für zwei aufeinanderfolgende Monate mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete in Verzug befinde (Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl., § 573 Rn 27; MüKo-BGB/Häublein, 6. Aufl., § 573 Rn 59).

2. Nach der **Gegenauffassung** kommt auch bei einem Zahlungsverzug unterhalb der Schwelle des § 543 II Nr. 3 BGB eine ordentliche Kündigung in Betracht.

Dabei werden an die Höhe des Rückstands und die Dauer des Verzugs unterschiedliche Anforderungen gestellt. Teilweise soll jeder Zahlungsverzug zur Kündigung berechtigen, soweit es sich nicht um einen solchen handle, der auch bei jedem gutwilligen Vertragspartner einmal auftreten könne und nur zu einer kurzfristigen Störung des Vertragsverhältnisses führe (Schmid DWW 1982, 77); auch Rückstände unterhalb einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer unterhalb eines Monats werden gelegentlich als ausreichend angesehen (Bub/Treier, Hdb. d. Geschäfts- u. Wohnraummiete, 3. Aufl., IV Rn 64).

3. **Überwiegend** wird jedoch eine erhebliche Pflichtverletzung erst bei einem Rückstand von einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer von mindestens einem Monat angenommen (LG Wiesbaden NJW-RR 2003, 1096 = NZM 2003, 713: rückständige titulierte Monatsmiete; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2011, § 573 Rn 47; Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 573 Rn 28; Schmid/Gahn, Miete, 2006, § 573 Rn 22; Erman/Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 573 Rn 24; vgl. auch Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 573 Rn 16: mindestens ein halber Monat Verzugsdauer).

II. **BGH aaO** gibt nunmehr der Auffassung den Vorzug, dass auch unterhalb der in § 543 III Nr. 2 BGB festgelegten Grenzen eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs möglich ist.

*„Die fristlose Kündigung setzt voraus, dass dem Vermieter unter **Abwägung aller Umstände des Einzelfalls** die Fortsetzung des Vertrags nicht bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist zugemutet werden kann. Demgegenüber knüpft die ordentliche Kündigung an eine **nicht unerhebliche Vertragsverletzung des Mieters** an, die dem Vermieter die Lösung vom Vertrag nur unter Beachtung gesetzlicher oder vereinbarter Kündigungsfristen erlaubt. Angesichts dieser **unterschiedlichen Anforderungen an die fristlose und die ordentliche Kündigung** besteht kein Grund, die vom Gesetzgeber für die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs festgelegten Grenzen auf die ordentliche Kündigung zu übertragen.“* (BGH aaO)

BGB

§ 631

Fälligkeit des Werklohns

Ohne Abnahme bei Geltendmachung von Mängeln

BGB

(OLG Brandenburg in NJW-RR 2012, 23; Urteil vom 07.06.2012 – 12 U 234/11)

Eine **Abnahme** ist als Voraussetzung der Fälligkeit des Werklohnanspruchs dann **nicht mehr erforderlich**, wenn sich der Auftraggeber gegen die Werklohnforderung allein mit auf Geldzahlung gerichteten **Gewährleistungsansprüchen** verteidigt, aber **keine Nacherfüllung mehr verlangt**, da in diesem Fall ein **Abrechnungsverhältnis** zwischen den Parteien eingetreten ist.

Gleiches gilt, wenn Mängel, die zur Begründung einer Abnahmeverweigerung herangezogen worden sind, zwischenzeitlich anderweitig behoben worden sind (OLG Karlsruhe NJW-RR 2010, 1609 = NZBau 2011, 31).

*„Schließlich kann **wegen unwesentlicher Mängel die Abnahme nicht verweigert** werden, § 640 I 2 BGB. Eine **vergleichbare Situation** besteht vorliegend. Zwar ist zwischen den Parteien ein reines Abrechnungsverhältnis nicht begründet worden, weil die Bekl. teilweise weiterhin eine Mängelbeseitigung begehren. Der zu berücksichtigende Mangel betrifft jedoch nur einen unwesentlichen Teil der von der Kl. geschuldeten Gesamtleistung, so dass auf ihn eine Abnahmeverweigerung nicht gestützt werden kann und die fehlende Abnahme im Hinblick auf deren ausdrückliche Verweigerung durch die Bekl. der Fälligkeit der Werklohnforderung nicht entgegensteht (vgl. BGHZ 174, 110 = NJW 2008, 511 = NZBau 2008, 109 = NZM 2008, 94). Zugleich erscheint es unbillig, eine*

Fälligkeit des Werklohnanspruchs im Hinblick auf weitere Mängel der Leistung zu verneinen, deren Beseitigung der Auftraggeber vom Auftragnehmer nicht mehr verlangt, sei es weil die Mängel zwischenzeitlich behoben worden sind oder weil er insoweit einen Kostenvorschuss zur Selbstvornahme nach § 637 BGB verlangt.“ (OLG Brandenburg aaO)

HGB
§ 18 II

Namensführung eines Einzelkaufmanns
Zulässigkeit der Verwendung eines Phantasienamens

HGB

(OLG München in MDR 2013, 44; Beschluss vom 08.11.2012 – 31 Wx 415/12)

Die Verwendung eines fiktiven Namens für einen Einzelkaufmann ist nicht irreführend.

„Nach §18 II HGB kann die Eintragung einer Firma in das Handelsregister nur dann abgelehnt werden, wenn der gewählte **Firmenname über geschäftliche Verhältnisse irreführt**, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind (vgl. MüKo-HGB/Heidinger, 2. Aufl., Vor § 17 HGB Rn 22; LG Landshut MittBayNot 2000, 333; OLG Oldenburg BB 2001, 1373; LG Frankfurt/Oder GmbHR 2002, 966; LG Limburg GmbHR 2006, 261; OLG Saarbrücken Rpfleger 2006, 415; OLG Jena NZG 2010, 1354).

Eine Irreführung kommt im vorliegenden Fall durch den Namen „E. D.“ nicht in Betracht. Es ist zwar richtig, dass der gewählte Name den Anschein eines Vor- und Nachnamens erweckt. Das bedeutet aber lediglich, dass für die Bezeichnung der Firma ein nicht existenter Name verwendet wird.

Bei der Prüfung, ob hierdurch die angesprochenen Verkehrskreise irreführt werden, ist zunächst danach zu fragen, welchen **Sinn der Handelsname** nach dem seit 1998 reformierten Handelsrecht hat. Nach dem - nun - **liberalisierten Firmenrecht** sind den Unternehmern **größere Wahlmöglichkeiten bei der Bildung aussagekräftiger und werbewirksamer Firmen** eingeräumt worden. Daher sind seit dem **auch Phantasie-, Sach- und Personenfirmen oder Mischformen zulässig** (vgl. dazu statt aller MüKo-HGB/Heidinger aaO, Vor § 17 HGB Rn 5). Deshalb birgt die **Verwendung des Namens einer tatsächlich nicht existierenden Person** nach aktuellem Recht **keine relevante Irreführung**.

I. Ü. kann schon nach den **hergebrachten Regelungen der §§ 22, 24 HGB** über die Fortführung des Firmennamens bei Erwerb des Handelsgeschäfts bzw. Änderungen im Gesellschafterbestand **nicht erwartet** werden, **dass die Firma Aufschluss über den bürgerlichen Namen des Geschäftsinhabers gibt**. Kennt - wie hier - der durchschnittliche Angehörige der angesprochenen Verkehrskreise den Träger des verwendeten Namens nicht, kann durch ihn auch keine Verwechslung entstehen (so Staub, 5. Aufl. 2009, §18 HGB Rn 56). Deshalb reicht es aus, wenn die Personenfirma irgendeinen Familiennamen enthält (Ensthaler/Steitz, 7. Aufl. 2007, § 18 HGB Rn 8). Es ist auch die Verwendung des Namens einer (fiktiven) Person zulässig, die keinen Bezug zum Unternehmen hat. Zu einer Täuschung kommt es nicht, weil der Verkehr nach der aktuellen Rechtslage nicht erwarten kann, durch den Firmennamen über den bürgerlichen Namen des Inhabers einer Personenfirma informiert zu werden.“ (OLG München aaO)

StGB
§ 113 III 1

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte
Fehlerhafte Belehrung als rechtswidrige Diensthandlung

StGB

(OLG Celle in StV 2013, 25; Beschluss vom 23.07.2012 – 31 Ss 27/12)

Eine **Diensthandlung** ist dann **rechtswidrig** i. S. des § 113 III 1 StGB, wenn ein Polizeibeamter einen **Betroffenen falsch belehrt** hat (hier: Belehrung über eine allgemeine Verkehrskontrolle nach § 35 V StVO bei Vorliegen des Verdachts einer Trunkenheitsfahrt).

„Zwar ermächtigt die Vorschrift des § 36 V StVO ihrem Wortlaut zufolge **Polizeibeamte zum Durchführen einer Verkehrskontrolle einschließlich der Verkehrstüchtigkeit von Verkehrsteilnehmern und sind nach der VwV zu dieser Norm Verkehrskontrollen sowohl solche zur Prüfung der Verkehrstüchtigkeit der Führer oder der nach den Verkehrsvorschriften mitzuführenden Papiere als auch solche zur Prüfung des Zustands der Fahrzeuge**. Allgemeine Verkehrskontrollen i. d. S. sind **allgemeinem Verständnis zufolge indessen lediglich präventive verkehrsbezogene Maßnahmen, die ergriffen werden, um vorbeugend die Ordnung und Sicherheit des Straßenverkehrs zu gewährleisten, ohne dass ein augenblickliches Bedürfnis zur Regelung des Straßenverkehrs bzw. zum Erhalten seiner Ordnung und Sicherheit vorliegt oder eine Veranlassung zum repressiven Einschreiten zum Verfolgen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit besteht** (vgl. nur BayObLG NJW 1987, 1095). Für eine allgemeine Verkehrskontrolle auf der Grundlage von § 36 V StVO ist demzufolge **kein Raum, wenn das Anhalten eines Verkehrsteilnehmers wegen des konkreten Verdachts einer Verkehrsstrafat oder Verkehrsordnungswidrigkeit erfolgt** (BGH NSTz 1984, 270 unter Hinweis auf die Genese der Norm; Burmann/Heß/Janke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 22. Aufl., § 36 Rn 12; Janiszewski NSTz 1983, 513).

Die gegenteilige Auffassung, die ein Eingreifen auf der Grundlage des § 36 V StVO und eine hierauf gestützte Pflicht zur Herausgabe der Papiere auch bei Vorliegen einer konkreten Verdachtslage für zulässig erachtet (OLG Düsseldorf NZV 96, 458; Hentschel NSTz 1984, 271; Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 41. Aufl., § 36 Rn 24; Bouska DAR 1984, 33) vermag nicht zu überzeugen. Denn ein Verstoß gegen eine im Rahmen einer Verkehrskontrolle erfolgende Weisung ist seinerseits **bußgeldbewehrt, und es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber einen konkret Betroffenen oder Straftäter durch Sanktionen veranlassen will, an der Erforschung oder der Ahndung einer von ihm begangenen und beendeten Ordnungswidrigkeit oder Straftat aktiv mitzuwirken**.

Dies schließt bei Vorliegen einer konkreten Verdachtslage ein Einschreiten der Polizeibeamten indessen nicht aus: Ihr Vorgehen stützt sich dann aber nicht auf die Vorschrift in § 36 V StVO, sondern auf die bes. Regelungen der StPO und des Polizeirechts (z. B. §§ 163b i. V. m. §§ 163a IV 1 StPO, 53 OWiG). Dies kann für die Frage nach der **formellen Rechtmäßigkeit des Handelns von Polizeibeamten**, vorliegend v. a. im Hinblick auf das **Einhalten der wesentlichen Förmlichkeiten** einschl. einer formal ordnungsgemäßen Belehrung, nicht ohne Folgen bleiben. Die fehlerhafte, weil bei Vorliegen eines konkreten Verdachts auf § 36 V StVO gestützte, Belehrung des Angekl. muss demnach zur **Rechtswidrigkeit der maßgeblichen Diensthandlung führen**.“ (OLG Celle aaO)

StGB
§ 185

Beleidigung

Titulierung einer Person als „Homosexueller“

StGB

(LG Tübingen in NSTZ-RR 2013, 10; Urteil vom 18.07.2012 – 24 Ns 13 Js 10523/11)

Die **Titulierung einer Person** (hier: eines Polizeibeamten) als „Homosexueller“ stellt **keine Beleidigung** dar. Anderes gilt für Äußerungen, die eine Herabwürdigung ausdrücken, wie z. B. „Schwuchtel“.

„Diese Bewertung folgt aus Art. 3 GG und der einfachgesetzlichen Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes durch § 1 des Antidiskriminierungsgesetzes (ADG). Demzufolge sind „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen“. Niemand darf also wegen seiner sexuellen Identität diskriminiert werden.

Schon rein empirisch ist zweifelhaft, ob die Bezeichnung als „homosexuell“ eine Herabwürdigung enthält. Das mag in der Vergangenheit anders gewesen sein. Der gesellschaftliche Wandel in der Einstellung zur Homosexualität äußert sich etwa darin, dass sich führende Politiker oder Prominente als Homosexuelle offenbaren. Auch innerhalb der Polizei gibt es ein „Netzwerk für Lesben und Schwule“, das sich für mehr Toleranz einsetzt (s. www.velspol.de).

Entscheidend ist aber, dass sich das Strafrecht in einen Widerspruch zu dem verfassungsrechtlich begründeten Antidiskriminierungsansatz begeben würde, wenn die Bezeichnung als „homosexuell“ als ehrmindernd und herabsetzend bewertet würde. Darin käme gerade die Diskriminierung zum Ausdruck, die von Rechts wegen nicht mehr sein soll. Insoweit verhält es sich nicht anders wie mit sonstigen Bezeichnungen einer sexuellen Präferenz wie „bisexuell“ oder „heterosexuell“ oder mit Bezeichnungen einer religiösen Zugehörigkeit wie Katholik oder Jude – und zwar völlig unabhängig davon, ob der Erklärungsempfänger der betreffenden Personengruppe angehört. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass hier uniformierte Polizeibeamte als „homosexuell“ tituliert wurden. Ein Sonderrecht für Polizeibeamte in Uniform – schärfer: eine Ausnahme vom verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot – ist nicht anzuerkennen.

Anders beurteilen sich Äußerungen, die sich nicht auf die Bezeichnung „homosexuell“ beschränken, sondern zusätzlich eine Herabwürdigung ausdrücken wie z.B. „dreckige Schwanzlutscher“ oder „Schwuchteln“. (LG Tübingen aaO)

StGB
§§ 221 I Nr. 2, III, 13

Aussetzung
Unterlassungsdelikt

StGB

(BGH in StV 2013, 24; Beschluss vom 19.10.2011 – 1 StR 233/11)

Bei der Aussetzung durch Im-Stich-Lassen handelt es sich um ein Unterlassungsdelikt.

I. Seit der Neufassung des § 221 StGB durch Art. 1 Nr. 37 des 6. StrRG vom 26.01.1998 (BGBl I, 164) hat der BGH die Rechtsnatur von § 221 I Nr. 2 StGB i. S. einer Abgrenzung zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikt noch nicht behandelt.

Die Fachlit. vertritt unterschiedliche Standpunkte:

- Etliche Autoren sprechen sich für ein sowohl durch Tun als auch durch Unterlassen begehbare Delikt aus.
z.B. Schönke/Schröder-Eser, 28. Aufl., § 221 Rn 10; Fischer, 58. Aufl., § 221 Rn 12; Lackner/Kühl, 27. Aufl., § 221 Rn 4; LK-Jähnke, 11. Aufl., § 221 Rn 22, 28, 29; zusammenfassend Wielant aaO, S. 114 m. w. Nachw. in Fn 194; Lautner, Systematik des Aussetzungstatbestands, S. 196 m. w. Nachw. in Fn 1039
- Andere halten § 221 I Nr. 2 StGB für ein (reines) Unterlassungsdelikt (z.B. SK-StGB-Horn/Wolters § 221 Rn 6; MüKo-StGB/Hardtung § 221 Rn 2; NK-StGB-Neumann 3. Aufl., § 221 Rn 19; Lautner aaO.).
- § 221 I Nr. 2 StGB wird auch als der (normierte) unechte Unterlassungstatbestand zu § 221 I Nr. 1 StGB angesehen (vgl. z.B. Roxin StGB, AT II § 31 Rn 18; Wielant aaO, S. 400f.; Roxin aaO, Rn 250 weist ausdrücklich auf die Anwendbarkeit von § 13 II StGB hin).
- Teilweise wird noch weiter differenziert. (z.B. Küper ZStW 111, 30, 58f.; Hohmann/Sander StGB, BT II 2. Aufl., S. 48).

II. BGH aaO ordnet § 221 I Nr. 2 StGB als Unterlassungsdelikt ein.

„Das Verlassen des Opfers ist – anders als nach der früheren Gesetzeslage (vgl. hierzu BGHSt 38, 78) – nur noch ein faktischer Anwendungsfall, aber kein gesetzlicher Unterfall des Im-Stich-Lassens. Dass der Täter die gebotene Handlung deshalb nicht vornimmt, weil er den Ort, an dem er handeln müsste, verlässt, ändert nichts an dem grundsätzlichen Rechtscharakter der Tat. Letztlich ist bei der Bewertung von Verhaltensweisen unter dem Blickwinkel, ob strafbares Tun oder strafbares Unterlassen vorliegt, darauf abzustellen, worin der „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ liegt (st. Rspr., vgl. BGHSt 6, 46; BGH NStZ 2005, 446; BGH NStZ-RR 2006, 174; w. Nachw., auch für die anderen Auffassungen, bei Wielant aaO, S. 156 Fn 379). Dieser liegt darin, dass der Täter die gebotene Hilfeleistung unterlässt, ohne dass es darauf ankommt, ob er sich (zusätzlich) entfernt.“ (BGH aaO)

StGB
§ 266

Untreue
Gravierender Pflichtenverstoß

StGB

(OLG Hamm in NStZ-RR 2012, 374; Urteil vom 21.08.2012 – III-4 RVs 42/12)

Der Tatbestand der Untreue setzt einen gravierenden Pflichtenverstoß voraus.

„Dies entspricht der bisherigen Rspr. des 1. und 3. Strafsenats des BGH (BGHSt 47, 148 = NJW 2002, 1211 = NStZ 2002, 262; BGHSt 49, 147 = NJW 2004, 2448 = NStZ 2004, 559). Soweit der 3. Strafsenat auch einfache Verstöße als ausreichend für die Begründung der Strafbarkeit angesehen hat (BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 = NStZ 2006, 214; „Mannesmannentscheidung“), lässt sich diese Ansicht nach der Entscheidung des BVerfG NJW 2010, 3209 nach Überzeugung des Senats nicht mehr aufrechterhalten. Das BVerfG hat u. a. folgendes zu dieser Frage ausgeführt.

„Auch das Merkmal der Pflichtwidrigkeit hat die höchstrichterliche Rspr. in fallgruppenspezifischen Obersätzen hinreichend in einer Weise konkretisiert, die die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall sichert. Voraussehbarkeit der Strafdrohung und Kohärenz der Rechtsordnung stehen in engem Zusammenhang. Die Ziele dementsprechender Auslegung müssen von Verfassungen wegen darin bestehen, die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken, Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden und den Charakter

des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren. Die (Fort-)Entwicklung geeigneter dogmatischer Mittel zu diesem Ziel obliegt in erster Linie den StrafGer. und hier vornehmlich den RevGer.. Diese müssen im Interesse der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung in wichtigen Anwendungsbereichen des Untreuetatbestands diesen durch fallgruppenspezifische Obersatzbildung unter Berücksichtigung der genannten Kriterien handhabbar machen.

Für eine fallgruppenspezifische Obersatzbildung finden sich in der jüngeren Rspr. des BGH verschiedene Beispiele (vgl. etwa BGHSt 47, 187= NJW 2002, 1585 = NSTz 2002, 322 zum Sponsoring; BGHSt 46, 30= NJW 2000, 2364 = NSTz 2000, 655 und BGHSt 47, 148= NJW 2002, 1211 = NSTz 2002,262 zur Kreditvergabe; BGHSt 50, 331= NJW 2006, 522 = NSTz 2006, 214 zur Prämienengewährung durch Aktiengesellschaften).

Tatbestandsbegrenzende Funktion hat auch die jüngere Rspr., die eine Pflichtverletzung i.S. des § 266 StGB nur dann bejaht, wenn sie gravierend ist (vgl. BGHSt 47, 148 = NJW 2002, 1211 = NSTz 2002, 262; BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585 = NSTz 2002, 322; s. aber auch BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 = NSTz 2006, 214; BGH NJW 2006, 453); aus dem Schrifttum vgl. zust. Kutzner NJW 2006, 3541; ablehnend Beckemper NSTz 2002, 324; Sauer wistra 2002, 465). Der gegen die Rspr. erhobene Einwand, dass sich dem Wortlaut des Tatbestands das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung nicht entnehmen lasse (Schünemann NSTz 2005, 473), überzeugt angesichts der dargelegten **Notwendigkeit einer Beschränkung (Restriktion) des sehr weiten Wortlauts nicht.** (OLG Hamm aaO)

GVG
§ 198 I 1

Entschädigungsanspruch Überlange Verfahrensdauer

GVG

(OVG Magdeburg in NVwZ 2012, 16371; Urteil vom 25.07.2012 – 7 KE 1/11)

Die **Angemessenheit der Dauer eines gerichtlichen Verfahrens** richtet sich nach den **Umständen des Einzelfalls** unter **Berücksichtigung der Schwierigkeit und der Bedeutung** für den Kl. sowie des **Verhaltens der Verfahrensbeteiligten**. Eine lediglich **pauschalisierte zeitliche Würdigung** der Dauer des Gesamtverfahrens **reicht nicht aus**; vielmehr muss eine konkrete Betrachtung einzelner Verfahrensabschnitte erfolgen.

- I. Nach der **Legaldefinition des § 198 I 2 GVG**, welche wiederum auf den Vorgaben der Rspr. des EGMR und des BVerfG beruht (vgl. hierzu Althammer/Schäuble NJW 2012, 1; Schenke NVwZ 2012, 257; Guckelberger DÖV 2012, 279), gibt es **keine gesetzlich definierte Grenze für die Angemessenheit der Verfahrensdauer**; vielmehr hat der **Gesetzgeber** insoweit ausdrücklich von einer „**Fristenlösung**“ **abgesehen**, weil sie der **Vielfältigkeit prozessualer Situationen** nicht gerecht würde (vgl. Steinbeiß-Winkelmann ZRP 2010, 205).
 1. Die Angemessenheit der Verfahrensdauer richtet sich gem. § 198 I 2 GVG „nach den **Umständen des Einzelfalls**“. Dabei ist insbesondere auf die Schwierigkeit und die Bedeutung des Verfahrens sowie auf das Verhalten der Verfahrensbeteiligten und Dritter abzustellen. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „unangemessenen Dauer eines Gerichtsverfahrens“ ist **inhaltlich mit dem Justizgewährungsanspruch** des Art. 2 I i. V. mit Art. 20 III GG **bzw. dem Anspruch auf Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit** gem. Art. 6 I EMRK **auszufüllen**. Die Verfahrensdauer ist als unangemessen anzusehen, wenn eine Abwägung aller Umstände ergibt, dass die aus den genannten Normen folgende Verpflichtung des Staates, Gerichtsverfahren in angemessener Zeit zu einem Abschluss zu bringen, verletzt ist (vgl. hierzu etwa Althammer/Schäuble NJW 2012, 1).
 2. Im Rahmen der Prüfung der Schwierigkeit des Falls sind sowohl **rechtliche als auch tatsächliche Erschwernisse zu berücksichtigen**, mithin etwa die Wichtigkeit und Sensibilität der zu beantwortenden rechtlichen Fragen und die sich daraus ergebenden Anforderungen an die Sorgfalt der gerichtlichen Prüfung und Untersuchung. Von Bedeutung sind der Umfang der gebotenen Anhörungen, das Ausmaß an erforderlicher Aufklärung sowie das Erfordernis der Einholung von Sachverständigengutachten (EGMR BeckRS 2008, 06733).
- II. Hinsichtlich der Prüfung, ob die Dauer eines Gerichtsverfahrens dem Erfordernis der gerichtlichen Entscheidung innerhalb einer „angemessenen Frist“ i. S. Art. 6 I EMRK entsprochen hat, gibt es zwar **keine konkreten zeitlichen Vorgaben**, und zwar weder durch den deutschen Gesetzgeber (§ 198 I GVG) noch durch die Rspr. des EGMR. Als grober Anhaltspunkt kann die Rspr. des EGMR insoweit gelten, als dort in mehreren Entscheidungen eine Verfahrenslaufzeit von etwa einem Jahr pro Instanz als angemessen angesehen worden ist („one year per instance may be a rough rule of thumb in Article 6 § 1 cases“ – so etwa EGMR BeckRS 2010, 90117).

Nicht zu folgen ist nach OVG Magdeburg aaO jedoch dem Ansatz, hier sei die **statistisch erhobene durchschnittliche Bearbeitungszeit eines Zivilrechtsstreits vor den Amtsgerichten** (etwa fünf bis sechs Monate) zu Grunde zu legen und ab einer nach Verdoppelung dieses Durchschnittswertes liegenden Bearbeitungsdauer eines Verwaltungsrechtsstreits ohne Weiteres eine überlange, d. h. „unangemessene“ Dauer des Gerichtsverfahrens zu unterstellen.

„Eine solche **pauschalisierte Betrachtungsweise ist schon per se unzulässig** und verkennt i. Ü. den grundlegend unterschiedlichen Bearbeitungsaufwand eines durchschnittlichen Zivilrechtsstreits vor dem Einzelrichter eines AG und einer Verwaltungsrechtssache vor der Kammer eines VG.

Ebenso wenig vermag der Senat pauschal die durchschnittliche Bearbeitungsdauer eines Verwaltungsrechtsstreits in Sachsen-Anhalt (ca. zwölf Monate) zu Grunde zu legen und allein hierauf abzustellen. Dies würde der vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgegebenen Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer „nach den Umständen des Einzelfalls“ widersprechen. Vielmehr ist in jedem Fall eine **konkrete Betrachtung der Aktivitäten des Gerichts zur Förderung bzw. Erledigung des konkreten Rechtsstreits** geboten, wobei eine Verzögerung in gewissen Verfahrensstadien vertretbar ist, sofern die Gesamtverfahrensdauer nicht als überlang erachtet werden kann.“ (OVG Magdeburg aaO).

(VGH München in NVwZ-RR 2012, 956; Beschluss vom 14.08.2012 – 1 Cs 12.1489)

Die **Einstellung von Instandhaltungsmaßnahmen** an einem Gebäude **kann nicht nach Art. 75 I 1 BayBauO angeordnet** werden; dies gilt **auch dann, wenn** die bauliche Anlage **keinen Bestandsschutz** genießt.

- I. Nach Art. 75 I 1 BayBauO kann die Einstellung von Arbeiten angeordnet werden, wenn **Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet, geändert oder beseitigt** werden.

„Entgegen der Auffassung des VG erfüllen die **Sanierungsmaßnahmen** des Ast. **nicht den Tatbestand der Änderung einer baulichen Anlage**. Vielmehr handelt es sich um **Instandhaltungsmaßnahmen i. S. des Art. 57 VI BayBauO**, die im Rahmen einer Gesamtbetrachtung nach der Verkehrsauffassung von der Änderung baulicher Anlagen (s. Art. 55 I BayBauO) abzugrenzen sind. Der Austausch der Dacheindeckung und der Fenster sowie die Giebelverschalung dienen dazu, die Gebrauchsfähigkeit und den Wert des Gebäudes zu erhalten, ohne dass die Konstruktion und die äußere Gestalt des Gebäudes wesentlich verändert werden (vgl. Koch/Molodowsky/Famers, BayBauO, Stand: Oktober 2011, Art. 3 Rn 43; Jäde/Dirnberger/Weiß, Die neue BayBauO, Stand: Dez. 2007, Art. 3 Rn 35).“ (VGH München aaO)

- II. Die Anwendbarkeit des Art. 75 BayBauO in Fällen der vorliegenden Art ist auch dann nicht gegeben, wenn das in Frage stehende **Gebäude keinen Bestandsschutz** genießt.

„Denn **fehlender Bestandsschutz spielt keine Rolle für die Beurteilung**, ob es sich bei Sanierungsmaßnahmen um eine Änderung einer baulichen Anlage i. S. von § 29 I BauGB oder Art. 55 I BayBauO handelt.

§ 29 I BauGB, der neben der Errichtung baulicher Anlagen und deren Nutzungsänderung auch die Änderung baulicher Anlagen dem Regime der §§ 30 ff. BauGB unterwirft, **knüpft mit dem Begriff des Vorhabens nicht an dessen materielle oder formelle Legalität an**, sondern stellt allein darauf ab, ob durch das Vorhaben bodenrechtliche Belange berührt werden können, was nur der Fall ist, wenn das Vorhaben geeignet ist, eine städtebaulich relevante Entwicklung einzuleiten (vgl. BVerwGE 44, 59; BVerwGE 91, 234 = NVwZ 1993, 983; BVerwG NVwZ 1999, 523). Städtebauliche Relevanz kommt aber Sanierungsmaßnahmen nicht zu, solange sie weder das Erscheinungsbild des Bauwerks verändern noch der Neuerrichtung einer baulichen Anlage gleichkommen. Von einer Änderung i. S. des § 29 I BauGB ist daher nur auszugehen, wenn das Bauvolumen erweitert oder wenn durch die Baumaßnahmen das ursprüngliche Bauwerk seine Identität verliert (vgl. BVerwG NVwZ 2000, 1048; BVerwG BauR 2006, 481).“ (VGH München aaO)

- III. **Fraglich ist, ob der Begriff der Änderung** i. S. des Art. 55 I BayBauO **weiter zu fassen ist als im Bauplanungsrecht** mit der Folge, dass jede bauliche Umgestaltung an nicht bestandsgeschützten Objekten als bauordnungsrechtliche Änderung zu verstehen wäre.

„**Gegen eine derartige Auslegung spricht allerdings die Tatsache, dass Art. 57 VI BayBauO Instandhaltungsarbeiten** ebenso wie die sonstigen nach Art. 57 BayBauO verfahrensfreien Maßnahmen einem **Erlaubnisverfahren entzieht**, ohne auf die materielle Rechtmäßigkeit der Maßnahme abzustellen. Darüber hinaus erweist sich eine derartige Auslegung im vereinfachten Genehmigungsverfahren mit seinem **beschränkten materiellen Prüfprogramm** (Art. 59 S. 1 BayBauO) als wenig sachgerecht, weil abgesehen von den Vorschriften der §§ 29 ff. BauGB, deren Prüfung mangels Vorliegens einer Änderung im bauplanungsrechtlichen Sinn ausscheidet, im Genehmigungsverfahren lediglich örtliche Bauvorschriften und ggf. beantragte Abweichungen zu behandeln wären.“ (VGH München aaO)

- I. Die **Billigkeitsentscheidung** nach § 12 II 3 BBesG ist **notwendiger und untrennbarer Bestandteil der Rückforderungsentscheidung** nach § 12 II 1 BBesG. Die **Rechtsfehlerhaftigkeit einer Billigkeitsentscheidung** nach § 12 II 3 BBesG **hat daher die Rechtswidrigkeit der Rückforderungsentscheidung** nach § 12 II 1 BBesG **zur Folge**.

„Ein Rückforderungsbescheid darf nicht ergehen, ohne dass eine Billigkeitsentscheidung getroffen worden ist. Eine **Billigkeitsentscheidung** zu Gunsten des Schuldners **modifiziert den Rückzahlungsanspruch** (BVerwGE 116, 74 = NVwZ 2002, 854). Die **Billigkeitsentscheidung betrifft nicht lediglich die Vollziehung oder Vollstreckung des Rückforderungsbescheids, sondern den materiellen Bestand des Rückforderungsanspruchs** und ist deshalb **zwingend vor der Rückforderung zu treffen**. Neben dem vollständigen oder teilweisen Absehen von der Rückzahlung kommen die Stundung der Rückzahlungsforderung oder die Einräumung von Ratenzahlungen in Betracht (BVerwG NVwZ-RR 1999, 387 m. w. Nachw.). Vor der Billigkeitsentscheidung nach § 12 II 3 BBesG steht lediglich die Höhe der Überzahlung fest, nicht aber, ob, in welcher Höhe und mit welchen Modalitäten diese Überzahlung auch einen Rückforderungsanspruch nach § 12 II 1 BBesG begründet. Die Billigkeitsentscheidung ist damit **notwendiger und untrennbarer Bestandteil der Rückforderungsentscheidung**.“ (BVerwG aaO)

- II. Auch wenn die Behörde die **Ermessenserwägungen für die Billigkeitsentscheidung** nach § 12 II 3 BBesG im Rahmen eines anhängigen gerichtlichen Verfahrens **im Nachhinein ergänzt**, führt dies zu **keinem anderen Ergebnis**.

„[Es] handelt sich insoweit **nicht um ein nach § 114 S. 2 VwGO im gerichtlichen Verfahren zulässiges Ergänzen der Ermessenserwägungen, sondern angesichts dessen, dass der im vorliegenden Fall allein relevante Billigkeitsaspekt des behördlichen Verschuldens an der Überzahlung zuvor keine Rolle in der Billigkeitsentscheidung der Bekl. gespielt hat, um eine von § 114 S. 2 VwGO nicht gedeckte Auswechslung der die Billigkeitsentscheidung tragenden Gründe** (grdl. zu § 114 S. 2 VwGO: BVerwGE 106, 351 = NVwZ 1999, 425; BVerwG NVwZ-RR 2007, 784).“ (BVerwG aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 531 II

**neues Vorbringen in der Berufungsinstanz
erstmalige Relevanz**

ZPO

(BGH in NJW-RR 2012, 1408; Beschluss vom 10.05.2012 – IX ZR 221/09)

1. Es besteht **keine Verpflichtung, auf Vorrat** auch zu nur möglicher Weise rechtlich relevanten Fragen tatsächlich **vorzutragen**, die nach der Rechtsauffassung des erstinstanzlichen Gerichts keine Rolle spielen.
2. Wird ein **Gesichtspunkt in der Berufungsinstanz erst** dadurch **rechtlich relevant**, dass das Berufungsgericht einen anderen Rechtsstandpunkt vertritt, so muss **darauf bezogenes neues tatsächliches Vorbringen** nach § 531 II Nr. 1 ZPO **zugelassen** werden, da anderenfalls eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör anzunehmen ist.

Fall: Die Kl. beauftragte die beklagte Rechtsanwältin im September 2003 damit, gegen bei ihr tatsächlich oder scheinbar beschäftigte Personen Strafanzeige zu erstatten und Kündigungen vorzubereiten. Mit Bezug auf mögliche Schadensersatzansprüche der Kl. gegen die angezeigten Personen machte die Bekl. in einem Schreiben vom 25.09.2003 die Kl. darauf aufmerksam, dass nach dem maßgebenden Rahmentarifvertrag Ansprüche aus den Arbeitsverhältnissen verfallen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden. Die Kl. beauftragte später Rechtsanwalt B damit, diese Ansprüche widerklagend in den anhängigen Kündigungsschutzprozessen durchzusetzen. Dies blieb wegen des eingetretenen Verfalls ohne Erfolg. Die Kl. verlangt von den Bekl. Ersatz des Verfallsschadens mit der Begründung, nicht ausreichend auf den Ablauf der Verfallfrist hingewiesen worden zu sein.

Das LG Köln (Urteil v. 30.10.2008 – 30 O 416/06, BeckRS 2012, 15184) hat die Klage abgewiesen, weil die Bekl. mit dem Schreiben vom 25.09.2003 ihre Mandatsnebenpflicht erfüllt habe. Das BerGer. hat dies wegen der „Relativierung“ des Hinweises in einem weiteren Schreiben der Bekl. vom 14.10.2003 anders beurteilt und nach den Umständen des Einzelfalls angenommen, es sei nunmehr eine weitere Klarstellung zur Eilbedürftigkeit geboten gewesen, welche die Bekl. versäumt habe. Die Behauptung der Bekl. in der Berufungsverhandlung, der Kl. einen solchen weiteren Hinweis am 11.11.2003 mit den Worten erteilt zu haben, „jetzt wird es eng“, hat es unter Berufung auf § 531 II ZPO nicht berücksichtigt (OLG Köln, Urteil v. 11.11.2009 – 13 U 190/08, BeckRS 2012, 15183). Hat die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde Erfolg?

Nach **§ 531 II ZPO** können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz nur zugelassen werden, wenn sie

- einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist,
- infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden oder
- im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht.

I. Vorliegen eines Zulassungsgrundes nach § 531 II Nr.1 ZPO

Hier geht es darum, dass die Bekl. erst in der Berufungsinstanz vorgetragen hat, den Kl. nochmals mündlich auf die besondere Eilbedürftigkeit hingewiesen zu haben.

*„Der **rechtliche Gesichtspunkt**, dass die Bekl. trotz ihres Schreibens vom 25.09.2003 verpflichtet gewesen sein konnte, wegen entstandener Unklarheiten die Kl. nochmals auf den herannahenden Ablauf der tarifvertraglichen Verfallfrist hinzuweisen, hat **erstinstanzlich** nach der landgerichtlichen Entscheidung **keine Rolle** gespielt. Diese Frage nach einer durch die anwaltliche Sorgfalt gebotenen weiteren Warnung war **erstmalig in der Berufungsinstanz** von Bedeutung. Sie stellte sich dort nur, weil die Kl. nach Ansicht des BerGer. das Schreiben der Bekl. vom 14.10.2003 im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit der schriftlichen Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen **missdeutet** haben konnte. Diese tatrichterliche **Auslegung war nicht selbstverständlich**. Wäre bereits das LG zu diesem Ergebnis gekommen, hätte es die Bekl. nach § 139 II ZPO darauf hinweisen und ihr Gelegenheit zu weiterem Vortrag geben müssen.*

*Nach **gefestigter Rechtsprechung** war nach dieser Verfahrenslage der ergänzende Vortrag der Bekl. gem. § 531 II Nr. 1 ZPO in der Berufungsinstanz zuzulassen (vgl. BGH, NJW-RR 2004, 927; BGHZ 158, 295 [302] = NJW 2004, 2152). Die Zurückweisung des neuen Vorbringens einer Partei in zweiter Instanz verletzt zugleich die Verfassungsgarantie des rechtlichen Gehörs, wenn sie – wie hier – auf einer offenkundig fehlerhaften Anwendung des § 531 II Nr. 1 ZPO beruht (BGH, NJW-RR 2006, 755 Rdnr. 5; NJW-RR 2009, 332 Rn. 8 = NZG 2009, 117).“ (BGH aaO)*

II. Entscheidungserheblichkeit

Das zurückgewiesene Vorbringen müsste auch entscheidungserheblich gewesen sein.

*„Es war zwar aus sich heraus kaum geeignet, der Kl. eine richtige Vorstellung von dem drohenden Verfall ihrer Schadensersatzansprüche zu vermitteln. Der behauptete Hinweis konnte jedoch eine etwa durch das Schreiben vom 14.10.2003 ausgelöste **Fehlvorstellung über den zeitlichen Spielraum** der Rechtsverfolgung auf Seiten der Kl. **korrigieren** und in Verbindung mit dem Schreiben vom 25.09.2003 als Warnung der Kl. zur **Erfüllung einer Mandatsnebenpflicht** durch die Bekl. ausreichen. Dies wird ebenso wie den Wahrheitsgehalt der Behauptung das BerGer. tatrichterlich zu würdigen haben.“* (BGH aaO)

Das zurückgewiesene Vorbringen der Bekl. war entscheidungserheblich.

III. Ergebnis

Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg; sie führt zur Zulassung der Revision sowie gem. § 544 VII ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

GBO
§ 53
BGB
§ 1365

Prüfungspflicht des Grundbuchamtes
Zustimmung des Ehegatten zur Grundstücksübertragung
(OLG Frankfurt in FGPrax 2012, 99; Beschluss vom 03.01.2012 - 20 W 297/11)

GBO

1. Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei größeren Vermögen nicht von einer Verfügung über das gesamte Vermögen i.S.d. § 1365 BGB auszugehen, wenn dem verfügenden Ehegatten 10% verbleiben.
2. Im Rahmen des materiellen Konsensprinzips ist das Grundbuchamt nach § 20 GBO auch verpflichtet, die Wirksamkeit der Auflassung zu prüfen und die Zustimmungspflicht nach § 1365 BGB zu prüfen.
3. Die Berechtigung und Verpflichtung des Grundbuchamts, Nachweise im Hinblick auf § 1365 I BGB zu verlangen, besteht nur bei konkreten Anhaltspunkten für das Vorliegen der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 1365 I BGB im Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung.

Fall: Im Grundbuch war bis zum 29.08.2010 1A, die Ehefrau des Ast. und Mutter des Bet. zu 2, als Eigentümerin eingetragen. Im Jahre 2006 protokollierte der Notar einen Erbvertrag, durch den 1A den Bet. zu 2 zu ihrem alleinigen Erben einsetzte. Weiter erklärte 1A in der Urkunde, sie beabsichtige den in Blatt ..., ... und ... eingetragenen Grundbesitz schon zu Lebzeiten auf den Bet. zu 2 zu übertragen und erteilte diesem für den Fall, dass die vorgenannte, von ihr beabsichtigte Grundstücksübertragung nicht bis zum 30.6.2010 zu notariellem Protokoll erklärt sein sollte, dem Bet. zu 2 die aufschiebend bedingte Vollmacht. Den Wert dieser Verhandlung gaben die Bet. entsprechend dem Reinvermögen der Übergeberin mit 1.200.000 EUR an. Unter Verwendung dieser Vollmacht beurkundete der gleiche Notar am ... 2010 einen Grundstücksübertragungsvertrag mit Auflassung, durch den der Grundbesitz auf den Bet. zu 2 als Alleinberechtigten übertragen und unter § 7 der Urkunde insoweit die Auflassung erklärt wurde. Unter der Überschrift „Ehegattenzustimmung“ erklärte der Bet. zu 2, dass die Übergeberin mit ihrem Ehemann im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebe. Nach Belehrung des Notars, dass der vorliegende Vertrag insoweit nach § 1365 BGB einwilligungsbedürftig sein könnte, erklärte der Bet. zu 2, dass nach seiner Auffassung und der Auffassung seiner Mutter, der Vertretenen, es keiner Zustimmung ihres Ehegatten gemäß § 1365 BGB bedürfe. Der Verkehrswert des Übertragungsgegenstandes wird in § 10 der Urkunde mit 1.000.000 EUR angegeben.

In einem am 17.06.2010 beim Grundbuchamt eingegangenen Schriftsatz hat der Ast. geltend gemacht, die Übertragung des betroffenen Grundbesitzes bedürfe seiner Zustimmung gemäß § 1365 BGB. Da der Wert des übertragenen Grundbesitzes mit ca. 2.500.000 EUR bis 4.000.000 EUR zu beziffern sei, das Restvermögen von 1A sich aber nur auf 235.000 EUR bzw. 260.000 EUR belaufe, verblieben ihr nur 8,5923% bzw. 9,40% des Gesamtvermögens vor der Übertragung. Mit am 06.08.2010 beim Grundbuchamt eingegangenem Schriftsatz hat der Urkundsnotar die Eigentumsumschreibung auf den Bet. zu 2 beantragt. Am 30.08.2010 ist die Eigentumsumschreibung in den betroffenen Grundbuchblättern vollzogen worden. Dagegen hat der Ast. Beschwerde eingelegt und geltend gemacht, es lägen die Voraussetzungen für eine Löschung, zumindest die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO vor. Mit Beschluss vom 24.03.2011 hat die Grundbuchrechtspflegerin „den Antrag des Rechtsanwalts D1 vom 06.09.2010 auf Eintragung eines Amtswiderspruchs“ mit der Begründung zurückgewiesen, da 1A bei der Übertragung des betroffenen Grundbesitzes nicht über das gesamte Vermögen verfügt habe, sei die Zustimmung des Ast. zur Wirksamkeit des Übergabevertrages nicht erforderlich. Eine Rückfrage bei dem beurkundenden Notar habe ergeben, dass dieser dies bei der Beurkundung überprüft habe und zu dem Ergebnis gekommen sei, dass kein Fall des § 1365 BGB vorliege. Also sei das Grundbuch nicht in Folge der Verletzung einer Gesetzesvorschrift unrichtig geworden und der Antrag auf Eintragung eines Amtswiderspruchs zurückzuweisen. Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Ast. Ist die zulässige Beschwerde begründet?

Die Beschwerde ist begründet, wenn die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 I 1 GBO gegen die Eintragung des Bet. zu 2 als Eigentümer des betroffenen Grundbesitzes vorliegen.

I. Voraussetzungen für Amtswiderspruch nach § 53 I 1 GBO

Voraussetzung für die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 I 1 GBO ist, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften die Eintragung, gegen die sich der Widerspruch richten soll, vorgenommen hat und durch diese Eintragung das Grundbuch unrichtig geworden ist.

*„Dabei muss die **Gesetzesverletzung feststehen**, die **Grundbuchunrichtigkeit** aber nur **glaubhaft** gemacht sein. Da der Zweck des Amtswiderspruchs in der **Vermeidung von Amtshaftungsansprüchen** durch **gesetzeswidriges Handeln** des Grundbuchamts liegt, muss es sich des Weiteren um eine Eintragung handeln, an welche sich gutgläubiger Erwerb anschließen kann (Demharter, GBO, 27. Aufl., § 53 Rn. 19, 20, 25; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 14. Aufl., Rn. 394).“* (OLG Frankfurt aaO)

II. Prüfungspflichten des Grundbuchamtes

Wenn es um die Grundstücksübertragung geht, muss das Grundbuchamt nicht nur nach dem formellen Konsensprinzip überprüfen, ob der nach § 13 GBO erforderliche Antrag und die nach § 19 GBO notwendige Bewilligung des Berechtigten vorliegen, sondern es hat nach dem materiellen Konsensprinzip des § 20 GBO zu überprüfen, ob eine wirksame Auflassung vorliegt.

„Da das Grundbuchamt im Rahmen der Überprüfung der Auflassung in der Urkunde vom ... 2010 gemäß § 20 GBO auch die die **Verfügungsbefugnis der Übergeberin zu überprüfen** hatte und diese nach § 9 der Urkunde mit ihrem Ehemann im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebt, **unterlag dem Grundbuchamt auch die Überprüfung einer Zustimmungsbefugnis gemäß § 1365 I BGB**. Die dingliche Einigung wäre unwirksam, wenn die Übergeberin bei der Verfügung über den betroffenen Grundbesitz damit ihr Vermögen nahezu ausgeschöpft hätte.“ (OLG Frankfurt aaO)

III. Umfang der Prüfungspflicht

Wenn das Grundbuchamt nach dem Vorstehenden verpflichtet ist, sich Gedanken über die Wirksamkeit der Auflassung vor dem Hintergrund einer möglichen Zustimmungsbefugnis nach § 1365 BGB zu machen, so stellt sich doch die Frage, ob das Grundbuchamt hier zu einer vollumfänglichen rechtlichen Prüfung verpflichtet ist.

1. Zustimmungsbefugnis nach § 1365 BGB

Nach § 1365 I 1 BGB kann ein im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebender Ehegatte sich **nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten** zur Verfügung über sein **Vermögen im Ganzen** verpflichten. Hierbei entspricht es allgemeiner Auffassung, dass zustimmungsbedürftig in diesem Sinne nicht nur Rechtsgeschäfte über die Veräußerung des Gesamtvermögens als solche sind, sondern auch Rechtsgeschäfte über einen einzelnen Vermögensgegenstand, wenn dieser das ganze oder nahezu ganze Vermögen ausmacht, wozu auch die wertausschöpfende Belastung eines einzelnen Vermögensgegenstandes zählt.

„Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber sich in § 1364 BGB grundsätzlich für die **Verfügungsfreiheit jedes Ehegatten über sein Vermögen** entschieden hat, so dass es sich bei § 1365 I BGB um eine **Ausnahmevorschrift** handelt (BGHZ 35, 135; BGHZ 106, 253 = Rpfleger 1989, 189).“ (OLG Frankfurt aaO)

Nach den Angaben der 1A und des Bet. Zu 2.) lag der Wert des Gesamtvermögens bei 1.200.000,00 € und der Wert des Grundstücks bei 1.000.000,00 €. Nach der Übertragung verblieb daher ein Vermögenswert von 200.000,00 € und somit über 16 %.

„Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach der **Rechtsprechung des BGH § 1365 BGB** auch dann nicht anwendbar und bei **größeren Vermögen** nicht von einer Verfügung über das gesamte Vermögen auszugehen ist, wenn dem verfügenden Ehegatten 10% verbleiben (BGH Rpfleger 1980, 423 (424); Rpfleger 1991, 309; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 14. Aufl., Rn. 3357).“ (OLG Frankfurt aaO)

Dies wäre nach den von der 1A und dem Bet. Zu 2.) angenommenen Werten nicht der Fall. Nach dem Vortrag des Ast. hingegen würde das Restvermögen weniger als 10 % betragen und das Geschäft damit zustimmungsbedürftig sein.

2. Prüfungsumfang des Grundbuchamtes

Fraglich ist jedoch, in welchem Umfang das Grundbuchamt hier zur Sachverhaltsermittlung verpflichtet ist.

„[Das] Grundbuchamt [kann] grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Gesamtvermögensgeschäft nicht vorliegt. Es entspricht deshalb **allgemeiner Auffassung**, der sich auch der Senat bereits mehrfach angeschlossen hat (vgl. FamRZ 1998, 31; Beschl. v. 25.7.2002 – 20 W 192/01, juris; Beschl. v. 9.9.2010 – 20 W 302/10), dass das Grundbuchamt **nur dann berechtigt und verpflichtet** ist, im Wege der Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO den Nachweis der Zustimmung des anderen Ehegatten oder den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen, **wenn sich im Zeitpunkt der Entscheidung** über einen Antrag aus den Eintragungsunterlagen oder sonst bekannten bzw. nach der Lebenserfahrung naheliegenden Umständen **konkrete Anhaltspunkte** dafür ergeben, dass die Tatbestandsvoraussetzungen eines Veräußerungsverbots nach § 1365 I 1 BGB gegeben sind (OLG Zweibrücken Rpfleger 2004, 38; OLG Jena Rpfleger 2001, 298; OLG München Rpfleger 2007, 259; Senat Beschl. v. 24.11.2011 – 20 W 380/11; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 14. Aufl., Rn. 394; Palandt/Brudermüller, BGB, 69. Aufl., § 1365 Rn. 28 mwN).. Hinzukommen müssen ferner **konkrete Anhaltspunkte** für die nach ganz herrschender Meinung in § 1365 BGB als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal enthaltene **positive Kenntnis des Vertragspartners** – hier also des Bet.

zu 2 – davon, dass das betroffene Grundstück das ganze oder nahezu ganze Vermögen der Übergeberin darstellt bzw. von den Verhältnissen, aus denen sich dies ergibt (BGH Rpfleger 1989, 190; OLG Jena FamRZ 2010, 1733).“ (OLG Frankfurt aaO)

Da sich die Bewertung der Zustimmungsbedürftigkeit nach dem Angaben der 1A und des Bet. Zu 2) anders darstellt als nach den Angaben des Ast. kommt es darauf an, auf welchen Zeitpunkt für die Beantwortung der Frage abzustellen ist, ob Anhaltspunkte für eine Zustimmungsbedürftigkeit bestanden.

a) maßgeblicher Zeitpunkt

„Der dafür **maßgebliche Zeitpunkt** war entgegen der Meinung des Ast. der **Vertragsabschluss** am ... 2010 (BGHZ 106, 253 = Rpfleger 1989, 189; FamRZ 1990, 970; Palandt/Brudermüller, BGB, 70. Aufl., § 1365 Rn. 10) und nicht die Protokollierung der Urkunde vom ... 2006. Für die darin enthaltene **erbvertragliche Einsetzung** des Bet. zu 2 als Alleinerbe seiner Mutter bedurfte es schon deshalb **keiner Genehmigung nach § 1365 I BGB**, da diese Norm **keine Einschränkung der Testierfreiheit** zur Folge hat (BGHZ 40, 218, 224; Staudinger/Thiele, BGB, Bearb. 2007, § 1365 Rn. 11; MüKo-BGB/Koch, 5. Aufl., § 1365 Rn. 39). Zwar sind durch § 1365 BGB in ihrer Rechtsmacht beschränkt auch Dritte, die an Stelle der Ehegatten handeln, sofern sie ihre Rechtsmacht von diesen ableiten. Demzufolge bedürfen Stellvertreter nach § 164 BGB und im Sinn des § 185 BGB Ermächtigte der Zustimmung, wenn sie ein Gesamtvermögensgeschäft wahrnehmen, die Erteilung der Vollmacht und die Ermächtigung als solche sind jedoch zustimmungsfrei (Staudinger/Thiele, BGB, Bearb. 2007, § 1365 Rn. 12; MüKo-BGB/Koch, 5. Aufl., § 1365 Rn. 49). Daher scheitert die Wirksamkeit der Auflassung in dem Vertrag vom ... 2010 entgegen der Auffassung des Ast. nicht daran, dass der Bet. zu 2 mangels Zustimmung des Ast. nicht wirksam bevollmächtigt worden wäre.“ (OLG Frankfurt aaO)

b) sachverhaltsbezogene Bewertung

Konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1365 I BGB lagen dem Grundbuchamt jedoch im Zeitpunkt der Entscheidung über die Eigentumsumschreibung auf den Bet. zu 2 nicht vor.

„Bei Verfügung der Eintragung des Bet. zu 2 als Eigentümer am 30.08.2010 lag dem Grundbuchamt von Seiten des Antragstellervertreeters lediglich der Schriftsatz vom 17.06.2010 samt Anlagen vor, in dem der Wert des übertragenen Vermögens mit ca. 2.500.000 EUR bis 4.000.000 EUR und derjenige des Restvermögens auf 235.000 EUR bis 260.000 EUR beziffert wurde, ohne dass eine näherer Substantiierung und Glaubhaftmachung durch Steuerunterlagen und/oder Gutachten erfolgt wäre. Die positive Kenntnis des Bet. zu 2 von den Umständen, aus denen sich ergeben soll, dass die Übertragung des betroffenen Grundbesitzes nahezu das gesamte Vermögen der Übergeberin betraf, wird in dem Schriftsatz vom 17.06.2010 lediglich aus seiner Stellung als dem einzigen Kind der Eheleute A und dem Schreiben vom 08.05.2010 hergeleitet. Ein **genereller Erfahrungssatz** dahingehend, dass **Kinder über die Vermögenssituation ihrer Eltern informiert** sind, besteht jedoch nicht (OLG Koblenz FamRZ 2008, 1078).

Auf den ihm von der Grundbuchrechtspflegerin zur Stellungnahme übersandten Schriftsatz vom 17.06.2010 hin hatte der Urkundsnotar mit Schreiben vom 19.08.2010 erklärt, ihm sei bei der Protokollierung vom ... 2010 von dem Bet. zu 2 nach Rücksprache mit der Übergeberin plausibel dargelegt worden, dass § 1365 BGB hier nicht zur Anwendung komme.“ (OLG Frankfurt aaO)

Auf dieser Tatsachengrundlage war die Grundbuchrechtspflegerin nicht verpflichtet, vor der Eigentumsumschreibung eine Zwischenverfügung zu erlassen und die Zustimmung des Ast. bzw. die Darlegung sowie Glaubhaftmachung der Vermögensverhältnisse im Einzelnen zu verlangen.

„Darauf dass der Ast. dann im Beschwerdeverfahren seinen Vortrag weiter vertieft und Beweis durch Sachverständigengutachten und Auskunft des Steuerberaters angeboten hat – ohne der Aufforderung der Grundbuchrechtspflegerin zur Vorlage allerdings Folge zu leisten –, kommt es für die vorliegende Entscheidung nicht an. Nach **ständiger Rechtsprechung des Senats** (vgl. FGPrax 2003, 197) sind maßgeblich für die Beurteilung, ob eine **Gesetzesverletzung des Grundbuchamts** vorliegt, unbeschadet des § 74 GBO im Übrigen, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht die Gegebenheiten **zur Zeit der Eintragung**, gegen die ein Widerspruch eingetragen werden soll (so auch Bauer/von Oefele/Meincke, GBO, 2. Aufl., § 53 Rn. 65; Demharter, GBO, 27. Aufl., § 53 Rn. 23; Hügel/Holzer, GBO, 2. Aufl., § 53 Rn. 23).“ (OLG Frankfurt aaO)

Ergebnis: Da kein Fehler des Grundbuchamtes feststellbar ist, liegen die Voraussetzungen für einen Amtswiderspruch nach § 53 GBO nicht vor und die Beschwerde ist unbegründet.

StPO

Verfahrensverständigung

StPO

§ 257c III 4, IV 1 Bindung der Staatsanwaltschaft an Zustimmungserklärung

(BGH in NSTz 2013, 51; Urteil vom 21.06.2012 – 4 StR 623/11)

1. Die **Zustimmungserklärung der Staatsanwaltschaft** zu einem Verständigungsvorschlag des Gerichts ist **als gestaltende Prozessklärung unanfechtbar und unwiderruflich**.
2. Das **Entfallen der Bindungswirkung** der Verständigung für das Gericht nach § 257c IV 1 StPO tritt **nicht kraft Gesetzes ein, sondern erfordert** eine dahingehende **gerichtliche Entscheidung**.

Fall: Das LG hat den umfassend geständigen Angekl. nach einer Verständigung gem. § 257c StPO zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Hiergegen richtet sich die zu Ungunsten des Angekl. eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft. Dabei beanstandete die Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Verständigung, dass das LG es unterlassen habe, sich im Urteil mit den Gründen für das Festhalten an der Verständigung auseinanderzusetzen, obwohl auf Grund neu in der Hauptverhandlung zu Tage getretener Umstände Veranlassung bestanden habe, sich nach § 257c IV StPO von der Verständigung zu lösen.

I. Nach der **Konzeption des § 257c StPO** kommt eine Verständigung über das Ergebnis des Verfahrens durch einen **Vorschlag des Gerichts** und die **Zustimmungserklärungen des Angekl. sowie der Staatsanwaltschaft** zu Stande.

1. Das Gericht gibt nach § 257c III 1 StPO den Inhalt einer möglichen Verständigung bekannt und macht dabei regelmäßig von der Möglichkeit Gebrauch, gem. § 257c III 2 StPO eine Strafober- und Strafuntergrenze anzugeben (vgl. BGH NSTz 2011, 648; StV 2012, 134).

Für die in § 257c III 4 StPO als Vorschlag bezeichnete Bekanntgabe hat das Gericht das vom Angekl. im Rahmen der Verständigung erwartete **Prozessverhalten**, bei dem es sich in aller Regel um ein **Geständnis** handeln wird (§ 257c II 2 StPO), genau zu bezeichnen und unter antizipierender Berücksichtigung dieses Verhaltens und Beachtung der Vorgaben des materiellen Rechts eine strafzumessungsrechtliche Bewertung des Anklagevorwurfs vorzunehmen (vgl. Entw. der BReg für ein Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, BT-Dr 16/12310, S. 14; Niemöller/Schlothauer/Weider Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, § 257c Rn 56).

2. Die Verständigung kommt gem. § 257c III 4 StPO zu Stande, wenn der Angekl. und die Staatsanwaltschaft dem gerichtlichen Verständigungsvorschlag **zustimmen**.
3. Die **Zustimmungserklärung der Staatsanwaltschaft** ist als **gestaltende Prozessklärung** (vgl. Meyer-Goßner 54. Aufl., Einl. Rn 95, 102, 116) **unanfechtbar und unwiderruflich** (vgl. Niemöller/Schlothauer/Weider, § 257c Rn 28; Altvater, FS Rissing-van Saan, 2011, S. 26; Meyer-Goßner, § 257c Rn 25). Die Staatsanwaltschaft hat auch dann von sich aus **keine Möglichkeit**, die **getroffene Verständigung** mit der daraus resultierenden Bindungswirkung für das Gericht **nachträglich zu Fall zu bringen**, wenn sie die Voraussetzungen des § 257c IV 1 und 2 StPO für ein Entfallen der Bindungswirkung als gegeben ansieht (vgl. Niemöller aaO, § 257c StGB Rn 39, 111; Altvater aaO; Graf, StPO, § 257c Rn 30; SK-StPO-Velten, 4. Aufl., § 257c Rn 25; Radtke/Hohmann, StPO, § 257c Rn 35).

II. Das **Entfallen der Bindungswirkung der Verständigung** für das Gericht tritt ungeachtet des insoweit unklaren Wortlauts des § 257c IV 1 StPO **nicht kraft Gesetzes** von selbst ein, **sondern erfordert** eine dahingehende **gerichtliche Entscheidung**.

*„Die Prüfung, ob eine mit dem materiellen Recht in Einklang stehende Ahndung auch bei veränderter Beurteilungsgrundlage noch im Rahmen der getroffenen Verständigung möglich ist, liegt im Verantwortungsbereich des Gerichts. Um ein **materiell-rechtlich richtiges und gerechtes Urteil** zu **gewährleisten** (BT-Dr 16/12310, S. 14), räumt § 257c IV StPO dem Gericht die Befugnis ein, sich unter den in § 257c IV 1 und 2 StPO geregelten Voraussetzungen aus der Bindung durch die Verständigung zu lösen. Das Abweichen von der Verständigung ist das Gegenstück zu dem gerichtlichen Verständigungsvorschlag und stellt sich der Sache nach als **Widerruf der zum Bestandteil der Verständigung gewordenen Strafrahenzusage** dar. Dies macht eine entsprechende Ent-*

scheidung des Gerichts erforderlich (vgl. Niemöller aaO, Rn 113; BT-Dr 16/12310, S. 15; a.A. Altvater aaO, S. 24).“ (BGH aaO)

Die Notwendigkeit einer gerichtlichen Entscheidung folgt zudem aus der Regelung des § 257c IV 1 StPO, die das Entfallen der Bindung an die Verständigung u. a. davon abhängig macht, dass das Gericht wegen der **veränderten Beurteilungsgrundlage** zu der Überzeugung gelangt, dass der **in Aussicht gestellte Strafrahen nicht mehr tat- oder schuldangemessen** ist.

„Für die danach erforderliche Überzeugungsbildung bedarf es zwingend einer gerichtlichen Entscheidung. Die Entscheidung über das Abweichen von der Verständigung ist nach § 257c IV 4 StPO unverzüglich mitzuteilen, um dem Angekl. und den weiteren Verfahrensbeteiligten – insbes. mit Blick auf das mit dem Entfallen der Bindung des Gerichts an die Verständigung gem. § 257c IV 3 StPO verknüpfte Verwertungsverbot für ein im Zuge der Verständigung abgelegtes Geständnis des Angekl. – die Möglichkeit zu geben, ihr **Prozessverhalten auf die neue Verfahrenslage einzurichten** (vgl. BT-Dr 16/12310, S. 15).“ (BGH aaO)

III. Ein Abweichen von der Verständigung setzt u.a. voraus, dass das Gericht wegen der veränderten Beurteilungsgrundlage zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist.

1. Dies ist in § 257c IV 1 StPO ausdrücklich geregelt, gilt in gleicher Weise aber auch für die Fälle des § 257c IV 2 StPO.

„**Gegenstand der in § 257c IV 2 StPO angesprochenen Prognose ist die strafzumessungsrechtliche Bewertung, die das Gericht bei seiner Zusage der Strafrahmengrenzen unter antizipierender Berücksichtigung des nach dem Inhalt des Verständigungsvorschlags erwarteten Prozessverhaltens des Angekl. vorgenommen hat. Von einem nicht der Prognose entsprechenden Verhalten des Angekl., das ein Abweichen von der Verständigung zu rechtfertigen vermag, kann daher nur dann die Rede sein, wenn das von der Erwartung abweichende tatsächliche Prozessverhalten aus der Sicht des Gerichts der Strafrahmendezusage die Grundlage entzieht.**“ (BGH aaO)

2. Bei der Beantwortung der Frage, ob die in Aussicht gestellten Strafrahmengrenzen auch auf veränderter Beurteilungsgrundlage eine tat- und schuldangemessene Ahndung ermöglichen, kommt dem Gericht – wie auch sonst bei Wertungsakten im Bereich der Strafzumessung – ein weiterer **Beurteilungsspielraum** zu, der erst überschritten ist, wenn der zugesagte Strafrahen nicht mehr mit den Vorgaben des materiellen Rechts in Einklang zu bringen ist.

Dies wäre etwa anzunehmen, wenn die Strafrahmendezusage sich unter Berücksichtigung von neu eingetretenen oder erkannten Umständen oder des tatsächlichen Prozessverhaltens des Angekl. soweit von dem Gedanken eines gerechten Schuldausgleichs entfernte, dass sie als unvertretbar erschiene. In diesem Fall wäre das Gericht jedenfalls aus Gründen sachlichen Rechts verpflichtet, von der getroffenen Verständigung abzuweichen.

3. Da die **Anforderungen des materiellen Strafrechts im Rahmen einer Verständigung** nach § 257c StPO **nicht disponibel** sind (vgl. nur BT-Dr 16/12310, S. 7ff., 13f.), wäre ein auf der Grundlage der Verständigung ergehendes Urteil sachlich-rechtlich fehlerhaft.

4. Ob in einem Festhalten an der Verständigung bei nach Maßgabe von § 257c IV 1 und 2 StPO unvertretbar gewordener Strafrahmendezusage zugleich ein **Verfahrensverstoß** gegen § 257c IV StPO läge, lässt BGH aaO offen. Denn im vorliegenden Fall hat das LG den ihm im Rahmen des § 257c IV StPO zukommenden Beurteilungsrahmen nicht überschritten.

„Die Revision der Staatsanwaltschaft zeigt keine nach § 257c IV 1 und 2 StPO neu in die strafzumessungsrechtliche Bewertung einzubeziehenden Umstände auf, die geeignet sind, die Vertretbarkeit der von der StrK in ihrem Verständigungsvorschlag in Aussicht gestellten Strafober- und Strafuntergrenze in Frage zu stellen. Dies gilt sowohl für den Umstand, dass der Angekl. den gewaltsam erzwungenen Analverkehr erst im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung glaubhaft eingeräumt hat, als auch für die erheblichen psychischen Folgen der Tat für die Nebenkl.“ (BGH aaO)

IV. **Ausführungen in den Urteilsgründen** zum Festhalten an oder Abweichen von der Verständigung sind **nicht erforderlich**.

„Während in dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums für ein Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren ursprünglich die Feststellung in den Urteilsgründen vorgesehen war, dass dem Urteil eine Verständigung zu Grunde liegt (vgl. RefE S. 6f. bei Niemöller aaO, Anh. 4), **verlangt** die Gesetz gewordene Regelung des § 267 III 5 StPO **lediglich die Angabe, dass dem Urteil eine Verständigung** (§ 257c StPO) vo-

rausgegangen ist. Die Vorschrift soll auch für die Urteilsgründe Transparenz herstellen (vgl. BT-Dr 16/12310, S. 15).

*Die **Darstellung des Inhalts der Verständigung** ist dabei **nicht geboten**. Insoweit findet die **notwendige Dokumentation** gem. § 273 Ia 1 StPO **in der Sitzungsniederschrift** statt, welche die Grundlage einer vom Rev-Ger. auf Verfahrensrüge hin ggf. vorzunehmenden Prüfung des Verfahrens nach § 257c StPO bildet (vgl. BGH NStZ 2011, 170; BGH NStZ 2010, 348). Für das Abrücken von der Verständigung nach § 257c IV StPO verbleibt es mangels einer anderen gesetzlichen Regelung bei dem Grundsatz, dass **Verfahrensvorgänge im Urteil nicht zu erörtern** sind (vgl. BGH NJW 2009, 2612; BGH NStZ-RR 2007, 244; a.A. für § 257c IV Meyer-Goßner aaO, § 267 Rn 23a; SK-StPO-Velten aaO Rn 41). Die Mitteilung nach § 257c IV 4 StPO über die Entscheidung zum Abgehen von der Verständigung und deren Gründe ist gem. § 273 Ia 2 StPO in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen und nimmt an dessen Beweiskraft teil.“ (BGH aaO)*

RL 2004/83/EG
RL 2005/85

**Pflicht zur Anhörung im Verwaltungsverfahren
auch bei Antrag auf subsidiären Schutz**

VerwaltVerfR

(EuGH in BeckRS 2012, 82467; Urteil vom 22.11.2012 - C-277/11)

- 1 Das Erfordernis der Zusammenarbeit des betreffenden Mitgliedstaats mit dem Asylbewerber im Sinne von Art. 4 I 2 der Richtlinie 2004/83/EG kann **nicht dahin ausgelegt** werden, dass die zuständige nationale Behörde, wenn ein Ausländer die **Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus** beantragt, **nachdem** ihm die **Anerkennung als Flüchtling verweigert** worden ist, und sie beabsichtigt, auch diesen zweiten Antrag abzulehnen, verpflichtet wäre, den Betroffenen **vor dem Erlass ihrer Entscheidung** von der beabsichtigten Ablehnung seines Antrags zu **unterrichten** und ihm die **Argumente mitzuteilen**, auf die sie dessen Ablehnung stützen möchte, um es diesem Antragsteller zu **ermöglichen, seinen Standpunkt dazu geltend zu machen**.
2. Werden **zwei getrennte und aufeinanderfolgende Verfahren** zur Prüfung des Antrags auf Anerkennung als Flüchtling bzw. des Antrags auf subsidiären Schutz durchgeführt, **obliegt es jedoch dem nationalen Gericht**, im Rahmen beider Verfahren für die Wahrung der Grundrechte des Antragstellers und insbesondere des **Rechts auf Anhörung** in dem Sinne Sorge zu tragen, dass er in der Lage ist, **vor dem Erlass einer Entscheidung**, mit der der beantragte Schutz nicht gewährt wird, **sachdienlich Stellung zu nehmen**. Dass der Betroffene bereits bei der Prüfung seines Antrags auf Anerkennung als Flüchtling ordnungsgemäß angehört worden ist, bedeutet in einem solchen System nicht, dass von dieser Formvorschrift im Rahmen des Verfahrens über den Antrag auf subsidiären Schutz abgesehen werden könnte.

Fall: Herr M. ist ein ruandischer Staatsangehöriger, der der ethnischen Gruppe der Tutsi angehört und am 01.05.2008 in Irland einen Antrag auf Asyl gestellt hat.

Zur Begründung des Antrags macht Herr M. geltend, dass er im Fall der Rückkehr in sein Herkunftsland vor einem Militärgericht dafür verfolgt werden könne, dass er die Art und Weise, wie die Untersuchungen über den Völkermord von 1994 geführt worden seien, offen kritisiert habe. Er sei von diesem Völkermord in schwerwiegender Weise betroffen, da seine Eltern, drei seiner Brüder und eine seiner Schwestern ermordet worden seien.

Zu seiner persönlichen Situation legt er dar, dass er sich nach dem erfolgreichen Abschluss seines Studiums der Rechtswissenschaften an der Nationalen Universität von Ruanda im Jahr 2003 um eine Anstellung im öffentlichen Dienst der Republik Ruanda beworben habe, ihm jedoch als einzigem seines Abschlussjahrgangs eine solche Anstellung trotz seiner Befähigung verweigert worden sei. Stattdessen sei er gezwungen worden, eine untergeordnete Anstellung im Büro des Militärstaatsanwalts anzunehmen, wobei der Umstand, dass er so dem strengen Militärrecht unterworfen worden sei, ein Mittel gewesen sei, um ihn zum Schweigen zu bringen und ihn daran zu hindern, Informationen über den Völkermord zu verbreiten, die sich als unangenehm für die Behörden hätten erweisen können. Im Übrigen sei ihm dringend angeraten worden, nicht zu widersprechen, und ein Militärbeamter sei getötet worden, weil er begonnen habe, heikle Fragen nach dem Ablauf der Untersuchungen über den Völkermord zu stellen.

Im Juni 2006 wurde Herr M. an der rechtswissenschaftlichen Fakultät einer irischen Universität zu einem LL.M.-Studium zugelassen. Zu diesem Zweck wurde ihm im September 2006 ein Studentenvisum erteilt, und nach seinem Abschluss im November 2007 beschäftigte er sich im Aufnahmemitgliedstaat mit Forschungen über Kriegsverbrechen und Völkermord. Kurz nach Ablauf seines Visums stellte Herr M. einen Antrag auf Asyl in Irland. Dieser Antrag wurde abgelehnt, weil seine Aussagen in Bezug auf seine Verfolgung in Ruanda als nicht glaubhaft erachtet wurden. Die Entscheidung des Ministers, mit der der Antrag von Herrn M. auf Asyl abgelehnt wurde, wurde ihm im Dezember 2008 zugestellt.

Herr M. stellte daraufhin am 31.12.2008 einen Antrag auf subsidiären Schutz, indem er einen nach der irischen Regelung hierfür vorgesehenen Fragebogen ausfüllte. Dieser Antrag wurde mit Entscheidung des Ministers vom 24.09.2010 abgelehnt. In seiner Entscheidung stützte sich der Minister weitgehend auf seine vorhergehende Entscheidung aus dem Jahr 2008 über die Ablehnung des Antrags des Betroffenen auf Asyl, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass dieser, da ernste Zweifel an der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen bestünden, keine ausreichenden Gründe vorgetragen habe, um darzutun, dass er in seinem Herkunftsland Gefahr laufe, einen ernsthaften Schaden zu erleiden. Herr M. ist der Auffassung, dass hierdurch das grundlegende Erfordernis der Fairness bei der Durchführung der Verwaltungsverfahren, welches nämlich insbesondere die Beachtung der Verteidigungsrechte umfasse, verletzt worden sei, da er zu den Grundlagen der Entscheidung über den Antrag auf subsidiären Schutz nicht mehr angehört worden sei. Liegt ein Verstoß gegen die in Art. 4 I 2 der Richtlinie 2004/83 aufgestellte Pflicht zur Zusammenarbeit mit dem Asylbewerber bei der Bearbeitung seines Antrags vor?

I. Anwendbarkeit

Art. 4 I der Richtlinie 2004/83 befasst sich mit der Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz. Fraglich ist, ob damit neben Anträgen auf Gewährung von Asyl auch Anträge auf Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus erfasst sind.

„Sowohl nach ihrem **Wortlaut** als auch nach dem **Titel des Kapitels**, dem diese Bestimmung angehört, betrifft sie ... „**Anträge auf internationalen Schutz**“. Wie sich aus Art. 2 Buchst. a und g der Richtlinie 2004/83 ergibt, sind unter „internationaler Schutz“ die Flüchtlingseigenschaft und der subsidiäre Schutzstatus und unter „Antrag auf internationalen Schutz“ das **Ersuchen um Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft oder um Gewährung des subsidiären Schutzstatus zu verstehen**.“ (EuGH aaO)

II. Mitteilung der Entscheidungsgrundlagen und Gelegenheit zur Stellungnahme

Fraglich ist, ob der **Gewährleistungsgehalt** des Art. 4 I 2 der Richtlinie 2004/83 dahin geht, dass diese Bestimmung die für die Prüfung eines Antrags auf subsidiären Schutz zuständige **nationale Behörde dazu zwingt**, dem Antragsteller vor dem Erlass einer ablehnenden Entscheidung darüber und nachdem ein von derselben Person gestellter Asylantrag zuvor abgelehnt wurde, die **Umstände, auf die sie diese Entscheidung zu stützen beabsichtigt, mitzuteilen** und eine **Stellungnahme des Betroffenen dazu einzuholen**.

„Es ist ... festzustellen, dass ein **Erfordernis dieser Art nicht aus dem Wortlaut** der in Rede stehenden Bestimmung hervorgeht. Hätte der Uniongesetzgeber beabsichtigt, den Mitgliedstaaten [solche] Verpflichtungen ... aufzuerlegen, hätte er dies sicherlich ausdrücklich getan. Zudem wäre eine so verstandene Zusammenarbeitspflicht **nicht mit dem System kohärent**, das der Uniongesetzgeber für die Behandlung von Anträgen auf internationalen Schutz eingeführt hat.

Art. 4 der Richtlinie 2004/83 bezieht sich, wie aus seiner Überschrift hervorgeht, auf die „**Prüfung der Ereignisse und Umstände**“. Diese „Prüfung“ vollzieht sich in Wirklichkeit in **zwei getrennten Abschnitten**.

- Der **erste Abschnitt** betrifft die **Feststellung der tatsächlichen Umstände**, die Beweise zur Stützung des Antrags darstellen können,
- während der **zweite Abschnitt** die **rechtliche Würdigung dieser Umstände** betrifft, die in der Entscheidung besteht, ob die in den Art. 9 und 10 oder 15 der Richtlinie 2004/83 vorgesehenen materiellen Voraussetzungen für die Gewährung internationalen Schutzes in Anbetracht der Umstände, die einen konkreten Fall auszeichnen, erfüllt sind.“ (EuGH aaO)

Nach Art. 4 I der Richtlinie ist es zwar normalerweise Sache des Antragstellers, alle zur Begründung seines Antrags erforderlichen Anhaltspunkte darzulegen, doch obliegt es dem betreffenden Mitgliedstaat, mit dem Antragsteller im Abschnitt der Bestimmung der maßgeblichen Anhaltspunkte des Antrags zusammenzuarbeiten.

„Dieses **Erfordernis der Mitwirkung des Mitgliedstaats** bedeutet daher konkret, dass der betreffende Mitgliedstaat, wenn die von der Person, die internationalen Schutz beantragt, vorgetragene Anhaltspunkte aus irgendeinem Grund nicht vollständig, aktuell oder maßgeblich sind, in diesem Abschnitt des Verfahrens aktiv mit dem Antragsteller zusammenarbeiten muss, um ihm die **Zusammenstellung aller zur Begründung seines Antrags geeigneten Anhaltspunkte zu ermöglichen**. Ein Mitgliedstaat hat im Übrigen möglicherweise eher Zugang zu bestimmten Arten von Unterlagen als der Antragsteller.

Somit ist klar, dass sich Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2004/83 nur auf erwähnten **ersten Abschnitt** bezieht, der die Feststellung der Ereignisse und Umstände betrifft, die Beweise zur Rechtfertigung des Asylantrags darstellen können.“ (EuGH aaO)

Die Frage, ob der Mitgliedsstaat dem Antragsteller hingegen vorab die bisherige rechtliche Würdigung mitteilen muss, damit dieser noch ergänzend vortragen kann, um die Würdigung noch zu verändern, betrifft hingegen ganz offenkundig den zweiten Abschnitt, in dem es um die Würdigung der Folgen geht, die aus den zur Begründung des Antrags vorgetragenen Anhaltspunkten abzuleiten sind, indem bestimmt wird, ob die für die Gewährung des beantragten internationalen Schutzes erforderlichen Voraussetzungen damit tatsächlich erfüllt werden.

„Eine solche Prüfung der Begründetheit des Asylantrags fällt in die **alleinige Verantwortung der zuständigen nationalen Behörde**, so dass ein Erfordernis der Zusammenarbeit dieser Behörde mit dem Antragsteller, wie in Art. 4 I 2 der Richtlinie 2004/83 vorgeschrieben, in diesem Abschnitt des Verfahrens keine Rolle spielt. Diese Richtlinie dient [zudem] in Anbetracht ihres **Inhalts und ihres Zwecks** nur dazu, zum einen allen Mitgliedstaaten **gemeinsame Kriterien** in Bezug auf die materiellen Voraussetzungen, die Drittstaatsangehörige erfüllen müssen, um internationalen Schutz erhalten zu können, und zum anderen den **materiellen Inhalt des zu gewährenden Schutzes festzulegen**. Dagegen sollen mit dieser Richtlinie **keine Verfahrensregeln** für die Prüfung ei-

nes Antrags auf internationalen Schutz vorgeschrieben werden und demnach auch nicht die Verfahrensgarantien festgelegt werden, die dem Asylbewerber in diesem Zusammenhang zu gewähren sind.“ (EuGH aaO)

Es gibt daher keine Pflicht, dass die zuständige nationale Behörde, wenn ein Ausländer die Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus beantragt, nachdem ihm die Anerkennung als Flüchtling verweigert worden ist, und sie beabsichtigt, auch diesen zweiten Antrag abzulehnen, verpflichtet wäre, den Betroffenen vor dem Erlass ihrer Entscheidung von der beabsichtigten Ablehnung seines Antrags zu unterrichten und ihm die Argumente mitzuteilen, auf die sie dessen Ablehnung stützen möchte, um es diesem Antragsteller zu ermöglichen, seinen Standpunkt dazu geltend zu machen.

III. Anhörungsanspruch im zweiten Verfahren auf subsidiären Schutz

Fraglich ist jedoch, ob nicht ein Recht des Ausländers besteht, im **Verfahren über die Behandlung seines zweiten**, auf subsidiären Schutz gerichteten **Antrags** angehört zu werden, wenn dieser Antrag nach der Ablehnung eines ersten, auf die Anerkennung als Flüchtling gerichteten Antrags gestellt wurde, wie es in der beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtssache der Fall ist, in der der ursprüngliche Antrag Gegenstand eines anderen Verfahrens war, in dessen Rahmen der Betroffene seinen Standpunkt gebührend geltend machen konnte.

„Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass die **Richtlinie 2005/85** der Rechtsakt ist, in dem **Mindestnormen für die Verfahren der Prüfung von Anträgen** festgelegt und die Rechte der Asylbewerber präzisiert werden.

Allerdings findet die Richtlinie 2005/85 **keine Anwendung auf Anträge auf subsidiären Schutz**, sofern ein Mitgliedstaat nicht ein einheitliches Verfahren einführt, in dessen Rahmen er einen Antrag unter dem Aspekt der beiden Formen des internationalen Schutzes, nämlich der Anerkennung als Flüchtling und des subsidiären Schutzes, prüft. Bei einer solchen Fallgestaltung sind nämlich die Bestimmungen dieser Richtlinie während des ganzen Verfahrens, also auch dann anzuwenden, wenn die zuständige nationale Behörde den Antrag auf subsidiären Schutz prüft.“ (EuGH aaO)

Dies ist jedoch in Irland nicht der Fall, da sich dieser Mitgliedstaat dafür entschieden hat, für die Prüfung des Asylantrags und des Antrags auf subsidiären Schutz zwei getrennte Verfahren einzurichten, wobei der letztgenannte Antrag erst nach Ablehnung des erstgenannten gestellt werden kann. Gilt also die Richtlinie 2005/85 für ein getrenntes, gesondertes Verfahren auf Gewährung eines subsidiären Schutzstatus nicht, so stellt sich die Frage, woraus ein möglicher Anhörungsanspruch für das zweite Verfahren hergeleitet werden kann.

„In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die **Wahrung der Verteidigungsrechte** nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ein **tragender Grundsatz des Unionsrechts** ist (vgl. u. a. Urteile vom 28.03.2000, Krombach, C-7/98, Slg. 2000, I-1935, Rn. 42, und vom 18.12.2008, Sopropé, C-349/07, Slg. 2008, I-10369, Rn. 36).

Nach Art. 41 II der Charta umfasst das **Recht auf eine gute Verwaltung** insbesondere das **Recht jeder Person, gehört zu werden**, bevor ihr gegenüber eine für sie nachteilige individuelle Maßnahme getroffen wird, das **Recht jeder Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten unter Wahrung des berechtigten Interesses der Vertraulichkeit sowie des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses** und die **Verpflichtung der Verwaltung, ihre Entscheidungen zu begründen**. Diese **Bestimmung** ist, wie sich bereits aus ihrem Wortlaut ergibt, **allgemein anwendbar**.

Das **Recht auf Anhörung** garantiert jeder Person die **Möglichkeit, im Verwaltungsverfahren**, bevor ihr gegenüber eine für ihre Interessen nachteilige Entscheidung erlassen wird, **sachdienlich und wirksam ihren Standpunkt vorzutragen** (vgl. Urteile vom 09.06.2005, Spanien/Kommission, C-287/02, Slg. 2005, I-5093, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung, Sopropé, Rn. 37, vom 01.10.2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Rat, C-141/08 P, Slg. 2009, I-9147, Rn. 83, und vom 21.12.2011, Frankreich/People's Mojahedin Organization of Iran, C-27/09 P, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 64 und 65).

Dieses Recht setzt auch voraus, dass die Verwaltung mit aller gebotenen Sorgfalt die entsprechenden **Erklärungen der betroffenen Person zur Kenntnis nimmt**, indem sie sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls untersucht und ihre Entscheidung eingehend begründet (vgl. Urteile vom 21. November 1991, Technische Universität München, C-269/90, Slg. 1991, I-5469, Rn. 14, und Sopropé, Rn 50); die Pflicht, eine Entscheidung so hinreichend spezifisch und konkret zu begründen, dass es dem Betroffenen ermöglicht wird, die Gründe für die Ablehnung seines Antrags zu verstehen, ergibt sich somit aus dem Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte.“ (EuGH aaO)

Nach alledem ist das so verstandene Recht des Asylbewerbers auf Anhörung in vollem Umfang auf das Verfahren der Prüfung eines Antrags auf Gewährung internationalen Schutzes anzuwenden, das die zuständige nationale Behörde nach den im Rahmen des gemeinsamen europäischen Asylsystems erlassenen Bestimmungen durchführt.

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
§ 51

Gewillkürte Prozessstandschaft WEG-Verwalter

ZPO

(AG Hannover in ZMR 2012, 911; Urteil vom 17.04.2012 – 484 C 10745/11)

Macht der **Verwalter Ansprüche der WEG im eigenen Namen geltend**, kann das für eine gewillkürte Prozessstandschaft erforderliche **schutzwürdige Eigeninteresse** nicht mehr aus der sich aus dem Wohnungseigentumsgesetz ergebende Rechts- und Pflichtstellung des Verwalters hergeleitet werden, denn infolge der Rechts- und Parteifähigkeit der WEG ist diese ohne weiteres selbst in der Lage, Ansprüche durchzusetzen, so dass das Bedürfnis für ein Tätigwerden des Verwalters im eigenen Namen **entfallen** ist.

*„Der BGH begründet überzeugend seine Rspr. mit der **Anerkennung der WEG als (teil-)rechtsfähigem Rechtsobjekt**, zunächst durch den Senatsbeschluss vom 02.05.2005 (Az.: V ZR 32/05) und nunmehr gem. § 10 VI WEG. Vor dieser Regelung konnten dem Verband weder Rechte Kraft Gesetzes zustehen noch Ansprüche der Wohnungseigentümer auf diesen zur Rechtsausübung übertragen werden. Daher bestand nicht nur im Interesse der Wohnungseigentümer, sondern vielmehr auch im Interesse des Schuldners ein erhebliches **praktisches Bedürfnis**, Ansprüche der Wohnungseigentümer über das Rechtsinstitut der gewillkürten Prozessstandschaft zu bündeln.*

*Diese Rechtslage hat sich geändert: Ob im Lichte der nunmehr gegebenen Parteifähigkeit der WEG an der bisherigen Rechtslage festzuhalten war, wurde nicht einheitlich beurteilt, ist nun aber vom BGH klargestellt worden. Das für eine gewillkürte Prozessstandschaft erforderliche schutzwürdige Eigeninteresse des Verwalters einer WEG kann nicht mehr aus der diesem durch das Wohnungseigentumsgesetz zugewiesenen Rechts- und Pflichtenstellung hergeleitet werden. Infolge der nunmehr bestehenden Rechts- und Parteifähigkeit der WEG ist diese nunmehr ohne weiteres selbst in der Lage, Ansprüche durchzusetzen, so dass das Bedürfnis für ein Tätigwerden des Verwalters im eigenen Namen entfallen ist. Dies gilt umso mehr, als einer der tragenden Gründe, die zur Anerkennung der WEG als Rechtsobjekts geführt haben, gerade darin bestand, die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums im Rechtsverkehr zu erleichtern. Aufgrund dessen ist der Verwalter nicht mehr gehalten, eine **effektive Anspruchsdurchsetzung** durch ein Handeln im eigenen Namen sicherzustellen. Vielmehr ist er als Organ der durch ihn repräsentierten Gemeinschaft nunmehr verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Verband seine Rechte selbst durchsetzt. Von ihm ist nur noch ein Handeln für den Verband gefordert.“ (AG Hannover aaO)*

ZPO
§§ 139, 531 II

Berufungsverfahren

ZPO

Zulässigkeit neuen Vortrags nach berufsungsgerichtlichem Hinweis

(OLG Hamm in NJW-RR 2012, 1415; Urteil vom 27.03.2012 – I-24 U 61/11)

Ein im **Berufungsverfahren neues, bereits in erster Instanz möglich gewesenes Vorbringen** ist nicht allein deshalb zuzulassen, weil das **Berufungsgericht auf die Unzulänglichkeit des bisherigen Vortrags hingewiesen** hat.

*„Eine abweichende Beurteilung der Zulassungsfähigkeit ergibt sich auch nicht im Hinblick auf den Umstand, dass die Berichtstersterin auf die Unzulänglichkeit des Beklagtenvortrags hingewiesen hat. Soweit in der **Rspr. des BGH** die Zurückweisung eines neuen Verteidigungsmittels, das durch einen gerichtlichen Hinweis veranlasst worden ist, für unzulässig erachtet worden ist (BGH NJW-RR 2007, 1612 = NZBau 2007, 639), bezieht sich die Entscheidung auf die Verspätungsvorschrift des § 528 ZPO nach altem Recht. Sie ist **auf die Vorschrift des § 531 ZPO**, der Bestandteil eines grundlegend umgestalteten und verschärften Novenrechts ist, **nicht ohne Weiteres übertragbar**. I. Ü. war Gegenstand des Hinweises lediglich die Unzulänglichkeit des Beklagtenvortrags. Soweit eine Stellungnahmefrist eingeräumt wurde, bezog sich diese nur auf die rechtliche Würdigung und die rechtlichen Folgen des unzulänglichen Vortrags. Eine **Aufforderung zu ergänzendem Vortrag** in der Sache **enthielt der Hinweis demgegenüber nicht**.“ (OLG Hamm aaO)*

ZPO
§§ 517, 233

Schriftsatzeingang bei Gericht Eingang auf Telefax eines anderen Gerichts

ZPO

(BGH in NJW-RR 2012, 1461; Beschluss vom 23.05.2012 – IV ZB 2/12)

Auch bei einer **gemeinsamen Posteingangsstelle zweier Gerichte** geht ein Schriftsatz nicht in die Verfügungsgewalt des einen Gerichts ein, wenn er **auf der Telefaxnummer des anderen Gerichts eingeht**, es sei denn, dass **beide Faxgeräte als Geschäftsstelle beider angeschlossener Gerichte** gelten sollen.

*„Nach **st. Rspr. des BGH** kommt es für den rechtzeitigen Eingang eines fristgebundenen Schriftsatzes darauf an, wann das zuständige Gericht die tatsächliche Verfügungsgewalt über das eingegangene Schriftstück erhalten hat (BGH BeckRS 2003, 02241 m. w. Nachw.; BGH NJW-RR 1997, 892). Ein beim Faxgerät eines anderen Gerichts eingegangener Schriftsatz ist zum Zeitpunkt des Empfangs noch nicht bei dem zuständigen Gericht angekommen (BGH BeckRS 2003, 02241). **Entscheidend ist, wann der Schriftsatz nach Weiterleitung durch das zunächst angegangene Gericht tatsächlich in die Verfügungsgewalt des zuständigen Gerichts gelangt** (vgl. BGH BeckRS 1989, 31083264). Dies gilt auch dann, wenn der Schriftsatz an das zuständige Gericht adressiert ist, aber versehentlich an ein anderes Gericht per Telefax übermittelt wird (vgl. BGH BeckRS 2003, 02241; BGH NJW 1994, 2300). Wird ein Schriftsatz bei einer gemeinsamen Einlaufstelle mehrerer Gerichte eingereicht, so ist er mit der Einreichung bei dem Gericht eingegangen, an das er adressiert ist. Nur dieses Gericht erlangt mit dem Eingang des Schriftstücks die tatsächliche Verfügungsgewalt.“*

walt (BGH BeckRS 2010, 07496; BGH NJW-RR 2000, 1730; BGH NJW-RR 1997, 892; BGH NJW-RR 1996, 443; BGH NJW 1990, 990 jeweils m. w. Nachw.).

Die Berufungsschrift war zwar an das zuständige LG adressiert, gelangte aber in dessen Verfügungsgewalt noch nicht mit dem Eingang beim Telefaxgerät des AG. Insoweit beruft sich die Kl. ohne Erfolg auf die Einreichung bei einer gemeinsamen Posteingangsstelle. Auch wenn das AG und das LG eine gemeinsame Einlaufstelle für eingehende Schriftstücke, einen einheitlichen Telefon- und Telefaxanschluss und eine zentrale Rufnummer haben, verfügt das AG jedenfalls über eine **eigene Telefaxnummer**, die ihm nicht nur intern zugeordnet ist, sondern im Schriftverkehr nach außen angegeben wird. Mit der Übermittlung der Berufungsschrift an die Telefaxnummer des AG hat daher nur dieses, nicht aber das LG die Verfügungsmacht über das Schriftstück erlangt.

Eine abweichende Regelung dergestalt, dass die Telefaxnummern des AG und des LG einer gemeinsamen Telefax- und Eingangsstelle zugeordnet sind, bestand – anders als in dem der Entscheidung des BVerfG NJW-RR 2008, 446 zu Grunde liegenden Fall – nicht. Dort war in einer gemeinsamen Verfügung der Leiter der Justizbehörden vorgegeben, dass die Telefaxgeräte des LG und des OLG zu einer gemeinsamen Post- und Faxannahmestelle gehörten, die als Geschäftsstelle sämtlicher angeschlossener Gerichte und Behörden gelte. Eine solche Bestimmung hat zur Folge, dass ein per Telefax übermittelter und an das zuständige Gericht adressierter Schriftsatz auch dann in die Verfügungsgewalt dieses Gerichts gelangt ist, wenn für die Übermittlung versehentlich die Telefaxnummer einer anderen in den Behörden- und Gerichtsverbund einbezogenen Stelle gewählt worden ist. Dass eine entsprechende Verfügung für das hier zuständige LG und das AG getroffen wurde, ist weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich.“ (BGH aaO)

InsO
§ 89 I

Vollstreckungsverbot

InsO

Gilt auch für Verfahren der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung

(BGH in ZIP 2012, 1311 = NJW-RR 2012, 1433; Beschluss vom 24.05.2012 – IX ZB 275/10)

Das **Verbot von Zwangsvollstreckungen** aus § 89 ZPO für einzelne Insolvenzgläubiger während der Dauer des Insolvenzverfahrens **gilt auch für das Verfahren der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung**.

I. Diese Frage ist in Rspr. und Lit. umstritten.

1. Ein **Teil der instanzgerichtlichen Rspr.** hält die Anordnung einer eidesstattlichen Offenbarungsversicherung auch im eröffneten Insolvenzverfahren für zulässig.

AG Westerburg DGVZ 2006, 119; zu § 21 II Nr. 3 InsO: LG Würzburg NZI 1999, 504; AG Rostock NZI 2000, 142; AG Hainichen JurBüro 2002, 605; AG Güstrow JurBüro 2004, 213; offen gelassen von AG Hamburg NZI 2006, 646; vgl. auch App, in: FK-InsO, 6. Aufl., § 89 Rn 15

2. Nach Ansicht **anderer Instanzgerichte** und nach der im **Schrifttum** ganz überwiegend vertretenen Ansicht erstreckt sich das Vollstreckungsverbot des § 89 I InsO auch auf das Verfahren der eidesstattlichen Versicherung nach §§ 807, 899 ff. ZPO.

OLG Zweibrücken NZI 2001, 423; OLG Jena NJW-RR 2002, 626 = ZInsO 2002, 134; AG Bonn BeckRS 2009, 19901; Jaeger, InsO, § 89 Rn 41; MüKo-InsO/Breuer, 2. Aufl., § 89 Rn 9 u. 12; HK-InsO, 6. Aufl., § 89 Rn 25; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 89 Rn 10; Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2011, § 89 Rn 9; Kuleisa, Hbg InsO, 3. Aufl., § 89 Rn 3; Biersch/v. Olshausen, BK-InsO, 2007, § 89 Rn 4; Hess, InsolvenzR, 2007, § 89 Rn 25; Nerlich/Römermann/Wittkowski, InsO, 2011, § 89 Rn 11; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsolvenzR, § 89 InsO Rn 21; Gottwald/Gerhardt, Insolvenzrechtshdb., 4. Aufl., § 33 Rn 4; Mohrbutter/Ringstmeier, Hdb. d. Insolvenzverwaltung, 8. Aufl., § 6 Rn 375; Musielak, ZPO, 9. Aufl., § 900 Rn 7; Prütting/Gehrlein/Olzen, ZPO, 4. Aufl., § 900 Rn 60; Viertelshausen DGVZ 2001, 36; Schwörer DGVZ 2008, 17; zu § 21 II Nr. 3 InsO: LG Darmstadt NZI 2003, 609; LG Heilbronn Rpfleger 2008, 88; AG Wilhelmshaven NZI 2001, 436

II. Nach **BGH aaO** trifft die zuletzt genannte Ansicht zu.

Bereits unter der **Geltung der Konkursordnung** entsprach es der ganz herrschenden Meinung, dass der Schuldner nach der Eröffnung des Konkursverfahrens gem. § 14 I KO nicht mehr zur Abgabe einer eidesstattlichen Offenbarungsversicherung verpflichtet war (KG OLGZ 23, 226; Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 14 Rn 7; Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl., § 14 Rn 2; Hess, KO, 6. Aufl., § 14 Rn 6; Bley/Mohrbutter, VglO, 4. Aufl., §§ 47, 48 Rn 12; streitig für den Fall des § 106 I 3 KO: LG Hannover Rpfleger 1997, 490 m. w. Nachw.). **Unter der Geltung der Insolvenzordnung ist die Rechtsfrage ebenso zu beantworten.**

1. Nach § 89 I InsO sind während der Dauer des Insolvenzverfahrens **Zwangsvollstreckungen für einzelne Insolvenzgläubiger weder in die Insolvenzmasse noch in das sonstige Vermögen** des Schuldners zulässig.

„Die Nennung der Insolvenzmasse und des sonstigen Vermögens des Schuldners in dieser Norm stellt klar, dass **wie im Konkursrecht nicht nur Vollstreckungen verboten sind, die sich auf Gegenstände der Insolvenzmasse beziehen, sondern auch Vollstreckungsmaßnahmen, die das übrige, nicht zur Masse gehörende Schuldnervermögen betreffen** (vgl. die Begründung zu § 100 RegE-InsO, BT-Dr 12/2443, S. 137). Sie beschränkt hingegen die unzulässigen Vollstreckungsmaßnahmen entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht auf solche, die unmittelbar in die genannten Vermögensmassen eingreifen. **Unzulässig sind vielmehr sämtliche auf die Insolvenzmasse und das übrige Vermögen des Schuldners gerichteten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen.**“ (BGH aaO)

2. **Um eine solche Zwangsvollstreckungsmaßnahme handelt es sich bei der Abnahme der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung nach §§ 807, 899 ff. ZPO.**

„Sie ist, wie sich bereits aus der Stellung dieser Vorschriften im 8. Buch der ZPO ergibt, ein **Bestandteil der Zwangsvollstreckung**. Nach allgemeiner Ansicht darf sie nur angeordnet werden, wenn die rechtlichen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen (etwa Musielak, § 807 Rn 2). Anders als etwa bei der Erklärung eines Urteils als vorläufig vollstreckbar, der Erteilung einer Vollstreckungsklausel oder der Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Vollstreckungstitels handelt es sich nicht um eine die Zwangsvollstreckung nur vorbereitende Maßnahme, sondern um ein **Hilfsmittel im Zuge der Zwangsvollstreckung selbst**. Häufig gehen der eidesstattlichen Versicherung **andere Vollstreckungsmaßnahmen voraus**, etwa eine durchgeführte oder wenigstens versuchte Pfändung (vgl. § 807 I Nr. 1, 3 und 4 ZPO).“ (BGH aaO)

3. Der Umstand, dass die Abnahme der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung die **Insolvenzmasse nicht beeinträchtigt** und das **Gebot der gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger nicht verletzt**, rechtfertigt keine Beschränkung des in § 89 I InsO normierten Vollstreckungsverbots i. S. einer teleologischen Reduktion.

„Voraussetzung hierfür wäre, dass das nach dem Wortlaut bestehende Verbot auch solcher Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die – wie die Abnahme einer eidesstattlichen Offenbarungsversicherung – die Insolvenzmasse nicht unmittelbar beeinträchtigen, auf einer **planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes** beruhte. Dies **kann aber nicht festgestellt werden**. Insbesondere besteht **kein Bedürfnis, es Insolvenzgläubigern zu ermöglichen, den Schuldner während des Insolvenzverfahrens zur Abgabe einer Offenbarungsversicherung zu zwingen**. Der Zweck des vom Schuldner vorzulegenden Vermögensverzeichnisses, dem Gläubiger die Einzelzwangsvollstreckung in die angegebenen Vermögensgegenstände zu ermöglichen, ließe sich während des Insolvenzverfahrens wegen des Vollstreckungsverbots des § 89 I InsO ohnehin nicht erreichen. **Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens sind Einzelvollstreckungsmaßnahmen zwar wieder zulässig**. Eine Notwendigkeit, zur Vermeidung eines Zeitverlusts die Erzwingung einer Offenbarungsversicherung während des Insolvenzverfahrens zuzulassen, ergibt sich daraus aber nicht, zumal der Gläubiger vergleichbare Informationen regelmäßig aus der Vermögensübersicht beziehen kann, die vom Insolvenzverwalter nach § 153 I InsO anzufertigen ist und an welcher der Schuldner durch wahrheitsgemäße und erforderlichenfalls eidesstattlich zu versichernde Angaben mitzuwirken hat (§§ 97, 98, 153 II InsO).“ (BGH aaO)

StPO
§§ 302, 140 II

Rechtsmittelverzicht

StPO

Unwirksamkeit wegen nicht ordnungsgemäßer Verteidigung

(KG in StV 2013, 11; Beschluss vom 02.05.2012 – 4 Ws 41/12;

OLG Naumburg in StV 2013, 11; Beschluss vom 19.09.2011 – 2 Ws 245/11)

- I. Nach **KG aaO** ist der von einem Angekl. in der Hauptverhandlung abgegebene **Rechtsmittelverzicht** **ist unwirksam, wenn er entgegen § 140 StPO nicht ordnungsgemäß verteidigt** war.

„Zwar ist ein Rechtsmittelverzicht grds. **als Prozessklärung unwiderruflich und unanfechtbar**. Vorliegend fehlte es jedoch an der nach § 140 II StPO notwendigen **Mitwirkung eines Verteidigers**.

Im Rahmen des § 140 II StPO gibt schon die Straferwartung von mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe Anlass zur Beiordnung eines Verteidigers (vgl. Meyer-Goßner, StPO 54. Aufl., § 140 Rn 23 m. w. Nachw.); bei einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren ist eine solche zwingend geboten. Damit war der Bf. vor Abgabe der Prozessklärung des Rechtsmittelverzichts ohne den **vorgeschriebenen Beistand eines Verteidigers**; ihm fehlte folglich die **rechtsstaatlich unverzichtbare Rechtsberatung**. Infolge dieser gravierenden, gemessen an den Anforderungen an ein **faies Verfahren nicht hinnehmbaren Einschränkung der Verteidigungsrechte** des Beschwerdeführers muss sein Rechtsmittelverzicht als von Anfang an unwirksam gewertet werden (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Februar 2002 - 5 StR 617/01 -; OLG Hamm, Beschluss vom 26. März 2009 - 5 Ws 91/09 -; KG, Beschluss vom 18. Juli 2007 - 3 Ws 355/06 -) [alle bei juris]. Die Gegenmeinung (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 30. Januar 1996 - 1 Ws 29/96 -; Beschluss vom 17. Mai 2005 - 1 Ss 61/05 -; OLG Brandenburg Beschluss vom 7. Februar 2000 - 1 Ss 4/00 - [alle bei juris]), die im wesentlichen darauf abstellt, dass der eindeutig ausgesprochene Rechtsmittelverzicht nur in wenigen Ausnahmefällen angefochten werden kann und ein solcher nicht vorliegt, wenn der Angekl. sich der **Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung** bewusst war, kann aus vorrangigen rechtsstaatlichen Gründen nicht überzeugen. Angesichts der Bedeutung der Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers ist deshalb auch unerheblich, dass er ausweislich des Protokolls mit dem Urteil zufrieden war und erst, als der Widerruf der Strafaussetzung drohte, an eine Einlegung eines Rechtsmittels gedacht hat (vgl. BGH aaO).“ (KG aaO)

- II. Diese Auffassung wird auch von **OLG Naumburg aaO** geteilt.

„Zwar kann ein Rechtsmittelverzicht als Prozesshandlung grds. nicht widerrufen, angefochten oder sonst zurückgenommen werden. Indes ist die **Verzichtserklärung unwirksam**, wenn im Falle notwendiger Verteidigung kein Verteidiger mitgewirkt hat, weil sich der Angekl. **nicht mit einem Verteidiger beraten** konnte, der ihn vor übereilten Erklärungen hätte abhalten können (Meyer-Goßner aaO, § 302 Rn 25a m. w. Nachw. zur Rspr.). Der hiervon abweichenden Ansicht, in solchen Fällen setze die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts zusätzlich besondere Umstände voraus, aufgrund derer Bedenken bestehen, dass der Angekl. sich der Bedeutung und der Tragweite seiner Erklärung bewusst gewesen ist (OLG Hamburg NSTZ 1997, 53; OLG Brandenburg StraFo 2001, 136), ist entgegenzuhalten, dass § 140 II StPO nicht nur vor, sondern auch nach der Urteilsverkündung Bedeutung hat (KG NSTZ-RR 2007, 209; OLG Hamm StV 2010, 67; Meyer-Goßner aaO). Der in einer früheren Entscheidung vertretenen Ansicht des 1. Senats des OLG Naumburg (NJW 2001, 2190) folgt der Senat aus dem genannten Grund nicht.

Hier sind die Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung gegeben: Gem. § 140 II StPO ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers erforderlich, wenn wegen der Schwere der Tat oder der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, dass sich der Angekl. nicht selbst verteidigen kann. Nach überwiegender Meinung gebietet die „Schwere der Tat“, die sich vor allem nach der zu erwartenden Rechtsfolgenentscheidung richtet, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers in der Regel dann, wenn eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr zu erwarten ist (vgl. Meyer-Goßner aaO, § 140 Rn 23, KK-Laufhütte, 6. Aufl., § 140 Rn 4; LR-Lüderssen/Jahn, § 140 Rn 57 jeweils m. Nachw. zur Rspr.).

In der Gesamtschau ergibt sich, dass die Beiordnung eines Verteidigers bereits im Verfahren vor dem Amtsgericht erforderlich war. Da keine Beiordnung erfolgte, ist der Rechtsmittelverzicht des Angekl. **unwirksam**.“ (OLG Naumburg aaO)

StPO
§ 81b 2. Alt.

Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

StPO

Präventiv polizeiliche Maßnahmen des Erkennungsdienstes

(OLG Celle in ZAP 2013, 15; Beschluss vom 16.04.2012 – 2 VAs 2/12)

Wehrt sich ein Betroffener gegen die auf Grundlage des § 81b 2. Alt. StPO getroffene Anordnung seiner **erkenntnisdienstlichen Behandlung**, ist hierfür der **Verwaltungsrechtsweg nach § 40 VwGO eröffnet**.

- I. Nach § 23 EGGVG entscheiden die ordentlichen Gerichte über die Rechtmäßigkeit der Anordnungen, Verfügungen oder sonstiger Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten in bestimmten Rechtsgebieten, darunter dem Gebiet der Strafrechtspflege getroffen werden. Die Vorschrift erfasst jedoch nur Rechtsstreitigkeiten über Anordnungen, Verfügungen und sonstige Maßnahmen, die zur Verfolgung einer strafbaren Handlung getroffen worden sind (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2011, 710).

„Aus dem **Regelungsbereich des § 81b StPO** gehören hierzu lediglich die nach der 1. Alt. dieser Vorschrift anzuordnenden Maßnahmen, die der Durchführung des Strafverfahrens gegen einen Besch. dienen. Die angegriffene Anordnung ist jedoch **weder in dem gegen den Ast. geführten Ermittlungsverfahren noch zur Durchführung des Ermittlungsverfahrens gegen ihn getroffen worden**, sondern als Vorsorge für die Durchführung künftiger Strafverfahren. Anordnungen nach § 81b 2. Alt. StPO erfolgen außerhalb eines konkreten Strafverfahrens, es liegt hierbei keine Maßnahme auf dem Gebiet des Strafprozesses vor, so dass der Regelungsbereich nach § 23 EGGVG nicht eröffnet ist (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2011, 710).“ (OLG Celle aaO)

- II. Ein Antrag, mit dem die Aufhebung der Entscheidung über die Anfertigung von Unterlagen für Zwecke des Erkennungsdienstes (§ 81b 2. Alt. StPO) begehrt wird, ist eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art**, für die mangels einer anderweitigen bundesgesetzlichen Regelung der **Verwaltungsrechtsweg eröffnet** ist (§ 40 I 1 VwGO).

„Nach **st. Rspr. des BVerwG** dienen die Anfertigung, Aufbewahrung und systematische Zusammenstellung erkennungsdienstlicher Unterlagen in kriminalpolizeilichen Sammlungen nach ihrer **gesetzlichen Zweckbestimmung der vorsorgenden Bereitstellung von sächlichen Hilfsmitteln** für die sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben, die der Kriminalpolizei hinsichtlich der Erforschung und Aufklärung von Straftaten durch § 163 StPO zugewiesen sind (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2011, 710; BVerwGE 66, 192; BVerwGE 66, 202; so auch Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 81b Rn 3; Senge, KK-StPO, 6. Aufl., § 81b Rn 1). Wehrt sich ein Betr. gegen die auf Grundlage von § 81b 2. Alt. StPO getroffene Anordnung zu seiner erkennungsdienstlichen Behandlung, ist hierfür der **Verwaltungsrechtsweg gegeben** (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2011, 710; BVerwGE 66, 192; BGHSt 28, 206 = NJW 1979, 882; OVG Schleswig VwZ-RR 2007, 817; Meyer-Goßner, § 81b Rn 22 m. w. Nachw.).“ (OLG Celle aaO)

VwGO
§ 40 I 1

Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs Informationszugangsanspruch

VwGO

(BVerwG in NVwZ 2012, 1563; Beschluss vom 20.09.2012 – 7 B 5/12)

Für einen **Anspruch gegen die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) auf Informationszugang** nach § 1 I IFG ist der **Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet**.

- I. Bei dem Rechtsstreit um diesen Anspruch handelt es sich um eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art** i. S. von § 40 I 1 VwGO.

„Denn die **streitentscheidende Norm des § 1 I 1 IFG verpflichtet nur Behörden des Bundes als Träger hoheitlicher Gewalt**; sie ist folglich **dem öffentlichen Recht zuzuordnen** (vgl. nur Schoch, IFG, 2009, § 9 Rn 68, 71).

Für die Entscheidung über diesen Anspruch sind demnach gemäß der genannten Vorschrift die Verwaltungsgerichte zuständig; denn es fehlt an einer ausdrücklichen Zuweisung an ein anderes Gericht nach § 40 I 1 Halbs. 2 VwGO.“ (BVerwG aaO)

- II. Die **Sonderzuweisung nach § 48 I und IV WpÜG** erfasst diesen **Anspruch nicht**.

1. Nach § 48 I WpÜG ist gegen Verfügungen der Bekl. die Beschwerde statthaft; nach § 48 IV WpÜG **entscheidet über die Beschwerde ausschließlich** das für den Sitz der BaFin in Frankfurt a. M. **zuständige OLG**.

Entgegen dem weiten Wortlaut des § 48 I und IV WpÜG **erstreckt sich die Sonderzuweisung nicht umfassend auf alle Verfügungen der BaFin**.

„Vielmehr bezieht sich § 48 I und IV WpÜG nur auf solche Verfügungen der Bekl., die in dem von § 1 WpÜG umschriebenen Anwendungsbereich des Gesetzes, d. h. in Bezug auf Angebote zum Erwerb von Wertpapieren, erlassen worden sind. In erster Linie sind das – wie in § 46 S. 1 WpÜG ausdrücklich verdeutlichend formuliert – Verfügungen, die „nach diesem Gesetz“ ergangen sind (vgl. MüKo-AktG/Wackerbarth/Kresse, 3. Aufl., 2011, § 48 WpÜG Rn 4; Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Komm., 4. Aufl., 2010, § 48 WpÜG Rn 3). Dazu kommen hieran anknüpfende – akzessorische – Verfügungen, etwa in der Verwaltungsvollstreckung, sowie ggf. sonstige Hilfs- und Nebenansprüche (vgl. etwa zum Rechtsweg für Auskunftsverlangen beim Amtshaftungsanspruch BGHZ 67, 81 = NJW 1976, 1941, und BGHZ 78, 274 = NJW 1981, 675). Hiernach werden **Ansprüche nach dem Informationsfreiheitsgesetz von § 48 I und IV WpÜG nicht erfasst**. Denn sie sind insbes. **nicht als bloße Nebenansprüche zu sonstigen Ansprüchen zu verstehen**, die sich aus dem WpÜG ergeben. Vielmehr gewährt das Informationsfreiheitsgesetz einen **eigenständigen materiellrechtlichen Anspruch auf Informationszugang**, der sich insbes. **vom Akteneinsichtsrecht im Verwaltungsverfahren grundlegend unterscheidet** (BVerwGE 141, 122 = NVwZ 2012, 256; vgl. auch BSG BeckRS 2012, 69378). Der Gedanke der **prozessualen Zweckmäßigkeit** und des **Sachzusammenhangs**, der der vorgenannten Rspr. des BGH zu Grunde liegt, kann deswegen das Fehlen einer ausdrücklichen bundesgesetzlichen Sonderzuweisung nicht ersetzen (s. auch OVG Münster NWVB1 2003, 23).“ (BVerwG aaO)

2. Eine Erstreckung der Rechtswegzuweisung nach § 48 I und IV WpÜG auf Ansprüche nach § 1 IFG kommt auch nicht dann in Betracht, wenn der Kl. zugleich (s. § 1 III IFG) ein **Akteneinsichtsbegehren nach § 29 VwVfG** geltend macht.

„Es spricht zwar viel dafür, dass über dieses dem Verfahren nach dem WpÜG akzessorische Begehren nach § 48 I und IV WpÜG vom OLG zu entscheiden ist. Hieraus folgt aber nichts für den Rechtsweg hinsichtlich des Informationsanspruchs nach § 1 IFG. Das gilt auch dann, wenn beide Ansprüche demselben Streitgegenstand zuzuordnen sind. Nach dem sog. **zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff** wird der Streitgegenstand im Allgemeinen als der prozessuale Anspruch durch die erstrebte, im Klageantrag umschriebene Rechtsfolge und den Klagegrund, d. h. den Sachverhalt, aus dem sich die Rechtsfolge ergeben soll, gekennzeichnet (st. Rspr., s. etwa BVerwGE 140, 290; BVerwGE 96, 24 = NVwZ

1994, 1115). Hiervon ausgehend dürfte eine **Identität des Streitgegenstandes** jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn der Informationszugangsanspruch nach § 1 II 1 Alt. 2 IFG auf die Gewährung von Akteneinsicht gerichtet ist. Allerdings ist zu erwägen, ob bei einem Verpflichtungsbegehren der Streitgegenstand nicht allein durch die begehrte Rechtsfolge und den Klagegrund bestimmt, sondern **durch die gesetzliche Anspruchsgrundlage präzisiert und umgrenzt** wird (s. hierzu Eyermann, VwGO, 13. Aufl., 2010, § 121 Rn 28 m. Nachw.; vgl. auch BVerwGE 139, 184 = NVwZ 2011, 1520, m. Anm. Kumpf). Dies bedarf hier jedoch keiner Vertiefung. Denn auch die **Identität des Streitgegenstandes verändert nicht die Rechtswegzuweisung als solche**. Eine **einheitliche Entscheidung über den gesamten Streitgegenstand** wird vielmehr dadurch gewährleistet, dass das Gericht, bei dem ein Verfahren zuerst rechtshängig geworden ist (§ 17 I 2 GVG, § 261 III ZPO) nach § 17 II 1 GVG rechtswegüberschreitend über sämtliche Anspruchsgrundlagen entscheiden kann (vgl. Eyermann/Rennert, § 41/§§ 17–17b GVG Rn 18 m. w. Nachw.).“ (BVerwG aaO)

VwGO
§ 58

Rechtsbehelfsbelehrung
Fehlender Hinweis auf elektronischen Rechtsverkehr
(OVG Bremen in NVwZ-RR 2012, 950; Urteil vom 08.08.2012 – 2 A 53/12)

VwGO

Eine **Rechtsbehelfsbelehrung, die nicht auf die Möglichkeit hinweist, dass der Rechtsbehelf auch mittels elektronischen Dokuments eingelegt** werden kann, ist **weder unrichtig noch irreführend**.

- I. In der **Rspr. des BVerwG** ist geklärt, dass eine Rechtsbehelfsbelehrung nicht nur dann unrichtig i. S. von § 58 II VwGO ist, wenn sie die in § 58 I VwGO **zwingend geforderten Angaben nicht enthält**. Sie ist es vielmehr auch dann, wenn sie **geeignet ist, bei dem Betroffenen einen Irrtum über die formellen oder materiellen Voraussetzungen des** in Betracht kommenden **Rechtsbehelfs hervorzurufen** und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf überhaupt, rechtzeitig oder in der richtigen Form einzulegen (vgl. nur: BVerwG BeckRS 2002, 21962 m. w. Nachw.).

§ 58 I VwGO schließt es nicht aus, in die Belehrung auch Hinweise aufzunehmen, die nicht zwingend erforderlich sind, um die gesetzlichen Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelfristen in Lauf zu setzen.

Der Hinweis in der Belehrung, die Klage könne schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des VG erhoben werden, gehört ebenso wenig zu dem zwingenden Inhalt einer Rechtsmittelbelehrung wie der Hinweis, dass die Klage mittels elektronischen Dokuments erhoben werden kann. § 58 I VwGO verlangt nur eine schriftliche Belehrung „über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist“. Angaben über die jeweils zu wahrende Form des Rechtsbehelfs fordert das Gesetz nicht (vgl. BVerwG NJW 1991, 508 = NVwZ 1991, 261; BVerwGE 50, 248 = NJW 1976, 1332).

Enthält die Belehrung allerdings nicht zwingende Hinweise, dann entsprechen solche Zusätze nur dann den Anforderungen des § 58 I VwGO, wenn sie **keinen unzutreffenden oder irreführenden Inhalt** haben, der generell geeignet ist, den **Betroffenen davon abzuhalten, das Rechtsmittel überhaupt, rechtzeitig oder in der rechten Weise einzulegen** (vgl. BVerwG BeckRS 2000, 30095674; BVerwG BeckRS 1989, 31283791; BVerwG NJW 1981, 300 = DÖV 1981, 635; BVerwG BeckRS 1992, 31262428).

Es kommt auch nicht darauf an, ob der zu beanstandende Zusatz der Belehrung im konkreten Fall tatsächlich einen Irrtum hervorgerufen und dazu geführt hat, dass das Rechtsmittel nicht oder nicht rechtzeitig eingelegt worden ist. Es genügt, dass der irreführende Zusatz objektiv geeignet ist, die Rechtsmitteleinlegung zu erschweren.

„Das dient der Rechtsmittelklarheit. Indem § 58 VwGO seine Rechtsfolgen allein an die objektiv feststellbare Tatsache des Fehlens oder der Unrichtigkeit der Belehrung knüpft, gibt die Vorschrift sämtlichen Verfahrensbeteiligten gleiche und zudem sichere Kriterien für das Bestimmen der formellen Rechtskraft an die Hand (vgl. BVerwGE 134, 41 = NJW 2009, 2322; BVerwGE 81, 81 [84] = NVwZ 1989, 1057).“ (OVG Bremen aaO)

- II. In der Rspr. ist **umstritten, ob der Zusatz** in einer Rechtsbehelfsbelehrung, der Rechtsbehelf könne schriftlich oder zur Niederschrift erhoben werden, **ohne den Hinweis auch auf die Möglichkeit, die Klage mittels elektronischen Dokuments zu erheben, geeignet ist, die Rechtsmitteleinlegung zu erschweren**.

1. Nach **einer Auffassung** ist das Fehlen des Hinweises generell geeignet, bei dem Adressaten einen Irrtum über die verschiedenen Möglichkeiten, den Formerfordernissen zu genügen, hervorzurufen.

Die Annahme der Unrichtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung wird damit begründet, der Hinweis auf die Klageerhebung schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten sei nach dem objektiven Empfängerhorizont geeignet, den Eindruck zu erwecken, dass die Klage trotz bestehender Möglichkeit nicht in elektronischer Form erhoben werden könne. Die Verweisung auf das Erfordernis, den Rechtsbehelf schriftlich einzureichen, erschwere dem Betroffenen die Rechtsverfolgung in einer vom Gesetz nicht gewollten Weise. Es sei durchaus denkbar, dass die **Einlegung des Rechtsbehelfs in elektronischer Form** – für den Bet. persönlich ebenso wie für dessen Bevollmächtigten – eine **erhebliche Vereinfachung gegenüber der Einreichung eines Schriftstücks durch Einwurf in den Gerichtsbriefkasten, per Post bzw. Boten oder Fax** darstelle.

OVG Koblenz NVwZ-RR 2012, 457; OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2010, 48910; OVG Magdeburg BeckRS 2011, 46302; VG Magdeburg BeckRS 2012, 51383; VG Neustadt a. d. W. NJW 2011, 1530; VG Trier BeckRS 2009, 40016; für die Sozialgerichtsbarkeit: LSG Hessen BeckRS 2012, 69550; LSG Berlin-Brandenburg BeckRS 2011, 79191

Auch wird darauf hingewiesen, dass die **elektronische Kommunikation längst aus dem Status der „Exotik“ herausgewachsen** sei und nach dem Willen des Gesetzgebers einen den seit jeher bekannten Formen der Rechtsbehelfseinlegung gleichgestellten Weg darstelle. Eine entsprechende Erweiterung der Rechtsbehelfsbelehrung um diesen zusätzlichen dritten Weg stelle auch **keine Überforderung des betr. Bürgers** dar. Ihm blieben bei einer derartigen Fassung der Rechtsbehelfsbelehrung daneben die seit alters her bekannten Wege offen, den Rechtsbehelf einzulegen. Zudem richte sich die Rechtsbehelfsbelehrung an alle Verfahrensbeteiligten und es dürfe nicht nur auf diejenigen Verfahrensbeteiligten abgestellt werden, die von der elektronischen Kommunikationsmöglichkeit am wenigsten Gebrauch machen dürften.

OVG Koblenz NVwZ-RR 2012, 457; auch: VG Trier BeckRS 2009, 40016; LSG Hessen BeckRS 2012, 69550

2. Nach der **Gegenauffassung** muss dagegen nicht auf die Möglichkeit der Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage mittels elektronischer Datenübermittlung hingewiesen werden, weil diese Form bisher wenig verbreitet sei und besonderen Voraussetzungen und Umständen unterliege.

Die **elektronische Klageerhebung** unterscheide sich von herkömmlichen Formen der Klageerhebung durch **Zugangsvoraussetzungen, die gerade nicht Jedermann offen stünden**. Die dadurch eröffnete beschleunigte Übermittlung einer fristgebundenen Eingabe bei Gericht stehe nur einem Anwenderkreis offen, der in das Verfahren eingebunden sei und typischerweise nicht einem Irrtum über die Möglichkeit der elektronischen Klageerhebung unterliegen könne. Der Zweck der Rechtsbehelfsbelehrung, dem Bet. den richtigen und regelmäßigen Weg der Klageerhebung zu zeigen, dürfe nicht dadurch verwässert werden, dass die Rechtsbehelfsbelehrung auch alle anderen Möglichkeiten, die das Gesetz zur Fristwahrung genügen lasse, aufzählen müsse. Diese werde dadurch nicht übersichtlicher, sondern länger und verwirrend, sodass auf die Möglichkeit der Klageerhebung in elektronischer Form nicht gesondert hingewiesen werden müsse.

vgl. VG Neustadt a. d. W. LKRZ 2012, 18; VG Berlin BeckRS 2011, 48370; BFH in: BeckRS 2010, 25016060 - der auf den Wortlaut des § 357 I AO 1977 hinweist, nach dem der Einspruch schriftlich einzureichen oder zur Niederschrift zu erklären ist; ähnlich für die Sozialgerichtsbarkeit: LSG Hessen BeckRS 2011, 74610; SG Marburg BeckRS 2012, 72125

3. **OVG Bremen aaO schließt sich der letztgenannten Auffassung an.**

- a) Keine Bedeutung misst OVG Bremen aaO dabei dem Umstand bei, dass der **Gesetzgeber** in § 70 I 1 VwGO und in § 81 I VwGO die **elektronische Kommunikation** als mögliche zulässige Form **nicht erwähnt** hat (vgl. dazu: VG Neustadt a. d. W. LKRZ 2012, 18).

*„Denn die **Möglichkeit der elektronischen Kommunikation** hat der Gesetzgeber **eigenständig in § 55a VwGO, § 3a VwVfG geregelt**, so dass nicht allein die §§ 70 I, 81 I VwGO in den Blick zu nehmen sind (vgl. OVG Koblenz NVwZ-RR 2012, 457; LSG Hessen BeckRS 2012, 69550). Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, ob die elektronische Form als ein Unterfall der Schriftform angesehen werden kann oder vielmehr eine Alternative zur Schriftform ist, denn es kommt auf die Sicht des Empfängers an, für den die Erstellung eines elektronischen Dokuments durchaus einen Unterschied zur Erstellung eines schriftlichen Dokumentes darstellen kann (vgl. LSG Hessen BeckRS 2011, 74610).“* (OVG Bremen aaO)

- b) Ausgehend von der Überlegung, dass die Rechtsbehelfsbelehrung zur **Gewährleistung eines möglichst effektiven Rechtsschutzes** die Betroffenen davor schützen soll, eines Rechtsbehelfs verlustig zu gehen, ist für OVG Bremen aaO maßgebend, dass sich die Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs durch besondere Zugangsvoraussetzungen auszeichnet, die sich von den Jedermann leicht zugänglichen Möglichkeiten der schriftlichen Klageerhebung oder der Klageerhebung zur Niederschrift gravierend unterscheiden.

*„Die Wirksamkeit eines elektronisch übermittelten Dokuments setzt voraus, dass das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist, wofür in der Regel eine Signaturkarte eines Zertifizierungsdiensteanbieters und ein Chipkarten-Lesegerät benötigt werden, oder ein anderes sicheres Verfahren genutzt wird, das die Authentizität und die Integrität des übermittelten elektronischen Dokuments sicherstellt (§ 55a I 3 und 4 VwGO). Darüber hinaus sind **nicht ganz unbedeutende technische Voraussetzungen erforderlich**. Die umfangreichen Anleitungen und Hinweise auf der Internetseite zum elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfach (e.de) belegen, dass die Erhebung einer Klage mittels elektronischen Dokuments nicht ohne einen gewissen Aufwand an Vorbereitung einfach und schnell durchführbar ist. Allein die auf der Internet-Seite e.x.de abrufbare Anwenderdokumentation, die den Nutzer in die Lage versetzen soll, mit den unterschiedlichen Funktionen des Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfachs sinnvoll umzugehen, umfasst 99 Seiten.*

*Der **elektronische Rechtsverkehr ist kein leicht zugänglicher und unkomplizierter Weg zur Klageerhebung**. Er bedeutet für denjenigen, der sich mit der Anwendung des Verfahrens nicht vertraut gemacht hat, keine erhebliche Vereinfachung gegenüber der Einreichung eines Schriftstücks durch Einwurf in den Gerichtsbriefkasten, per Post oder Fax oder der Erhebung der Klage zur Niederschrift. Insbesondere auch im Verhältnis zur Klageerhebung per Fax, auf die nicht gesondert hingewiesen werden muss, stellt er keine Vereinfachung des Rechtsschutzzugangs dar. Wegen der besonderen Bedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs ist das Fehlen eines Hinweises auf ihn generell nicht geeignet, die Einlegung des Rechtsmittels zu beeinträchtigen. Ohne weitere Hinweise auf Einzelheiten, insbesondere das Erfordernis einer elektronischen Signatur, kann ein entsprechender Hinweis den Rechtsschutzsuchenden womöglich sogar davon abhalten, rechtzeitig schriftlich oder zur Niederschrift Klage einzureichen.*

Soweit Verfahrensbet. von dem elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfach zur Vereinfachung von Verfahrensabläufen Gebrauch machen, geht die zitierte Rspr. zu Recht davon aus, dass sie derart in das Verfahren eingebunden und mit diesem vertraut sind, dass sie typischerweise nicht einem Irrtum über die Möglichkeit der elektronischen Klageerhebung unterliegen. Bei diesen Anwendern, die bewusst die technischen Voraussetzungen für die Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs bei sich geschaffen haben, kann vorausgesetzt werden, dass ihnen bekannt ist, dass die in §§ 70 I 1, 81 I VwGO vorgesehene Form der schriftlichen Klageerhebung oder der Klageerhebung zur Niederschrift durch die Übermittlung eines elektronischen Dokuments ersetzt werden kann.“ (OVG Bremen aaO)

VwGO
§ 124 II Nr. 1

Berufung
Zulassung bei offensichtlicher Unrichtigkeit
(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2012, 948; Beschluss vom 13.09.2012 – 9 S 2153/11)

VwGO

Ist eine **Entscheidung offensichtlich unrichtig**, kann die **Berufung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit** nach § 124 II Nr. 1 VwGO **auch dann zugelassen** werden, wenn der **Rechtsmittelführer die Gründe hierfür nicht dargelegt** hat.

*„Der Zulassung der Berufung steht das **Darlegungsgebot des § 124a IV 4 und V 2 VwGO** nicht entgegen. Dieses beschränkt das OVG zwar grds. auf die Prüfung, ob die in Anspruch genommenen Zulassungsgründe aus den dargelegten Umständen vorliegen.*

Eine **Ausnahme** gilt jedoch dann, wenn die **angefochtene Entscheidung** zwar nicht aus dem vom Rechtsmittelführer angeführten Grund, wohl aber aus einem anderen Grunde **unrichtig** ist, sofern diese **Unrichtigkeit offensichtlich** ist.

Zweck des Zulassungsgrundes aus § 124 II Nr. 1 VwGO ist es, die **Überprüfung und mögliche Korrektur zweifelhafter Entscheidungen der ersten Instanz im Rechtsmittelwege zu ermöglichen**. Das gebietet, den **Zugang zur Rechtsmittelinstanz umso eher zu eröffnen, je gewichtiger die Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung wiegen**, vollends wenn deren Unrichtigkeit schon im Zulassungsverfahren offensichtlich ist. In solchen Fällen kann auch das Darlegungsgebot nicht entgegenstehen. Dessen **Sinn und Zweck** besteht darin, das **Zulassungsverfahren zu vereinfachen**, indem es das Prüfungsprogramm des OVG darauf beschränkt, zu klären, ob die dargelegten Gründe eine Zulassung des Rechtsmittels tragen. Dieser Zweck wird indes nicht berührt, wenn die Zulassung aus Gründen, die offensichtlich sind, auch ohne deren Darlegung erfolgen kann. Denn das **Offensichtliche liegt klar zutage und bedarf daher keiner aufwendigen Feststellung**. Das **Zulassungsverfahren** wird daher **nicht verzögert und erschwert**, sondern umgekehrt gerade vereinfacht (vgl. bereits den zu § 146 IV VwGO a. F.: VGH Mannheim NVwZ-RR 2002, 75 = VBIBW 2002, 163 m. w. Nachw.; ebenso: OVG Bautzen BeckRS 2008, 34689; Wysk [Hrsg.], VwGO, 2011, § 124a Rn 44; Eyermann/Happ [Hrsg.], VwGO, 13. Aufl., 2010, § 124a Rn 83; Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., 2011, § 124a Rn 50).“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§ 161 II

Erledigungserklärung Unzulässigkeit im Prozesskostenhilfverfahren

VwGO

(VGH München in BayVBl 2013, 27; Beschluss vom 25.06.2012 – 8 C 12.654)

Die (**übereinstimmende**) **Erledigungserklärung** nach § 161 II VwGO ist in **Prozesskostenhilfverfahren** (§ 166 VwGO i. V. mit §§ 114 ff. ZPO) **ausgeschlossen**. Sie kann aber in der Regel in eine **Rücknahme entsprechend § 92 VwGO umgedeutet** werden.

„Denn bei **Prozesskostenhilfeangelegenheiten** handelt es sich **nicht um ein kontradiktorisches Verfahren**, wie es § 161 II VwGO („Rechtsstreit“) verlangt, sondern um ein nicht Streitiges, seinem Charakter nach der staatlichen Daseinsfürsorge zuzurechnendes Antragsverfahren, in dem sich als Beteiligte nur der Ast. und das Gericht als Bewilligungsstelle gegenüberstehen. Für die Beschwerde gegen ein die Bewilligung von Prozesskostenhilfe (teilweise) ablehnendes Verfahren gilt insoweit nichts anderes. Eine **Erledigungserklärung** mit dem Ziel, der Gegenseite die Kosten auferlegen zu lassen, ist in **Prozesskostenhilfverfahren** daher **ausgeschlossen** (vgl. BGH FamRZ 2009, 1663; OLG Hamm FamRZ 2006, 1855; Thüringer LAG vom 09.09.2011 - Az. 6 Ta 155/11 <juris> jeweils zu § 91a ZPO; Thomas/Putzo, ZPO, 33. Aufl. 2012, § 91a Rn 7; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 70. Aufl. 2012, § 91a Rn 14; Zöller, ZPO, 28. Aufl. 2012, § 91a Rn 58 Stichwort „Prozesskostenhilfverfahren“ jeweils m. w. Nachw.).

Die **Erledigungserklärung** der Ast. kann aber **in eine Rücknahme der Beschwerde umgedeutet** werden. Auch im Verfahrensrecht gilt in entsprechender Anwendung des § 140 BGB der Grundsatz, dass eine fehlerhafte Prozesshandlung in eine zulässige und wirksame Prozessklärung umzudeuten ist, wenn deren Voraussetzungen eingehalten sind, die Umdeutung dem **mutmaßlichen Parteiwillen** entspricht und **kein schutzwürdiges Interesse entgegensteht** (vgl. BGH NJW 2001, 1217 u. NJW 2011, 1292).“ (VGH München aaO)

VwVfG NRW
§ 45 II

Rechtswidrig unterbliebene Anhörung Zulässigkeit der Heilung / Nachholung im erstinstanzlichen Klageverfahren (OVG Münster in NWVBl 2013, 37; Beschluss vom 01.06.2012 – 15 A 48/12)

VwVfG

I. Eine **rechtswidrig unterbliebene Anhörung** kann im Verlauf eines erstinstanzlichen Klageverfahrens **nachgeholt und geheilt** werden. Dabei kann die Heilung **auch in dem Austausch von Sachäußerungen im Klageverfahren** erfolgen.

„Der **Wortlaut** in § 45 II VwVfG NRW, wonach u. a. eine unterbliebene Anhörung bis zum Abschluss der ersten Instanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann, lässt sowohl eine Heilung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens als auch eine solche im Gerichtsverfahren zu. **Entscheidend** ist, dass die **nachgeholt** **Anhörung** die ihr zukommende **Funktion im Rahmen des behördlichen Entscheidungsprozesses erfüllen** kann. Hierzu ist es nicht notwendig, dass der Betroffene während eines anhängigen Gerichtsverfahrens die Möglichkeit zur Stellungnahme auf der Ebene eines parallel geführten Verwaltungsverfahrens erhält. Die Heilung kann vielmehr auch in einem Austausch von Sachäußerungen in einem gerichtlichen Verfahren bestehen. Dies setzt allerdings voraus, dass die Behörde den Vortrag des Betroffenen zum Anlass nimmt, ihre Entscheidung noch einmal auf den Prüfstand zu stellen und zu erwägen, ob sie unter Berücksichtigung der nunmehr vorgebrachten Tatsachen und rechtlichen Erwägungen an ihrer Entscheidung mit diesem konkreten Inhalt festhalten will und das Ergebnis der Überprüfung mitteilt (vgl. Hessischer VGH NVwZ-RR 1989, 113; Bay. VGH, Beschluss vom 26.01. 2009 - 3 CS 09.46 -, juris; OVG S.-A., Beschluss vom 03.05.2005 - 4 M 37/05 -, juris; a. A.: Kopp/Schenke, VwVfG, § 45 Rn 27 und 42; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 45 Rn 86 ff.; Knack/Henneke, VwVfG, § 45 Rn 29 f.“ (OVG Münster aaO)

II. Die vom **BVerwG** demgegenüber in den **80-er Jahren** vertretene **gegenteilige Auffassung**, ein Anhörungsmangel könne nur außerhalb des gerichtlichen Verfahrens in einem Verwaltungsverfahren behoben werden (vgl. BVerwG NVwZ 1984, 577) **betrifft die Altfassung der Bestimmung des § 45 II VwVfG** des Bundes und die dieser Regelung angepassten Landesgesetze, wonach eine unterbliebene Anhörung nur bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage nachholbar war. Sie steht daher nicht im Widerspruch zu einer Heilungsmöglichkeit im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren nach § 45 II VwVfG. NRW. n. F.

„Bei der **Festlegung der zeitlichen Grenze für die Heilung** hat sich der Gesetzgeber maßgeblich davon leiten lassen, dass bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Klageverfahrens eine **unbefangene Überprüfung des nachträglichen Vorbringens** des Betroffenen grds. noch gewährleistet ist. Dass den Belangen des Betroffenen nur auf der Ebene des Verwaltungsverfahrens in ausreichendem Maß Rechnung getragen werden kann, ist nicht ersichtlich. § 28 I VwVfG. NRW. schreibt keine Form der Anhörung und auch kein irgendwie geartetes Verfahren vor. Wenn die Anhörung daher sowohl schriftlich als auch mündlich oder unter Umständen fernmündlich erfolgen kann, ist kein Grund gegeben, warum der Austausch von Sachvorbringen in einem Gerichtsverfahren, sofern er den dargestellten Voraussetzungen genügt, nicht zur Heilung eines Anhörungsmangels nach § 45 I Nr. 3 i. V. m. II VwVfG. NRW. genügen soll.“ (OVG Münster aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

RVG
§ 3a I

Anwaltliche Vergütungsvereinbarung Zulässigkeit

RVG

(OLG München in NJW-RR 2012, 1469; Urteil vom 03.05.2012 – 24 U 646/10)

- I. Eine **anwaltliche Vergütungsvereinbarung**, in der die vereinbarten **Gebühren das 3,2-fache der gesetzlichen Gebühren betragen**, ist **weder sittenwidrig noch nichtig**.

„Ein grobes Missverhältnis zwischen der vereinbarten Vergütung und der gesetzlichen Gebühr, die dem Rechtsanwalt nach Nr. 3100, 3104 und 1003 VV RVG zusteht, besteht nicht [hier: die vereinbarte Gebühr beträgt das 3,2-fache der gesetzlichen Gebühr].

Die von der Rspr. entwickelte Grenze für das auffällige Missverhältnis, die auf anderen Gebieten bei der Überschreitung von knapp 100% der „normalen“ Vergütung angenommen wird, gilt für Vergütungsvereinbarungen nach dem RVG im unteren und mittleren Streitwertbereich nicht (BGH NJW 2003, 2386; BGHZ 144, 343 = NJW 2000, 2669, Gerold/Schmidt, RVG, 19. Aufl., 2010, § 3a RVG Rn 43). Ein auffälliges Missverhältnis wird erst angenommen, wenn – insbesondere bei hohen Streitwerten – das vereinbarte Honorar mehr als das 5-fache des gesetzlichen Honorars ausmacht (BGHZ 144, 343 = NJW 2000, 2669).“ (OLG München aaO)

- II. Der **formularmäßige Hinweis in einer Vergütungsvereinbarung**, wonach „die vereinbarte Vergütung unter Umständen die gesetzlichen Gebühren übersteigt und eine eventuelle Gebührenerstattung durch den Gegner auf die gesetzlichen Gebühren beschränkt ist“, **entspricht den Vorgaben von § 3a I RVG**. Der Wortlaut „unter Umständen“ ist dabei nicht als irreführend anzusehen.

„[In der Vergütungsvereinbarung] ist auch der Hinweis auf die beschränkte Erstattung von Gebühren durch den Gegner enthalten. Welche Bedeutung der Gegenstandswert für die Gebührenberechnung hat, konnte der Bekl. zumindest auf Grund der Zwischenabrechnung erkennen (wird ausgeführt). Im ergänzenden Mandatsvertrag und der Vergütungsvereinbarung war die Höhe der in Betracht kommenden Gebühren im Rahmen der gerichtlichen Vertretung erster (und zweiter) Instanz zutreffend wiedergegeben, so dass der Bekl. die Höhe der Gebühren selbst errechnen, zumindest aber abschätzen konnte.

Die Formulierung, dass die vereinbarte Vergütung „unter Umständen“ die gesetzlichen Gebühren übersteigt ist nicht irreführend. Es war nicht ausgeschlossen, dass das Gericht für einen Abgeltungsvergleich die Gesamtsumme des aufgehobenen Werkvertrags als Gegenstandswert zu Grunde legen würde; dann hätte die Einigungsgebühr der gesetzlichen Vorgabe entsprochen. Dass Rechtsanwalt M in dem Begleitschreiben, mit dem er die Vergütungsvereinbarung an den Bekl. übersandt hat, erwähnt hat, dass die Vergütungsvereinbarungsabrechnung zu Grunde zu legen ist, suggeriert nicht, dass es keine andere Möglichkeit gegeben hätte. Der Bekl. ist selbst Geschäftsmann; er musste daher wissen, dass er einen Vertragsschluss ablehnen kann, wenn er mit dem geforderten Preis für eine Leistung nicht einverstanden ist. Auf Grund des in § 3a I RVG vorgeschriebenen und in der Vereinbarung enthaltenen Hinweises wusste der Bekl. auch, dass er selbst im Erfolgsfall auf einem Teil der mit dem Rechtsanwalt vereinbarten Gebühren sitzen bleiben würde.“ (OLG München aaO)

VV RVG
Nr. 1000, 1003

Einigungsgebühr

RVG

Teileinigung im Versorgungsausgleichsverfahren

(OLG Hamm in MDR 2012, 1468; Beschluss vom 02.07.2012 – II-6 WF 127/12)

Im **Versorgungsausgleichsverfahren** entsteht eine **Einigungsgebühr** bereits dann, wenn sich die **Beteiligten über eine wesentlich Grundlage für die Durchführung des Versorgungsausgleichs** - hier: Berechnung der Startgutschriften - **endgültig einigen**.

„Allgemein anerkannt ist, dass bereits eine Zwischeneinigung der Parteien eine Einigungsgebühr nach Nr. 1003, 1000 VV RVG auslösen kann und also nicht erforderlich ist, dass die Parteien sich über den gesamten Streitstoff einigen (OLG Saarbrücken NJW-RR 2012, 522; Gerold/Schmidt-Müller-Rabe, RVG, 20. Auflage 2012, Nr. 1000 VV RVG Rn 150; Hartmann, Kostengesetze, 42. Auflage 2012, Nr. 1000 VV RVG Rn 56; Gebauer/Schneider-Schneider; RVG, 2. Auflage 2004, Nr. 1000 VV RVG Rn 101). Entscheidend ist stets, ob durch die Vereinbarung der Parteien eine endgültige oder wenigstens praktisch dauerhafte Regelung auch nur über einen Teil des Verfahrensgegenstandes getroffen wird (OLG Köln FamRZ 2009, 715; OLG Hamm JurBüro 2002, 27; Hartmann, Kostengesetze, 42. Auflage 2012, Nr. 1000 VV RVG Rn 56). Dabei ist ergänzend auch auf den Sinn und Zweck der Einigungsgebühr abzustellen. Die zusätzliche Gebühr honoriert, dass der Rechtsanwalt mit der Einigung eine besondere Verantwortung übernimmt und er sein Haftungsrisiko erhöht. Die Entscheidung wird nicht dem Gericht überlassen, sondern er entscheidet selbst. Darüber hinaus dient die Einigungsgebühr der Entlastung des Gerichts und der Sicherung des Rechtsfriedens (Gerold/Schmidt-Müller-Rabe, RVG, 20. Auflage 2012, Nr. 1000 VV RVG Rn 152).

Nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen ist im vorliegenden Fall eine Einigungsgebühr entstanden. Das Amtsgericht verweist zutreffend darauf, dass die Einigung der Eheleute eine Entscheidung über den Versorgungsausgleich erst ermöglicht hat, weil diese sich hinsichtlich der bei der VBL erworbenen Anrechte auf die seitens der VBL errechneten Werte verständigt haben. Anderenfalls hätte das Verfahren bis zur Neuregelung der Übergangsbestimmung der Zusatzversicherungen des öffentlichen Dienstes durch die Tarifpartner ausgesetzt werden müssen, weil der BGH die in der Übergangsbestimmung vorgesehene Berechnung der Startgutschriften

ten als verfassungswidrig angesehen hat (BGH FamRZ 2008, 395). Die danach bedeutende Teileinigung der Eheleute war auch endgültig, da die **Ungewissheit** über die Berechnung der Anrechte aus der Zusatzversorgung **abschließend und dauerhaft beseitigt** wurde. Dass die Einigung zu einer abschließende Klärung der Sach- und Rechtslage führte und demgemäß eine gerichtliche Entscheidung entbehrlich wurde, ist entgegen der Ansicht der Landeskasse nicht notwendig.“ (OLG Hamm aaO)

VV RVG
Nr. 2100

Prüfungsgebühr
Prüfung der Erfolgsaussicht einer Berufung
(LG Köln in NJW-RR 2012, 1471; Urteil vom 04.04.2012 – 13 S 235/11)

RVG

Wird die **Berufung nach Prüfung der Erfolgsaussicht nur zu einem Teil eingelegt**, weil der Anwalt i. Ü. von der Durchführung der Berufung abgeraten hat, so erhält er **aus dem Gesamtwert der Beschwer eine Prüfungsgebühr nach Nr. 2100 VV RVG** und nur aus dem Wert der durchgeführten Berufung die Verfahrensgebühr gem. Nr. 3200 VV RVG. Die **Prüfungsgebühr** ist darauf nach dem Wert der durchgeführten Berufung **anzurechnen**.

- I. Durch die Einlegung der Berufung ist eine 1,6 Verfahrensgebühr nach Nr. 3200 VV RVG verdient. Der **Gebührenanspruch** nach Nr. 3200 VV RVG **entsteht bereits durch die Entgegennahme der Informationen**, bzw. der Einreichung der Berufungsschrift, ohne dass die Berufung zugleich begründet werden müsste (Göttlich/Mümmeler, RVG, 4. Aufl., 2012, Berufung 1.2.1; Baumgärtel/Hergenröder/Houben, RVG, 15. Aufl., 2011, Nr. 3200 VV RVG Rn 2; Hartung/Schons/Enders, 2011, Nr. 3002 VV RVG Rn 7; Gerold/Schmidt, RVO, 19. Aufl., 2010, Nr. 3200 RVG VV Rn 1).
- II. Die an die Stelle des § 20 II BRAGO getretene Rahmengebühr des Nr. 2100 VV RVG fällt nach dem Text der Vorschrift bei **Prüfung der Erfolgsaussicht eines Rechtsmittels** an und ist **auf eine Gebühr für das Rechtsmittelverfahren anzurechnen**. Die Gebühr des Nr. 2100 VV RVG entsteht nach Abschluss der ersten Instanz bereits ohne gesonderte Beauftragung, wenn der in erster Instanz tätige Anwalt eine Prüfung der Erfolgsaussichten vornimmt (Hartung/Schons/Enders, Nr. 2001 VV RVG Rn 6; Mayer/Kroiß, RVG, 5. Aufl., 2012, Nr. 2100 VV RVG Rn 6). Sie ist für jeden Rat im Zusammenhang mit der Prüfung der Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels verdient (Mayer/Kroiß, Nr. 2100 VV RVG Rn 1).
- III. Aus der Anrechnungsanordnung der Nr. 2100 VV RVG folgt, dass die **Gebühr auch dann anfallen kann, wenn ein Rechtsmittel tatsächlich durchgeführt wird**. Es **bedarf daher keines ausdrücklichen isolierten Beratungsauftrags**.

*„Lebensnah ist davon auszugehen, dass ein Mandant, der vor Besprechung der Berufungsaussichten bereits den Auftrag für eine Berufungseinlegung erteilt, erwartet, dass er vor Durchführung der Berufung noch eine entsprechende – auch kostenpflichtige – Beratung zum Umfang der Verfolgung der Berufung erhält. Insoweit liegt ein **konkludenter Beratungsauftrag** vor, der gleichzeitig mit dem (zuvor unberatene) Auftrag zur Berufungseinlegung erteilt wird. Das Ergebnis ist aus Sicht des Auftraggebers nicht unbillig, da er auch nach seiner laienhaften Vorstellung nicht davon ausgehen wird, dass die Beratungsleistung des Anwalts (soweit sie zu einer Nichtdurchführung der Berufung führt), kostenfrei erfolgt.“*

Soweit das OLG Hamm (JurBüro 1985, 873) in einer vergleichbaren Situation einen Gebührenanspruch nach § 20 II BRAGO abgelehnt hat, steht dies einer Anwendung der Nr. 2100 VV RVG nicht entgegen. Nach früherem Recht war die Gebühr nämlich als Abrategebühr gestaltet, nach dem RVG fällt sie aber nunmehr für jeden Rat im Zusammenhang mit der Prüfung der Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels an (Mayer/Kroiß, Nr. 2100 VV RVG Rn 1).“ (LG Köln aaO)

VV RVG
Nr. 4141

Zusätzliche Verfahrensgebühr
Hauptverhandlung
(LG Potsdam in NSTZ-RR 2013, 31; Beschluss vom 20.04.2012 – 24 Qs 64/11)

RVG

Die nach der Anm. 1 Nr. 2 der Nr. 4141 VV RVG bei Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens entstehende **zusätzliche Verfahrensgebühr** kommt **nicht** in Ansatz, **wenn die Hauptverhandlung nach erfolgreichem Rechtsmittel** der Staatsanwaltschaft gegen die Nichteröffnung des Hauptverfahrens **durchgeführt worden** ist.

- I. Nach Anm. 1 Nr. 2 der Nr. 4141 VV RVG entsteht eine **zusätzliche Verfahrensgebühr** auch dann, wenn das Gericht gem. § 204 I StPO die **Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnt**.
*„Die zusätzliche Gebühr Nr. 4141 dient der Abgeltung der Tätigkeit des RA, die zu einer Vermeidung der Hauptverhandlung führt (vgl. Riedel/Sußbauer/Schmahl, RVG, 9. Aufl., VV Teil 4 Abschn. 1, Rn 108). Sie übernimmt den **Grundgedanken der Regelung in § 84 II BRAGO**. Diese war geschaffen worden, um zeitaufwändige Tätigkeiten des Verteidigers, die zur Vermeidung der Hauptverhandlung und damit beim Verteidiger zum Verlust der Hauptverhandlungsgebühr führten, gebührenrechtlich zu honorieren (vgl. BT-Dr. 12/6962, S. 106).“ (LG Potsdam aaO)*
- II. Der erfolgreichen Geltendmachung dieser Gebühr steht es jedoch entgegen, wenn die **Hauptverhandlung letztlich nicht vermieden, sondern nach dem erfolgreichen Rechtsmittel** der StA gegen die Nichteröffnung des Hauptverfahrens **durchgeführt worden** ist.

*„Aus dem Hinweis auf Hartmann (KostG, 41. Aufl., VV 4141 Rn 5), ergibt sich nicht, dass die zusätzliche Verfahrensgebühr Nr. 4141 auch dann beansprucht werden kann, wenn die Hauptverhandlung doch noch durchgeführt wird. Die zitierte Kommentierung besagt lediglich, dass die Gebühr mit der Bekanntmachung des Ablehnungsbeschlusses nach § 204 II StPO oder doch mit seinem Herausgehen aus dem inneren Geschäftsbetrieb, als auch mit seiner z.B. telefonischen Mitteilung an den Verteidiger, entsteht. Sie besagt ferner, dass es nicht auf die Unanfechtbarkeit oder Rechtskraft des Nichteröffnungsbeschlusses ankommt. Aus dem oben dargelegten **Gesetzeszweck** ergibt sich aber bereits, dass der Gebührenanspruch nach Nr. 4141 VV RVG dann wieder wegfällt, wenn die Hauptverhandlung doch noch durchgeführt wird und der Verteidiger letztlich nicht den Ver-*

lust der Hauptverhandlungsgebühr erleidet, den die Vorschrift der Anm. 1 Ziff. 2 der Nr. 4141 VV RVG gerade ausgleichen soll (vgl. auch das instruktive Beispiel 2 bei Burhoff, RVG, 3. Aufl., Nr. 4141 VV Rn 24).“ (LG Potsdam aaO)

VV RVG
Nr. 7000 Nr. 2

Kopierkosten
Ablichtung der Verfahrensakte

RVG

(OLG Köln in NStZ-RR 2012, 392; Beschluss vom 16.07.2012 – 2 Ws 499/12)

Die **ungeprüfte, vorsorgliche Ablichtung der gesamten Verfahrensakte** führt nicht zur **Erstattungsfähigkeit** der insoweit angemeldeten Kopierkosten.

*„Die Erstattungsfähigkeit von Kopierkosten setzt voraus, dass die angefertigten **Vervielfältigungen geboten** waren. Dies ist der Fall, wenn sie aus der objektiven Sicht eines vernünftigen, sachkundigen Dritten zur sachgemäßen Bearbeitung der Rechtssache erforderlich waren (vgl. Hartmann, KostG, 42. Aufl., RVG-VV 7000 Rn 6).*

*Dem Anwalt ist dabei freilich ein **weiter Ermessensspielraum** zuzubilligen, da sich häufig erst im Laufe des Verfahrens herausstellen kann, welche Teile der Akten zur Verteidigung tatsächlich benötigt werden. Das **ungeprüfte, vorsorgliche Ablichten der gesamten Akte** – die regelmäßig für die Verteidigung in jedem Fall irrelevante Dokumente wie Verfügungen und Empfangsbekanntnisse enthält – **stellt allerdings keine ordnungsgemäße Ermessensausübung** des Verteidigers mehr dar. Kopien sind nur in dem Rahmen abrechnungsfähig, in dem sie aus der ex-ante-Sicht des RA zu fertigen gewesen wären (vgl. Rehberg, RVG, 3. Aufl., S. 226), denn ein solches Vorgehen mag zwar aus **Vereinfachungsgründen zweckmäßig** sein, es ist **aber nicht geboten** (vgl. Hartmann, Nr. 7000 VV RVG Rn 15 u. 23).“ (OLG Köln aaO)*

GKG
§§ 52 I, 39

Streitwert
Sicherstellung eines Pkw

GKG

(VGH München in NVwZ-RR 2012, 1000; Beschluss vom 03.08.2012 – 10 C 12.208)

Sind sowohl die **Sicherstellungsanordnung** als auch der **Leistungsbescheid** für die Abschleppmaßnahme **Klagegegenstand**, bestimmt sich die **Bedeutung der Sache nach beiden Klagegegenständen**; beide **Streitwerte werden addiert**.

*„In Verfahren vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist der Streitwert, soweit nichts Anderes bestimmt ist, nach der sich aus dem Antrag des Kl. für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen (§ 52 I GKG). Betrifft der Antrag des Kl. eine bezifferte Geldleistung oder einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt, ist gem. § 52 III GKG deren Höhe maßgebend. Der Kl. hat nach der mündlichen Verhandlung an seinen beiden im Klageschriftsatz angekündigten Anträgen festgehalten und neben der Erstattung der Abschleppkosten die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Sicherstellungsanordnung beantragt. In Fällen, in denen sowohl die Sicherstellungsanordnung als auch der Leistungsbescheid Klagegegenstand sind, bestimmt sich die Bedeutung der Sache für den Kl. nach beiden Klagegegenständen (vgl. VGH München NJOZ 2009, 2695). Die **Streitwerte mehrerer Streitgegenstände im selben Verfahren werden zusammengerechnet** (§ 39 GKG). Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist für die Fortsetzungsfeststellungsklage der Regelstreitwert nach § 52 II GKG festzusetzen. Für den Erstattungsantrag bemisst sich der Streitwert nach § 52 III GKG.“ (VGH München aaO)*

GKG
§ 52 II

Streitwert
Gesuch auf Informationszugang

GKG

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2012, 999; Beschluss vom 26.07.2012 – 6 E 1533/12)

Die **Festsetzung des Streitwerts** beruht bei einem **Gesuch auf Informationszugang** auf § 52 II GKG, so dass regelmäßig ein Betrag in Höhe von **5.000 €** anzusetzen ist.

*„Gem. § 52 I GKG ist der Streitwert nach der sich aus dem Antrag des Kl. für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Zu fordern ist daher, dass ein **wirtschaftliches Interesse** bezogen auf die konkret begehrte gerichtliche Entscheidung im Zeitpunkt der Klageerhebung gegeben sein muss.*

*Bei einem geltend gemachten **Anspruch auf Zugang zu Informationen** einer Behörde ist ein wirtschaftliches Interesse des Ast. indes in der Regel nicht Voraussetzung und nicht entscheidungserheblich. Dagegen sprechen Sinn und Bedeutung eines Anspruchs auf Zugang zu Behördeninformationen nach dem IFG. Das Gericht geht in st. Rspr. vielmehr davon aus, dass ein auf §§ 1 und 7 IFG gestützter Anspruch auf Akteneinsicht auf Seiten des Ast. **keine besonderen Interessen erfordert**, denn bei dem Auskunftsanspruch handelt es sich um **einen allgemein und von Jedermann zu erhebenden Anspruch** (vgl. VGH Kassel DÖV 2012, 366; VGH Kassel DÖV 2010, 784 = NVwZ 2010, 1112 = ESVGH 61, 62). Welche Ziele der jeweilige Ast. mit der Akteneinsicht verbindet, ist weitgehend irrelevant, soweit sie sich nicht ausnahmsweise von vornherein als missbräuchlich darstellen. Zwar werden gerade die Auskunftsersuchen an die Bundesanstalt für die Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) häufig aus Gründen gestellt, die auf die (unter Umständen auch spätere) Geltendmachung von Schadensersatzforderungen gegen Dritte gerichtet sind. Die wirtschaftlichen Interessen, die hinter einem gegen die BaFin geltend gemachten Auskunftsanspruch mithin vermutet werden können, schließen die Ast. jedoch einerseits von dem Anspruch nicht aus (vgl. VGH Kassel DVBl 2012, 701; VGH Kassel NVwZ 2010, 1036 = ESVGH 60, 255), können den Anspruch andererseits aber auch nicht fördern.*

*Folglich ist der **Streitgegenstand**, der sich auf Grund des geltend gemachten Anspruchs auf Informationszugang ergibt, singular und ausschließlich auf den **immateriellen Anspruch ausgerichtet**, so dass eine Festsetzung des Wertes nach § 52 II GKG zu erfolgen hat. Das Gericht setzt daher bei Klagen, die einen Anspruch nach § 1 IFG zum Gegenstand haben, den Wert des Streitgegenstandes i. d. R. mit 5.000 € fest (vgl. auch OVG Hamburg ZInsO 2012, 989; OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2011, 52580; OVG Münster NZI 2008, 699 = ZIP 2008, 1542).“ (VGH Kassel aaO)*

Getrennt anhängig gemachte Kindschaftssachen, die in **gemeinsamer Verhandlung erörtert** wurden, sind **kostenrechtlich** als **eine Angelegenheit** zu behandeln, wenn eine **förmliche Verbindung der Verfahren** erfolgt ist.

„Werden mehrere Verfahren aus Gründen der Vereinfachung zur Anhörung oder Erörterung auf einen Termin anberaumt und in diesem dann auch erörtert, **ohne** dass eine **förmliche Verfahrensverbindung** gem. § 147 ZPO bzw. § 20 FamFG stattfindet, so bleibt es bei einzelnen, voneinander unabhängigen Verfahren. Kostenrechtlich findet **keine Zusammenrechnung der Gegenstandswerte** der selbstständigen Verfahren statt. Vielmehr sind die Gegenstandswerte verbundener Verfahren **erst vom Zeitpunkt ihrer Verbindung an** zu einem Gesamtstreitwert zu **addieren**. Bis dahin bleibt es kostenmäßig bei getrennt zu behandelnden Angelegenheiten (vgl. Geroldt/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, Nr. 3100 VV RVG Rn 93, 94; Schneider/Wolf, RVG, Vorb. vor Nr. 3100 VV RVG Rn 62) Die Vorschriften über die Kostenberechnung und den Kostenansatz gestatten es nicht, mehrere von einem erkennenden Gericht als selbstständig behandelte Verfahren beim Kostenansatz als Einheit zu betrachten (vgl. OLG Braunschweig OLGR 2006, 342).“ (OLG Köln aaO)

Aus der Praxis

BORA
§§ 8, 10 I 3

Wettbewerbsverstoß
Zulässigkeit der Namensführung einer Sozietät
(LG Bielefeld in BRAK-Mitt. 2012, 284; Urteil vom 10.08.2012 – 15 O 109/12)

BORA

Die **Namensführung einer Rechtsanwaltskanzlei** unter der **Bezeichnung „Dr. ..., ... & Kollegen“** bzw. „Dr. ..., ... & Kollegen Rechtsanwaltssozietät“ ist **auch dann zulässig**, wenn es sich bei den „Kollegen“ nicht um Sozien handelt.

*„Berufsrechtlich ist die gewählte Bezeichnung zulässig. Sie besteht aus zwei Namen und dem Zusatz „& Kollegen“. Bereits nach allgemeinem Sprachgebrauch, insbes. aber auch nach der Regelung des § 10 I 3 BORA, erfordert dies jedenfalls vier Berufsträger (zugelassene Rechtsanwälte). Mit den Rechtsanwälten Dr. ..., und ... genügt die Ag. diesen Anforderungen. Es ist **nicht erforderlich, dass sämtliche vier Anwälte Sozien sind**; nach § 8 S. 1 BORA gibt es auch Verbindungen zur gemeinschaftlichen Berufsausübung „in sonstiger Weise“, zu denen auch die freie Mitarbeit gehört (so ausdrücklich noch § 8 S. 1 BORA in der bis zum 28.02.2011 geltenden Fassung).*

*Unbeschadet dessen, dass das Auftreten von Anwälten nach außen hin gerade auch durch die Gestaltung des Briefbogens Hinweise auf Größe/Bedeutung der Praxis und auf die Verfügbarkeit dort tätiger Anwälte gibt (was irreführend i. S. d. §§ 5, 5a UWG sein kann, wenn die Hinweise nicht dem tatsächlichen Zustand entsprechen), hält die Kammer dafür, dass bei Vorhandensein eines berufsrechtlich zulässigen Briefbogens eine Beanstandung aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, insbes. nach §§ 5, 5a UWG, nur in **Ausnahmefällen** in Betracht kommt, nämlich dann, wenn der durch den Briefbogen erweckte Anschein der Mitarbeiter weiterer Berufsträger falsch ist, weil die weiteren **Mitarbeiter nur zum Schein aufgeführt** sind. Das kann vorliegend nicht festgestellt werden. Was Rechtsanwältin ... angeht, ist sie unwiderlegt jedenfalls inzwischen in Vollzeit in der Praxis tätig („in der Regel jeden Wochentag anwesend“, so ihre eidesstattliche Versicherung vom 09.08.2012). Wegen der anderen Ag., die als **freie Mitarbeiter** ausgewiesen sind, ist zwar zu bedenken, dass sie - unstreitig - einer anderweitigen Berufstätigkeit in Vollzeit nachgehen. Gleichwohl besteht eine Verfügbarkeit kraft der vorgelegten Freistellungsbescheinigungen; zureichende Anhaltspunkte dafür, dass sie von vorneherein davon nicht Gebrauch machen wollen, sich also nur zum Schein in den Briefbogen der Ag. haben aufnehmen lassen, sind aber nicht vorhanden. Unwiderlegt sind sie danach, so das Mandantenaufkommen es trägt, „verfügbar“. Das unterscheidet ihre Position von derjenigen des „Kollegen“, der in der dem Urteil des BGH (GRUR 1991, 917) zugrunde liegenden Fallgestaltung nur auf Anfrage für eine bestimmte (Unternehmens-)Beratung zur Verfügung stand. Demgemäß kann offenbleiben, inwieweit die damaligen Grundsätze, die noch unter anderen berufsrechtlichen Voraussetzungen aufgestellt worden sind, noch in vollem Umfang fortbestehen.“ (LG Bielefeld aaO)*

BRAO
§ 43b

Wettbewerbsverstoß
Zulässige Verwendung des Zusatzes „VorsorgeAnwalt“
(AGH NRW in AnwBl 2012, 1005; Urteil vom 07.09.2012 – 2 AGH 29/11)

BRAO

Die Führung der **Bezeichnung „VorsorgeAnwalt“** auf dem Briefkopf eines Rechtsanwalts stellt auch ohne weitere Erläuterung eine **zulässige Form der Werbung** dar.

Die Verwendung des Begriffes „VorsorgeAnwalt“ im Briefkopf eines Rechtsanwalts stellt auch ohne erläuternde Begriffe **keine Gefährdung des rechtsuchenden Publikums** dar.

I. Vor dem Hintergrund der **verfassungsrechtlichen Vorgaben der Berufsfreiheit** kommt es allein darauf an, **ob das Gemeinwohl ein Verbot der Bezeichnung „VorsorgeAnwalt“ erfordert**.

*„Das ist nach nunmehr gewonnener Überzeugung des Senats nicht der Fall. Denn vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit bedarf eine Werbung oder eine Darstellung der Tätigkeit eines Rechtsanwaltes nicht einer sachlichen Zulässigkeit; vielmehr muss es umgekehrt Gründe geben, die im Hinblick auf das Gemeinwohl ausreichend begründen, warum eine – i. Ü. sachbezogene – Angabe auf dem Briefkopf eines Rechtsanwaltes unzulässig und damit verboten sein soll. Insoweit führt die **verfassungsrechtliche Bedeutung des Grundrechts der Berufsfreiheit** zu einer Art Umkehr in der Betrachtung: Nicht der Rechtsanwalt muss darlegen und beweisen, dass eine von ihm verwendete Bezeichnung oder Tätigkeitsangabe sachlich und für den Bürger verständlich und nachvollziehbar ist. Vielmehr muss nachgewiesen werden, dass die Einschränkung, also das Verbot einer solchen Bezeichnung sachlich notwendig ist, das es mithin durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist.“ (AGH NRW aaO)*

II. Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben lässt sich - auch im Hinblick auf den Wandel anwaltlicher Tätigkeiten und der gesellschaftlichen Entwicklung - ein **Verbot der Bezeichnung „Vorsorgeanwalt“** auf dem Briefkopf **nicht mehr halten**.

*„Der Senat geht zwar nach wie vor davon aus, dass die Bezeichnung „Vorsorgeanwalt“ **aus der Sicht der rechtsuchenden Bürger nicht ohne Weiteres erkennen lässt, welche speziellen Dienstleistungen und Kenntnisse der Kl. anbietet**. Auch kommt der Begriff der „Vorsorge“ in vielen unterschiedlichen Lebensbereichen vor, wie die Bekl. zutreffend dargestellt hat. Es bleiben deutliche Zweifel, ob der Rechtssuchende die vom Kl. ausgeübten Tätigkeiten aus dem Begriff „VorsorgeAnwalt“ auf dem Briefkopf des Kl. ableiten kann, ob er also allein aus der Bezeichnung „VorsorgeAnwalt“ verwertbare, konkrete Schlüsse auf den Tätigkeitsbereich des Rechtsanwaltes ziehen kann. So sind Teil des Vorsorgerechtes u. a. Vorsorgevollmachten, Patientenverfügungen, die zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse, deren Auswirkungen und das Betreuungsrecht, sowie damit im Zusammenhang stehende Themen des Pflege-, Patienten- und Heimrechts. Es bleiben deutliche Zweifel, ob der rechtssuchende Bürger diese Tätigkeitsbereiche allein aufgrund der Bezeichnung „Vorsorgeanwalt“ erkennen kann.*

*Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Bezeichnung „VorsorgeAnwalt“ als nicht sachliche Information zu verbieten und die Werbung mit der Bezeichnung „VorsorgeAnwalt“ vor diesem Hintergrund berufswidrig ist. Denn auch eine -nach Art und Ton **sachlich gehaltene- Bezeichnung ohne ausreichenden eigenen Informationswert ist nicht berufswidrig, solange sie nicht den rechtssuchenden Bürger gefährdet, täuscht oder etwas vorspiegelt**, was der betreffende Rechtsanwalt tatsächlich nicht bietet. Von einer solchen Irreführung ist vorliegend nicht auszugehen. Zum einen wird ein Teil der angesprochenen Rechtssuchenden eine gewisse Vorstellung haben, was mit „Vorsorge“ im Zusammenhang mit anwaltlicher Beratung und Tätigkeit gemeint sein könnte, selbst wenn er keine konkrete Vorstellung über den Umfang und das gesamte Gebiet hätte. Das ist aber*

auch nicht erforderlich; auch in anderen Gebieten, wie z. B. dem Verwaltungsrecht, wird kein Bürger erkennen können, wie umfassend dieses Rechtsgebiet ist. Zum anderen wird auch ein rechtsuchender Bürger nicht getäuscht; er weiß möglicherweise nicht, was unter „Vorsorge“ im Zusammenhang mit anwaltlicher Tätigkeit zu verstehen ist und welche Leistungen hierunter fallen können. Insofern ist die Bezeichnung „Vorsorgeanwalt“ allein nicht klar und aussagekräftig. Das rechtfertigt für sich genommen aber noch nicht das Verbot dieser Bezeichnung. Jedenfalls liegt aber keine Täuschung, Irreführung oder Gefährdung vor. Denn der Begriff „VorsorgeAnwalt“ beschreibt richtig und ausreichend präzise die Tätigkeiten, auch wenn man hierauf aus dem alleinigen Begriff ohne weitere Erläuterungen vielleicht nicht käme. Spätestens mit Erläuterung, wie sie sich z. B. aus der Werbung ergeben, wird dies dann hinreichend deutlich. Auch wenn die Bedeutung der Bezeichnung „VorsorgeAnwalt“ also nicht vollkommen selbsterklärend ist, stellt dieser Begriff vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund keine Gefährdung des rechtsuchenden Publikums dar.“ (AGH NRW aaO)

III. Vor diesem Hintergrund hält AGH NRW aaO nicht mehr an seiner gegenteiligen Auffassung fest.

„Auch wenn nach Auffassung des Senates nach wie vor davon auszugehen ist, dass der **juristische Laie** aus dem Begriff „Vorsorgerecht“ ebenso wie aus dem Begriff „Vorsorgeanwalt“ nicht in der Lage ist zu ersehen, welche Tätigkeit der Rechtsanwalt schwerpunktmäßig betreibt, so ist doch dem Kl. zuzugeben, dass der rechtsuchende Bürger nicht getäuscht wird. Das führt dazu, dass die aus Art. 12 GG hergeleitete Freiheit zur Berufsausübung über das Interesse der Beklagten und letztlich der Allgemeinheit gestellt werden kann und muss, nur Anwälte mit klaren Tätigkeitsbezeichnungen tätig sein zu lassen.

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass die vom BGH betonte Ausstrahlung des Grundrechts der Berufsfreiheit so stark ist, dass eine bloße Unklarheit nicht zwingend zur Unzulässigkeit einer Bezeichnung auf dem Briefkopf eines Rechtsanwaltes führt.“ (AGH NRW aaO)

BRAO
§ 43c

Wettbewerbsverstoß Fantasie-Fachanwaltstitel

BRAO

(LG Frankfurt a.M. in MMR 2012, 380; Urteil vom 08.03.2012 – 2-03 O 437/11)

Die Verwendung von Fachanwaltstiteln, die nicht gem. § 1 FAO i.V.m. § 43c BRAO vergeben werden können (**Fantasie-Fachanwaltstitel**) in einer Internetwerbung ist **wettbewerbswidrig**. Das Gleiche gilt für die Verwendung einer automatisierten Vorschlagsliste (Autocomplete-Funktion; Autosuggest-Box) zur Erzeugung solcher Bezeichnungen.

„Die Bekl. handelt unlauter, da durch die Verwendung der „Autocomplete-Funktion“ ... der Nutzer ihrer Homepage darüber getäuscht wird, dass er auf dem Portal der Bekl. einen Fachanwalt für bestimmte Rechtsgebiete finden könne, obwohl solche Fachanwaltsbezeichnungen wie z.B. „Fachanwalt für Vertragsangelegenheiten“ oder „Fachanwalt für Markenrecht“ nach § 1 FAO schlicht nicht existieren.

Der Nutzer geht auch hinsichtlich der Vorschläge, die in der AutoSuggest-Box erscheinen, nicht davon aus, dass es sich lediglich um einzelne Parameter handelt, die in keinem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen. Vielmehr wird er sie auf Grund der verwendeten Präposition „für“ für tatsächliche Fachanwaltstitel halten und davon ausgehen, dass ein auf Grund dieses Vorschlags empfohlener Rechtsanwalt auch tatsächlich über einen solchen **Fachanwaltstitel** verfügt.

Durch diese Verknüpfung, von der der Nutzer ausgeht, entsteht für diesen der Eindruck eines nahezu **unerschöpflichen Repertoires an Fachanwälten**, die in dem Anwaltsportal der Bekl. gelistet werden, was im Verhältnis zu Wettbewerbern eine **unzutreffende Alleinstellung suggeriert**. Zudem **erschwert** dies dem Nutzer eine **Unterscheidung zwischen existenten und nichtexistenten Fachanwaltstiteln**. Der Verkehr ist vor einer solchen **Gefahr der Verwirrung** hinsichtlich von existenten und nichtexistenten Fachanwaltstiteln aber besonders zu schützen, da die Verleihung einer Fachanwaltsbezeichnung besondere Kenntnisse und Erfahrungen voraussetzt, die der jeweilige Rechtsanwalt nachzuweisen hat, bevor er diesen Fachtitel verliehen bekommt.

Soweit die Bekl. hinsichtlich der Zulässigkeit der Verwendung der Autocomplete-Funktion in der streitgegenständlichen Form drei Urteile in Bezug nimmt, so ist diesen gemein, dass dort jeweils der Internetsuchmaschinenbetreiber Google verklagt worden war. Soweit man bei Google den Begriff „Fachanwalt“ eingibt, wie dies die Kammer getan hat, fällt auf, dass dort nur existente Fachanwaltsbezeichnungen ergänzt wurden. Zudem handelt es sich bei den vorgelegten Entscheidungen nicht um solche, die im Bereich des Wettbewerbsrechts ergangen sind, sondern um andere zivilrechtliche Ansprüche. Soweit die Entscheidungen insb. darauf abstellen, dass der **durchschnittliche Nutzer** einer Suchmaschine mit der Aneinanderreihung einzelner Wörter noch keine inhaltliche Aussage verbinde, so stellt sich dies im vorliegenden Fall gerade anders dar. Denn der Verkehr misst z.B. den Worten „fachanwalt für vertrags“ einen besonderen Sinn, nämlich eine Titelbezeichnung bei. Soweit solche auf einem Anwaltsportal in Erscheinung treten und sei es auch nur in der AutoSuggest-Box, erwartet der Nutzer hier, auf Grund der Tatsache, dass er es gerade nicht mit einer „allgemeinen“ Suchmaschine zu tun hat, tatsächlich mehr als nur eine lose Aneinanderreihung von Worten. Vielmehr erwartet er die Empfehlung von existenten Fachanwälten. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass die Bekl. für sich einen besonders strengen Qualitätsmaßstab hinsichtlich der bei ihr empfohlenen Rechtsanwälte ansetzt, was sie auch durch die vielseitige Verwendung von „Premium“ zum Ausdruck bringt.

Der **Eindruck des Nutzers**, dass es sich bei den Vorschlägen in der Autosuggest-Box nicht nur um eine Aneinanderreihung von Begriffen handelt, wird auch dadurch verstärkt, dass z.B. bei der Angabe „fachanwalt für vertrags“ die verschiedenen vorgeschlagenen Begriffe alphabetisch erscheinen. Dies wird den Nutzer an ein Stichwortverzeichnis erinnern, nicht aber an eine Reihenfolge, die auf Grund vorangegangener Eingaben anderer Nutzer aufgerufen wird.

Daher wird der Nutzer auf Grund der Tatsache, dass es sich um ein Anwaltsportal handelt, und der Gestaltung des Portals wohl überwiegend davon ausgehen, dass bestimmte „Fachanwälte“ von der Bekl. zur Auswahl gegeben werden. Dieser Eindruck wird auch nicht auf Aufruf eines Suchergebnisses korrigiert.“ (LG Frankfurt a.M. aaO)

BGB
§§ 242, 1004 I 1

Abmahnung Entfernung aus Personalakte

BGB

(BAG in DB 2012, 2939; Urteil vom 19.07.2012 – 2 AZR 782/11)

Ein Arbeitnehmer kann die **Entfernung einer zu Recht erteilten Abmahnung aus seiner Personalakte** nur dann verlangen, wenn das **gerügte Verhalten für das Arbeitsverhältnis** in jeder Hinsicht **bedeutungslos geworden** ist und der **Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse mehr an der Dokumentation der gerügten Pflichtverletzung** hat.

Im **Schrifttum** wird teilweise angenommen, der Arbeitgeber habe ein dauerhaftes Interesse an dem Verbleib einer zu Recht erteilten Abmahnung in der Personalakte des Arbeitnehmers (vgl. Kleinebrink BB 2011, 2617; Ritte DB 2011, 175; Schröder NZA 2011, 180). Die Abmahnung möge zwar nach einem gewissen Zeitablauf ihre Warnfunktion verlieren, im Rahmen der Interessenabwägung müsse sich der Arbeitgeber aber weiterhin auf sie berufen dürfen (Schröder aaO). **Durch bloßen Zeitablauf könne die Abmahnung nicht bedeutungslos werden**, weil für die Abwägung der beiderseitigen Interessen erheblich sein könne, ob das Arbeitsverhältnis während seines - gesamten - Bestands störungsfrei gewesen sei (Ritter DB 2011, 175). Der Arbeitgeber müsse die Möglichkeit haben, Unterlagen, die einen Vertrauenszuwachs verhindern könnten, dauerhaft in der Personalakte zu belassen (Kleinebrink aaO).

„Zutreffend ist, dass eine Abmahnung für eine spätere Interessenabwägung auch dann noch Bedeutung haben kann, wenn sie ihre kündigungrechtliche Warnfunktion verloren hat. So kann in die Interessenabwägung bei einer verhaltensbedingten Kündigung ein zuvor störungsfreier Verlauf des Arbeitsverhältnisses einzubeziehen sein (vgl. BAGE 134, 349). An einem solchen kann es fehlen, wenn der Arbeitnehmer schon einmal abgemahnt wurde. Gleichwohl besteht ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Dokumentation einer Pflichtverletzung nicht zwangsläufig für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses. So kann ein hinreichend lange zurückliegender, nicht schwerwiegender und durch beanstandungsfreies Verhalten faktisch überholter Pflichtverstoß seine Bedeutung für eine später erforderlich werdende Interessenabwägung gänzlich verlieren. Eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung im Vertrauensbereich wird demgegenüber eine erhebliche Zeit von Bedeutung sein.“ (BAG aaO)

BGB
§ 781

Schuldanerkenntnis

BGB

Nicht durch Teilzahlung des Haftpflichtversicherers

(LG Saarbrücken in NJW 2013, 87; Urteil vom 12.10.2012 – 13 S 100/12)

Erbringt der Haftpflichtversicherer des Schädigers eine Teilzahlung an den Geschädigten verbunden mit der Erklärung, man gehe von einer Mithaftung des geschädigten Anspruchstellers von 50% aus, stellt dies jedenfalls dann **kein** der Rückforderung des Betrags entgegenstehendes **deklaratorisches Schuldanerkenntnis** dar, wenn der Geschädigte der Einschätzung des Versicherers zur Höhe der Mithaftung widerspricht und den Restbetrag klageweise geltend macht.

- I. Ob in einer Äußerung eine schuldanererkennende Erklärung liegt und welche Rechtswirkungen von dieser ausgehen, hängt von den **Umständen des Einzelfalls** ab. So liegt ein **konstitutives Schuldanerkenntnis i. S. des § 781 BGB** vor, wenn der Anerkennende unabhängig vom Schuldgrund eine neue selbstständige Verpflichtung schaffen will, die auch dann ihre Rechtswirksamkeit bewahren soll, wenn der ursprüngliche Anspruch nicht besteht (vgl. BGH NJW 2000, 2984; OLG Saarbrücken NJW 2011, 1820 = NZV 2011, 400; Palandt/Sprau, BGB, 70. Aufl., § 781 Rn 2). Bei einem **deklaratorischen Schuldanerkenntnis** will der Anerkennende dagegen eine bereits bestehende Schuld lediglich bestätigen oder in einem bestehenden Schuldverhältnis einzelne Einwendungen dem Streit oder der Ungewissheit entziehen (vgl. BGH NJW 1995, 960; BGH NJW 2008, 3425; OLG Saarbrücken NJW 2011, 1820 = NZV 2011, 400).
- II. Ein **konstitutives (abstraktes) Schuldanerkenntnis liegt hier nicht vor**, weil nicht erkennbar ist, dass die Kl. mit ihrer Erklärung, sie gehe von einer Haftungsteilung aus, eine selbstständige Verpflichtung begründen wollte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie ihre Erklärung gerade im Hinblick auf ihr Versicherungsverhältnis mit dem Halter und der Fahrerin des Unfallfahrzeugs, der Zeugin A, abgegeben hat. Die **Erklärung erfolgte** daher nicht losgelöst von einem Rechtsgrund, das heißt von den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhängen, sondern **gerade mit Bezug auf einen solchen** (vgl. BGH NJW-RR 2009, 382 = VersR 2009, 106).
- III. Aber auch die Annahme eines **deklaratorischen Schuldanerkenntnisses** kommt nicht in Betracht.
 1. Durch ein vertraglich bestätigendes (deklaratorisches) Schuldanerkenntnis wollen die Parteien einen bestehenden oder zumindest für möglich gehaltenen Anspruch ganz oder teilweise dem **Streit oder der Ungewissheit entziehen und diesen (insoweit) endgültig festlegen** (vgl. BGHZ 66, 250 = NJW 1976, 1259; BGH NJW 2008, 3425 = ZIP 2008, 1373; BGH NJW 1995, 960 = MDR 1995, 244; BGH NJW 1995, 3311 = ZIP 1995, 1420).
In dieser Festlegung besteht der rechtsgeschäftliche Gehalt des Schuldbestätigungsvertrags; der **Vertrag wirkt** insoweit **regelnd auf die Rechtsbeziehungen der Parteien ein**, als er die Verwirklichung einer Forderung von möglicherweise bestehenden Einwendungen (oder Einreden) befreit oder sogar ein möglicherweise noch nicht bestehendes Schuldverhältnis begründet, indem nämlich ein nur „möglicherweise“ bestehendes Schuldverhältnis „bestätigt“ wird.
 2. Der **Wille der Parteien**, eine derart weitgehende rechtliche Wirkung herbeizuführen, kann, wenn dies nicht ausdrücklich erklärt worden ist, nur unter engen Voraussetzungen angenommen werden (vgl. BGH NJW 2008, 3425; BGH NJW-RR 1988, 962 = WM 1988, 794).
„Der erklärte Wille der Beteiligten muss die mit einem deklaratorischen Schuldanerkenntnis verbundenen Rechtsfolgen tragen. Das setzt insbes. voraus, dass diese Rechtsfolgen der Interessenlage der Beteiligten, dem mit der Erklärung erkennbar verfolgten Zweck und der allgemeinen Verkehrsauffassung über die Bedeutung eines solchen Anerkenntnisses entsprechen. Die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses ist danach nur gerechtfertigt, wenn die Beteiligten dafür unter den konkreten Umständen einen besonderen Anlass hatten, weil zuvor Streit oder zumindest eine (subjektive) Ungewissheit über das Bestehen der Schuld oder über einzelne rechtliche Punkte herrschte (vgl. BGHZ 66, 250 = NJW 1976, 1259; BGH NJW 2008, 3425).“ (LG Saarbrücken aaO)
 3. Nach diesen Grundsätzen **fehlt es hier an einer vertraglichen Schuldbestätigung**.
Allerdings liegt in einer von einem Haftpflichtversicherer erteilten **Regulierungszusage** regelmäßig ein **deklaratorisches Anerkenntnis gegenüber dem Geschädigten** (vgl. BGH NJW-RR 2009, 382; Geigel/Bacher, Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl., Kap. 38 Rn 12). Dies gilt insbes., wenn eine Haftpflichtversicherung eine Teilzahlung auf eine Schadensersatzforderung erbringt, obwohl zuvor Streit oder zumindest eine (subjektive) Ungewissheit über das Bestehen der Schuld o-

der über einzelne rechtliche Punkte herrscht, und gleichzeitig in einem Regulierungsschreiben erklärt, sie erkenne ihre Haftung dem Grunde nach ganz oder zum Teil an (vgl. KG NZV 1999, 329 = VersR 1999, 504; OLG Koblenz BeckRS 2007, 03470; LG Saarbrücken NJW-RR 2012, 159 = NZV 2012, 173; auch BGHZ 66, 250 = NJW 1976, 1259; BGH NJW 1995, 3311; BGH NJW-RR 2007, 530 = NZBau 2007, 242; BGH NJW 2008, 3425).

„Der vorliegende Fall liegt indes anders: Zwar hat auch hier die Kl. auf den Unfallschaden des Bekl. eine Teilzahlung erbracht. Dem Regulierungsschreiben lässt sich indes aus der insofern maßgeblichen Sicht des Erklärungsempfängers ebenso wenig wie dem vorausgehenden Schreiben ein rechtsgeschäftlicher Wille entnehmen, auf Einwendungen hinsichtlich der Haftungsquote verzichten zu wollen. Eine **ausdrückliche Erklärung**, die Haftung dem Grunde nach ganz oder teilweise anzuerkennen, hat die Kl. nicht abgegeben. Soweit die Kl. erklärt hat, sie gehe von einer Mithaftung von 50% aus, lässt sich hieraus auch **kein stillschweigendes Anerkenntnis** entnehmen. Denn aus der für den Geschädigten erkennbaren **Interessenlage des Versicherers** ergibt sich kein Beweggrund, einen vorbehaltlosen Einwendungsverzicht zu erklären, ohne hiervon einen Vorteil zu erlangen. Ein solcher kann bspw. darin bestehen, dass mit dem Einwendungsverzicht der Streit oder die Unsicherheit über die Höhe der Haftung endgültig ausgeräumt wird. Dies mag der Fall sein, wenn die volle Einstandspflicht des Schuldners für den Schaden bei der Regulierung eingeräumt wird (vgl. OLG Koblenz BeckRS 2007, 03470; OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2009, 2044 = OLG-Report 2009, 362) oder die Parteien auf der Basis einer zu Grunde gelegten Teilhaftung einvernehmlich abrechnen. Widerspricht der Geschädigte indes der Einschätzung des Schädigers zur Höhe der Haftung, droht eine weitere (gerichtliche) Auseinandersetzung über den Umfang der Haftung. Der Streit um die Haftungshöhe ist durch ein Anerkenntnis daher gerade nicht (endgültig) entzogen; vielmehr hätte ein solches **Teilanerkenntnis** nur zur **Folge**, dass eine **Mindesthaftung des Schädigers festgestellt** wird. Hierfür ist auf Seiten des Schädigers indes regelmäßig kein Interesse erkennbar.

Da sich auch aus den sonstigen Umständen oder Erklärungen kein Hinweis darauf ergibt, dass ein Einwendungsverzicht des Versicherers gewollt war, liegt in der bloßen Regulierung des Versicherers auf der Grundlage einer von ihm angenommenen Haftungsquote kein stillschweigendes Anerkenntnis einer Mindesthaftung (vgl. OLG Koblenz BeckRS 2007, 03470; LG Hildesheim SP 2002, 125; a. A. offenbar KG NZV 1999, 329 = VersR 1999, 504).“ (LG Saarbrücken aaO)

ZPO
§ 538 II

Verfahrensmangel Unterbliebene Anhörung

ZPO

(OLG Hamm in FamRZ 2013, 64; Beschluss vom 07.02.2012 – II-11 UF 154/11)

Die zu **Unrecht unterbliebene Anhörung** gem. § 128 FamFG stellt einen **schweren Verfahrensmangel** i. S. v. § 117 II FamFG i. V. m. § 538 II ZPO dar, der zur Aufhebung und Zurückverweisung führen kann.

„**Zweck** der Bestimmung des § 128 FamFG ist es, durch die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Beteiligten zum Termin und deren Anhörung bzw. Vernehmung als Beteiligter eine **bessere Aufklärung von Amts wegen** zu erreichen als im normalen Zivilprozess; sie rechtfertigt sich somit aus dem Untersuchungsgrundsatz des § 127 FamFG (vgl. Musielak/Borth, FamFG, 2. Aufl. 2011, § 128 Rn 1). Dem **Wortlaut** nach ist § 128 I FamFG eine **Sollvorschrift**. Aus dem Untersuchungsgrundsatz folgt jedoch für das Gericht die **Pflicht, beide Ehegatten persönlich anzuhören**, weil nur hierdurch der zuvor beschriebene Zweck erreicht werden kann (vgl. Musielak/Borth aaO, § 128 Rn 3; MüKo-ZPO/Hilbig, 3. Auflage 2010, § 128 FamFG Rn 11); die **Anhörung steht nicht im Ermessen des Gerichts** (vgl. BGH NJW-RR 1994, 644).

Ausnahmen sind nur in sehr engen Grenzen zulässig, etwa bei unbekanntem Aufenthalt des Ehegatten. Bereits die Vorschrift des § 128 III FamFG zeigt, dass die Verhinderung am Erscheinen oder große Entfernung vom Sitz des Gerichts demgegenüber keinen ausreichenden Grund darstellen, von dem Anhörungserfordernis abzusehen.

Ebensowenig kann die Anhörung bereits wegen **Säumnis** unterbleiben, denn für diesen Fall stellt § 128 IV die Zwangsmittel der §§ 380, 381 ZPO zur Verfügung (vgl. etwa OLG Hamm FamRZ 1996, 1156; OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 1117).

Ein **Verzicht von dem Anhörungserfordernis** wird allerdings für den Fall bejaht, dass der **Ehegatte die Anhörung durch mehrfaches unentschuldigtes Fernbleiben verhindert** (vgl. OLG Hamm FamRZ 1999, 1090; OLG Koblenz FamRZ 2001, 1159). Gleiches soll gelten, wenn ein Ehegatte ausdrücklich und endgültig erklärt hat, zur Aussage nicht bereit zu sein (vgl. OLG Hamburg MDR 1997, 596) bzw. dies sicher vorhersehbar ist, er also durch sein gesamtes Verhalten zu erkennen gegeben hat, dass er Vorladungen des Gerichts nicht Folge leistet und an einer ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens nicht interessiert ist (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1998, 1459). Sie kann weiterhin unterbleiben, wenn die **Anordnung des persönlichen Erscheinens von Anfang an aussichtslos** erscheint, weil der **Aufenthaltsort des Ehegatten unbekannt** ist (vgl. BGH FamRZ 1994, 434) oder im Ausland liegt, ohne dass Rechtshilfe möglich ist (vgl. OLG Hamm FamRZ 2000, 898). Ausnahmsweise kann auch dann auf die Anordnung des persönlichen Erscheinens verzichtet werden, wenn sie **überflüssig** erscheint, weil die Beteiligten sich über die Bedeutung ihres Vorgehens bewusst sind, der **Sachverhalt klar und unstrittig** und eine **Aussöhnung aussichtslos** ist; so etwa in Scheidungssachen, in denen bereits eine dreijährige Trennungsfrist (§ 1566 II BGB) verstrichen und keine streitige Folgesache anhängig ist (vgl. MüKo-ZPO/Hilbig, 3. Auflage 2010, § 128 FamFG Rn 11). In geeigneten Fällen ist statt der persönlichen zumindest eine schriftliche Anhörung durchzuführen.“ (OLG Hamm aaO)

Steuerrecht

GG
Art. 20 III

Rückwirkende Änderung des Steuerrechts Zulässigkeit

GG

(BVerfG in DStR 2012, 2322 = ZAP 2012, 1163; Beschluss vom 10.10.2012 – 1 BvL 6/07)

Rückwirkende Änderungen des Steuerrechts für einen noch laufenden Veranlagungs- oder Erhebungszeitraum sind **als Fälle unechter Rückwirkung nicht grds. unzulässig**, unterliegen aber **besonderen Anforderungen** unter den Gesichtspunkten von **Vertrauensschutz** und **Verhältnismäßigkeit**.

- I. Das **grds. Verbot rückwirkender belastender Gesetze** beruht auf den Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (vgl. BVerfG NJW 1977, 2024). Es schützt das Vertrauen in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der unter der Geltung des Grundgesetzes geschaffenen Rechtsordnung und der auf ihrer Grundlage erworbenen Rechte (BVerfG NJW 2000, 413).

Wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolge eines der Vergangenheit zugehörigen Verhaltens nachträglich belastend ändert, bedarf dies einer **besonderen Rechtfertigung** vor dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten des Grundgesetzes, unter deren Schutz Sachverhalte „ins Werk gesetzt“ worden sind (vgl. BVerfGE 63, 343; BVerfG NJW 1987, 1749; BVerfG DStRE 1998, 270).

„Die Grundrechte wie auch das **Rechtsstaatsprinzip** garantieren im Zusammenwirken die **Verlässlichkeit der Rechtsordnung als wesentliche Voraussetzung für die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und damit als eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen**. Es würde Einzelne in ihrer Freiheit erheblich gefährden, dürfte die öffentliche Gewalt an ihr Verhalten oder an sie betreffende Umstände ohne Weiteres im Nachhinein belastendere Rechtsfolgen knüpfen, als sie zum Zeitpunkt ihres rechtserheblichen Verhaltens galten (vgl. BVerfGE 30, 272; BVerfGE 63, 343; BVerfG NJW 2002, 3009; BVerfG NVwZ 2005, 1294).“ (BVerfG aaO)

- II. Eine Rechtsnorm entfaltet **„echte“ Rückwirkung**, wenn sie nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreift (vgl. BVerfG DVBl 2009, 904).

Dies ist insbes. der Fall, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“). Normen mit echter Rückwirkung sind grds. verfassungsrechtlich unzulässig (vgl. BVerfG NJW 1962, 291). Erst mit der Verkündung, d. h. mit der Ausgabe des ersten Stücks des Verkündungsblattes, ist eine Norm rechtlich existent. Bis zu diesem Zeitpunkt, zumindest aber bis zum endgültigen Gesetzesbeschluss, müssen von einem Gesetz Betroffene grds. darauf vertrauen können, dass ihre auf geltendes Recht gegründete Rechtsposition nicht durch eine zeitlich rückwirkende Änderung der gesetzlichen Rechtsfolgenanordnung nachteilig verändert wird (vgl. BVerfGE 63, 343; BVerfGE 67, 1).

Eine **unechte Rückwirkung** liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet, so wenn belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden („tatbestandliche Rückanknüpfung“; vgl. BVerfGE 63, 343). Sie ist grds. zulässig.

Allerdings können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip **Grenzen der Zulässigkeit** ergeben. Diese Grenzen sind erst überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete **unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich** ist oder wenn die **Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen** (vgl. BVerfG NJW 1997, 722; BVerfG NVwZ 2009, 1025; st. Rspr.).

- III. Im Steuerrecht liegt eine **echte Rückwirkung** nur vor, wenn der Gesetzgeber eine **bereits entstandene Steuerschuld nachträglich abändert**. Für den Bereich des Einkommensteuerrechts bedeutet dies, dass die Änderung von Normen **mit Wirkung für den laufenden Veranlagungszeitraum** der Kategorie der unechten Rückwirkung zuzuordnen ist; denn nach § 38 AO i. V. m. § 36 I EStG entsteht die Einkommensteuer erst mit dem Ablauf des Veranlagungszeitraums, d. h. des Kalenderjahres (§ 25 I EStG; vgl. auch bereits BVerfGE 13, 274; BVerfG NJW 1966, 293; BVerfGE 30, 272). Entsprechendes gilt für das Gewerbesteuerrecht im Hinblick auf den regelmäßig mit dem Kalenderjahr endenden Erhebungszeitraum (§§ 14, 18 GewStG).

1. Sofern eine Steuerrechtsnorm nach diesen Grundsätzen über den Veranlagungs- oder Erhebungszeitraum **unechte Rückwirkung** entfaltet, gelten für deren **Vereinbarkeit mit der Verfassung** im Verhältnis zu sonstigen Fällen **unechter Rückwirkung gesteigerte Anforderungen**.

„Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass rückwirkende Regelungen innerhalb eines Veranlagungs- oder Erhebungszeitraums, die danach der unechten Rückwirkung zugeordnet werden, in vielerlei Hinsicht den Fällen echter Rückwirkung nahe stehen. Freilich ist auch in diesem Fall eine unechte Rückwirkung nicht grundsätzlich unzulässig. Die Gewährung vollständigen Schutzes zu Gunsten des Fortbestehens der bisherigen Rechtslage würde andernfalls den dem **Gemeinwohl verpflichteten Gesetzgeber** in wichtigen Bereichen lähmen und den **Konflikt zwischen der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und der Notwendigkeit ihrer Änderung** im Hinblick auf einen **Wandel der Lebensverhältnisse** in nicht mehr vertretbarer Weise zu Lasten der Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung lösen (vgl. BVerfGE 63, 343). Der **verfassungsrechtliche Vertrauensschutz geht insbesondere nicht so weit, vor jeder Enttäuschung zu bewahren** (vgl. BVerfGE 63, 312; BVerfGE 67, 1; BVerfG NVwZ 1986, 369; BVerfG NVwZ 1988, 329). Soweit nicht **besondere Momente der Schutzwürdigkeit** hinzutreten, genießt die bloß allgemeine Erwartung, das geltende Recht werde zukünftig unverändert fortbestehen, keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz (vgl. BVerfGE 38, 61; BVerfGE 68, 193; BVerfGE 109, 133; BVerfG NVwZ 2010, 634).“ (BVerfG aaO)

2. Der Gesetzgeber muss aber, soweit er für künftige Rechtsfolgen an zurückliegende Sachverhalte innerhalb des nicht abgeschlossenen Veranlagungs- oder Erhebungszeitraums anknüpft, dem **verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz in hinreichendem Maß Rechnung tragen**.

„Die Interessen der Allgemeinheit, die mit der Regelung verfolgt werden, und das Vertrauen der Einzelnen auf die Fortgeltung der Rechtslage sind abzuwägen (vgl. BVerfG NJW 1971, 1211; BVerfG NJW 1979, 1399; BVerfGE 67, 1; BVerfGE 75, 246). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss gewahrt sein (vgl. BVerfGE 116, 96, BVerfG NVwZ 2007, 437).

*Soweit daher an zurückliegende Sachverhalte innerhalb des nicht abgeschlossenen Veranlagungs- oder Erhebungszeitraums angeknüpft wird, ist diese unechte Rückwirkung mit den Grundsätzen **grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes** nur vereinbar, wenn sie zur **Förderung des Gesetzeszwecks geeignet und erforderlich** ist und wenn bei einer **Gesamtabwägung** zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt. Wenn der Gesetzgeber das **Gewerbesteuerrecht** während des laufenden Erhebungszeitraums umgestaltet und die Rechtsänderungen auf dessen Beginn bezieht, bedürfen die belastenden Wirkungen einer Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens deshalb stets einer **hinreichenden Begründung** nach den Maßstäben der Verhältnismäßigkeit. Hier muss der Normadressat eine Enttäuschung seines Vertrauens in die alte Rechtslage nur hinnehmen, soweit dies aufgrund besonderer, gerade die Rückknüpfung rechtfertigender öffentlicher Interessen unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt ist.“ (BVerfG aaO)*

GewStG
§§ 5, 14 S. 1

Gewerbsteuerbescheid
Rechtskraft

SteuerR

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2012, 942; Beschluss vom 25.06.2012 – 2 S 733/12)

Fall: Die Ast. ist eine GbR, die im Jahr 2000 zu dem Zweck errichtet worden war, ein Grundstück zu erwerben, zu entwickeln und zu verwerten. Die ursprünglich drei Gesellschafterinnen hatten in ihrer Eigenschaft als GbR-Gesellschafter im Mai 2000 einen Kaufvertrag über ein Grundstück nebst aufstehenden Gebäuden geschlossen. Der Abbruch der Altgebäude und deren Entsorgung war danach im Wesentlichen Angelegenheit der Käufer. Von dem Gesamtkaufpreis in Höhe von 2, 95 Mio. zahlte die GbR 500.000 DM an. Zur Sicherung des Eigentumsübertragungsanspruchs wurde eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen.

Zur Verwirklichung des Bauvorhabens durch die GbR kam es jedoch nicht. Mit Wirkung vom 22.09.2000 schied eine Gesellschafterin aus; ihr Anteil wurde von einer der beiden anderen Gesellschafterinnen übernommen. An demselben Tag schlossen die beiden verbliebenen Gesellschafterinnen mit einer AG einen notariell beurkundeten „Kauf- und Abtretungsvertrag“. In § 2 des Vertrags heißt es, die Gesellschafterinnen verkauften ihre Stellung an der GbR im Wege der Abtretung. Das Unternehmen der GbR gehe ohne Liquidation mit allen Vermögenswerten auf den Käufer über. Der Käufer trete damit auch in alle Rechte und Pflichten aus dem Grundstückskaufvertrag ein, soweit in dem Kauf- und Abtretungsvertrag keine abweichende Bestimmung getroffen sei, wie insbes. zu der Mitwirkungsverpflichtung der Gesellschafterinnen bei der Räumung des Grundstücks. Vorsorglich werde auch der Auflassungsanspruch an den Käufer abgetreten. In § 3 Nr. 5 des Vertrags wurde ferner geregelt, dass die sich aus dem Grundstückskaufvertrag ergebenden Pflichten bzgl. der Räumung des Grundstücks bei den Gesellschafterinnen verbleiben sollten und die Gesellschafterinnen gegenüber dem jetzigen Käufer zur Räumung des Grundstücks verpflichtet seien.

Unter dem 20.12.2006 erließ das Finanzamt gegenüber der Ast. für das Jahr 2000 einen **Gewerbsteuermessbescheid**. Nach erfolglosem Einspruch erhob die Ast. dagegen Klage vor dem FG, zu deren Begründung sie im Wesentlichen vortrug, die AG sei im Wege der Anwachsung Gesamtrechtsnachfolgerin der GbR geworden und damit sei die AG – und nicht sie – Schuldnerin der **Gewerbsteuer** und zutreffende Adressatin des **Gewerbsteuermessbescheids**. Das FG wies die Klage zurück. Die Beschwerde der Ast. wegen Nichtzulassung der Revision gegen das genannte Urteil des FG wies der BFH als unbegründet zurück.

Mit **Gewerbsteuerbescheid** vom 06.11.2007 setzte die Ag. die von der Ast. für das Jahr 2000 zu bezahlende **Gewerbsteuer** auf 16.596, 53 € fest. Mit weiterem **Bescheid** vom 25.10.2011 setzte die Ag. für die zuvor erfolgte Aussetzung des Vollzugs der **Gewerbsteuer** Aussetzungszinsen in Höhe von 3.723 € fest. Die dagegen von der Ast. erhobenen Widersprüche wies das Landratsamt zurück.

Die Ast. beruft sich im Kern darauf, dass sie auf Grundlage des „Kauf- und Abtretungsvertrags“ vom 22.09.2000 rechtlich untergegangen bzw. die AG ihr Gesamtrechtsnachfolger geworden sei und deshalb nicht sie, sondern die AG **Steuerschuldner** für die **Gewerbsteuer** sei. Mit diesem Vortrag kann die Ast. im Verfahren gegen den **Gewerbsteuerbescheid** der Ag. nicht gehört werden. Gleiches gilt im das die Aussetzungszinsen betreffenden Verfahren.

- I. Bei der **Festsetzung und Erhebung von Realsteuern** – wie die hier zu beurteilende **Gewerbsteuer** – sieht das Gesetz vor, dass die **zuständige Finanzbehörde** die **Besteuerungsgrundlagen ermittelt und festsetzt** und den entsprechenden **Grundlagenbescheid erlässt**, während die **Gemeinde** – nach einer Mitteilung über den Messbetrag (vgl. § 184 III AO 1977) – die **Realsteuer durch Anwendung des Hebesatzes festsetzt und erhebt** (sog. Folgebescheid).

Danach setzt das Finanzamt den **Steuermessbetrag** durch **Gewerbsteuermessbescheid** fest (§ 14 S. 1 GewStG i. V. mit § 184 I 1 AO 1977). Dieser ist ein **Grundlagenbescheid** (§ 171 X AO 1977), der für den Folgebescheid der steuererhebenden Gemeinde bindend ist, soweit sein Inhalt für diese von Bedeutung ist (§ 184 I i. V. mit § 182 I AO 1977).

Nach § 184 I 2 AO 1977 wird mit der Festsetzung des **Gewerbsteuermessbescheids** auch über die persönliche und sachliche Steuerpflicht entschieden. Die **Feststellung der persönlichen Steuerpflicht** betrifft die Frage, wer die **Gewerbsteuer** nach § 5 GewStG schuldet. Danach folgt aus § 184 I i. V. mit § 182 I AO 1977, dass der **Gewerbsteuermessbescheid mit bindender Wirkung für den Gewerbsteuerbescheid** regelt, wer – ausgehend von den festgesetzten sachlichen Besteuerungsgrundlagen – der Gemeinde die **Gewerbsteuer** schuldet

(allgemeine Meinung, vgl. etwa: BVerwG NVwZ-RR 2000, 367; Tipke/Kruse, AO 1977, Stand: März 2012, § 184 Rn 8).

- II. Hiervon ausgehend setzt der Gewerbesteuermessbescheid des Finanzamts vom 20.12.2006 fest, dass die auf Grundlage des Vertrags der Ast. mit der AG vom 22.09.2000 erfolgte Veräußerung des „Gesellschaftsvermögens“ der Gewerbesteuer unterliegt und die Ast. hierfür – und damit für das Jahr 2000 – gewerbesteuerpflichtig ist.

„Mit dem **Messbescheid** ist damit die **Heranziehung der Ast. zur Gewerbesteuer**, gegen die sie sich im vorliegenden Verfahren wendet, verbindlich geregelt. Diese Grundlage für den im vorliegenden Verfahren zu Grunde liegenden Gewerbesteuerbescheid der Ag. als Folgebescheid ist deshalb dem Streit entzogen. Eine **Möglichkeit der Verwaltungsgerichte zur nochmaligen Überprüfung dieser Grundlagenentscheidung besteht von vornherein nicht** (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2000, 367).“ (VGH Mannheim aaO)

Auf der Grundlage der dargestellten **Kompetenzverteilung** wird dem Steuerpflichtigen auch **ausreichender Rechtsschutz** gewährt: Er hat die Möglichkeit, den **Steuermessbescheid** mit den im finanzgerichtlichen Verfahren **vorgesehenen Rechtsbehelfen** (Einspruch beim Finanzamt, Klage vor dem FG nach §§ 40 ff. FGO) anzugreifen.

„Wird ein Messbescheid im Rechtsmittelweg geändert, so wird – ein etwa bereits erlassener – **Gewerbesteuerbescheid von Amts wegen durch einen neuen Bescheid ersetzt** (§ 175 I 1 Nr. 1 AO 1977). Da im finanzgerichtlichen Verfahren der Steuermessbescheid des Finanzamts bestätigt wurde, bleibt kein Raum dafür, die gleiche Frage nochmals vor den Verwaltungsgerichten zu überprüfen, zumal ansonsten die **Gefahr widerstreitender Entscheidungen** im finanzgerichtlichen Verfahren einerseits und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren andererseits bestünde. Dass eine solche Systematik widersinnig wäre, liegt auf der Hand.“ (VGH Mannheim aaO)

- III. Zu Unrecht meint die Ast. in diesem Zusammenhang, sie könne sich mit der Begründung, die GbR sei erloschen bzw. nicht mehr existent, auf die **Nichtigkeit des streitgegenständlichen Gewerbesteuerbescheids** berufen.

„Der BFH (vgl. etwa: BFH BFH/NV 2008, 1289) geht in st. Rspr. – auch für das Steuermessverfahren – davon aus, dass in Fällen eines **Erlöschens einer Personengesellschaft** durch Eintritt einer Gesamtrechtsnachfolge (wie etwa bei Verschmelzung oder beim Ausscheiden eines Gesellschafters und der Anwachsung der Gesamthandsanteile bei nur einem verbleibenden – ehemaligen – Gesellschafter) ein **Bescheid unwirksam** ist, wenn er an die vollbeendete GbR gerichtet ist und sich der richtige Inhaltsadressat auch durch Auslegung nicht entnehmen lässt.

Dass im Fall der Ast. gerade **keine Gesamtrechtsnachfolge erfolgt** ist und diese deshalb „gewerbesteuerrechtlich“ für das hier zu beurteilende Jahr 2000 noch als existent anzusehen ist, steht jedoch nach der rechtskräftigen Entscheidung des FG bindend fest. Diese Feststellung schließt nicht nur die von der Ast. **im Gewerbesteuermessverfahren geltend gemachte Nichtigkeit des Grundlagenbescheids**, sondern zwingend auch die im vorliegenden Verfahren geltend gemachte Nichtigkeit des Gewerbesteuerbescheids aus. Auch im vorliegenden Gewerbesteuerverfahren beruft sich die Ast. „in identischer Weise“ darauf, dass sie im Hinblick auf die erfolgte Gesamtrechtsnachfolge als vollbeendete GbR anzusehen sei und leitet daraus für den streitgegenständlichen Zeitraum die Nichtigkeit des Gewerbesteuerbescheids ab. Damit stellt sie – mit **identischer Begründung wie in Messverfahren** – ihre Steuerpflicht auch im Gewerbesteuerverfahren infrage. Dies ist – wie dargelegt – nicht mehr möglich.“ (VGH Mannheim aaO)

- IV. Ohne Erfolg beruft sich die Ast. schließlich auf die Entscheidung des OVG Magdeburg (NVwZ-RR 2010, 284). Danach bedeute der Umstand, dass in einem Gewerbesteuermessbescheid eine BGB-Gesellschaft als Steuerschuldnerin festgelegt worden und die Gemeinde daran gebunden sei, nicht, dass ein Gewerbesteuerbescheid einer nicht mehr existenten Gesellschaft bekanntgemacht werden könne. Diese Rspr. findet jedenfalls dann keine Anwendung, wenn – wie hier – der **Gewerbesteuermessbescheid in einem finanzgerichtlichen Verfahren überprüft** und in diesem Verfahren **rechtskräftig festgestellt** worden ist, dass die betr. Gesellschaft existiert und als Steuerschuldner anzusehen ist. In diesem Fall kann der Steuerschuldner im anschließenden Gewerbesteuerverfahren die Bekanntgabe des Gewerbesteuerbescheids nicht mit der Behauptung infrage stellen, die Gesellschaft existiere nicht.

„Dies ist **zwingende Folge der dargestellten Bindungswirkung**, da ansonsten die festgestellte Steuerpflicht der betr. Gesellschaft im Rahmen der Bekanntgabe des Bescheids inzident nochmals überprüft werden müsste und die Bindungswirkung auf diese Weise umgangen würde. Steht – mit anderen Worten – verbindlich fest, dass die BGB-Gesellschaft Steuerschuldnerin ist, schneidet ihr dies konsequenterweise den Vortrag ab, der Steuerbescheid sei ihr deshalb nicht bekanntgegeben worden, weil sie – mangels Existenz – nicht Steuerschuldnerin sei.“ (VGH Mannheim aaO)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Lüneborg:** Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch nur bei „grenzüberschreitender“ Immission? (NJW 2012, 3745)

Die **zunehmende Ausdehnung des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs** analog § 906 II 2 BGB durch die Rspr. ist namentlich in Fällen sog. „faktischen Duldungszwangs“ **mit dem zivilrechtlichen Verschuldensgrundsatz und dem gefährdungsrechtlichen Enumerationsprinzip nur schwer zu vereinbaren**; den Versuchen der Rspr., der Analogiebildung wieder „Herr zu werden“, fehlt es jedoch an der erforderlichen Stringenz; insbes. die **aktuelle Linie der Rspr.**, wonach eine **fehlende Grenzüberschreitung der Immission dem Analogieschluss** zu § 906 II 2 BGB **per se entgegen steht**, ist in sich nicht schlüssig: Folgt man nämlich den vom BGH entwickelten Prämissen und wendet sie konsequent an, muss der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch auch das Schadensverhältnis mehrerer Sondereigentümer bzw. Mieter auf demselben Grundstück erfassen; die nötige strukturelle Vergleichbarkeit zum Grundfall des § 906 BGB ist lediglich dann nicht gegeben, wenn die konkrete Schadensursache im Gemeinschaftseigentum begründet liegt.

2. **Baumert:** Reformierte Berufungszurückweisung durch Beschluss – Tendenzen aus der Praxis im Lichte eines revisiblen Anspruchs auf mündliche Verhandlung nach EMRK und GG (MDR 2013, 7)
3. **Neugebauer:** Reform der Sachaufklärung – Die Auskunftspflicht des Schuldners über sein Vermögen (MDR 2012, 1441)
4. **Pape:** Die Entwicklung des Verbraucherinsolvenzverfahrens in den Jahren 2011/2012 (NJW 2012, 3698)

II. Strafrecht

1. **Magnus:** Sterbehilfe und Demenz (NStZ 2012, 1)

Problemstellung: Je mehr die Demenz-Erkrankung voranschreitet, umso mehr nimmt die Fähigkeit des Demenzen ab, Entscheidungen zu fällen; der Wunsch nach Sterbehilfe ist daher schon ab einem frühen Zeitpunkt der Demenzerkrankung nicht mehr zu beachten, weil dem Dementen die rechtliche Fähigkeit fehlt, eine Entscheidung mit irreversiblen Folgen zu fällen; auch bei zeitweiliger Bewusstseinsklarheit in einem sog. „lichten Moment“ kann der Demenzzranke sein Sterben nicht mehr rechtlich wirksam fordern; den Zeitpunkt der Entscheidungsunfähigkeit zu bestimmen, ist allein eine ärztliche und nicht eine juristische Aufgabe. - Sterbehilfe gegenüber einem Demenzzranken ist zulässig, wenn sie seinem **mutmaßlichen Willen entspricht**; für den mutmaßlichen Willen ist in erster Linie das **frühere Persönlichkeitsbild** des Dementen entscheidend, doch sind auch aktuelle Willensäußerungen beim mutmaßlichen Willen mit zu berücksichtigen. - Sterbehilfe ist ebenfalls zulässig, wenn der Demente noch im **entscheidungsfähigen Zustand** in einer **Patientenverfügung** den Behandlungsabbruch gefordert hat und nun die antizipierte Situation eingetreten ist. - In beiden Fällen machen sich weder Arzt noch Betreuer strafbar, wenn sie die Fortsetzung lebenserhaltender Maßnahmen abbrechen. - **Voraussetzung** für den Behandlungsabbruch ist neben dem Patientenwillen eine **lebensbedrohliche Krankheit**, die unbehandelt zum Tode führt; da **Demenz für sich keine unmittelbar tödliche Krankheit** ist, sind Behandlungsabbrüche gegenüber solchen Patienten strafbar, die nur auf die Basisversorgung angewiesen sind. - Führt der Behandlungsabbruch zum Tod, so sind Ärzte, Betreuer und Dritte ebenso wegen eines Tötungsdeliktes strafbar, wenn der entscheidungsunfähige Demente seinen Tod fordert, obwohl er in einer Patientenverfügung eine Weiterbehandlung verfügt hatte. - Anders gelagert sind die Fälle, in denen der Demente einen **kontinuierlichen Lebenswillen** zeigt, in seiner Patientenverfügung aber seinen Tod verfügt hatte; hier stellt sich die Streitfrage, ob ein Dementer wirksam seine Patientenverfügung außer Kraft setzen kann; nach Auffassung des Autors reicht es nicht aus, wenn der Betreuer den natürlichen Lebenswillen nur bei der Prüfung berücksichtigt, ob Patientenverfügung und **aktuelle Lebens- und Behandlungssituation** übereinstimmen; ein **Widerruf** ist zu bejahen, um einem möglichen Missbrauch bei der Auslegung der Patientenverfügung zu vermeiden, der bei einer faktischen Bindung an die Verfügung droht. - Ärzte, Betreuer und Dritte machen sich daher nach §§ 211, 212 StGB oder § 222 StGB strafbar, wenn sie den Lebenswunsch des Dementen missachten und entsprechend der früheren Patientenverfügung die lebenserhaltende Behandlung abbrechen. - Formen der **gezielten Lebensverkürzung** bei Sterbeverlangen und ohne Behandlungszusammenhang sind dagegen nach wie vor **als aktive Sterbehilfe gem. § 216 StGB strafbar**. - Indirekte Sterbehilfe ist bei Dementen zulässig, wenn sie dem (mutmaßlichen) Patientenwillen entspricht, etwa um unerträgliche Schmerzen zu lindern.

2. **Jannusch:** Aktuelle höchstrichterliche Rspr. zu betrugsrechtlichen Regelbeispielen (NStZ 2012, 679)

3. **Rittig:** Welchen räumlichen Bereich umfasst der Unfallort bei § 142 StGB? (NZV 2012, 561)

Der Straftatbestand des unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 StGB beinhaltet unter anderem das Merkmal „Unfallort“ als den Ort, von dem sich der Flüchtige zur Tatbestandserfüllung entfernt haben muss. - Für die Frage der Strafbarkeit kommt es entscheidend darauf an, **welcher räumliche Bereich noch zum Unfallort zu zählen ist und welcher nicht mehr.** - Die **Ausdehnung des Unfallorts** bestimmt sich **nur nach räumlichen, nicht nach räumlich-zeitlichen Gesichtspunkten.** - Im Hinblick auf die Schutzrichtung des § 142 StGB kommt es auf die konkrete Verteilung von Spuren oder Parametern an, deren Kenntnis für die zivilrechtliche Abwicklung des Unfalls erforderlich sind.

4. **Rettenmaier:** Außerstrafrechtliche Folgen der Verfahrenseinstellung nach Erfüllung von Auflagen (NJW 2013, 123)

§ 153 a StPO ermöglicht die Einstellung von Strafverfahren gegen Auflagen und Weisungen **in jedem Verfahrensstadium bis zum Urteil**; Voraussetzung ist der Vorwurf eines Vergehens (§ 12 II StGB), bei dem die Erteilung von Auflagen und Weisungen geeignet ist, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht; Verwaltungsbehörden und Gerichte nehmen die zur Verfahrenseinstellung notwendige Zustimmung des Besch. oder den Inhalt der Einstellungsverfügung häufig zum Anlass, von dem „Erwiesensein“ des Sachverhalts und den damit verbundenen rechtlichen Wertungen zu Lasten des Betroffenen auszugehen. - In **Rspr. und Lit.** wird übereinstimmend die Auffassung vertreten, dass **mit einer Einstellung gem. § 153 a StPO keine Feststellungen verbunden sind, die Verwaltungsbehörden und Gerichten als Nachweis für die Tat im strafprozessualen Sinne genügen dürfen**; im Falle des § 153 a I StPO ergibt sich dies bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip, wonach der Staatsanwaltschaft eine rechtliche Deutungshoheit der Tat nur bis zum „hinreichenden Tatverdacht“ zusteht; zudem unterwirft sich der Besch. im Rahmen einer Einstellung gem. § 153a StPO ausschließlich den gegen ihn verhängten Weisungen und Auflagen; nur mit ihnen erklärt er sich durch seine Zustimmung einverstanden; ein **Schuldeingeständnis**, geschweige denn ein Nachweis der Schuld, **ist damit aber keineswegs verbunden**; dies gilt auch in den Fällen, in denen gegen einen – prozessual urteilsgleichen – Strafbefehl Einspruch erhoben und das Verfahren anschließend gem. § 153 a II StPO eingestellt wurde. - Anders liegt der Fall nur dann, wenn ein **Gericht rechtskräftig Tatsachen festgestellt** hat, denn nur in diesem Fall können die gerichtlich festgestellten Tatsachen auf ein Verwaltungsverfahren „übertragen“ und dort zur indiziellen Grundlage einer Entscheidung gemacht werden; in allen anderen Fällen sind Verwaltungsbehörden und Gerichte gehalten, den „gesamten“ Sachverhalt, der dem Strafverfahren zu Grunde lag, zu ermitteln und eigenständig zu bewerten. - Die Anerkennung der durch die Rspr. und Lit. bestätigten (**fehlenden**) **tatsächlichen und rechtlichen Bindungswirkung der Einstellung** gegen Auflagen oder Weisungen muss daher ggf. durch geeignete Rechtsmittel „erzwungen“ werden; die (außerstrafrechtlichen) Folgen der Verfahrenseinstellung gegen Auflagen oder Weisungen sind ungeachtet dieses eindeutigen Befundes bei der anwaltlichen Beratung ebenso zu berücksichtigen wie die Tatsache, dass eine Bindungswirkung des § 153 a StPO zuweilen von einzelnen Behörden oder Zivilgerichten – wenn auch in unzulässiger Weise – angenommen wird.

5. **Niemöller:** Rechtsmittelverzicht und -zurücknahme nach Verständigung (NSTZ 2013, 19)

6. **Tully/Kirchheim:** Zur Entbindung von Rechtsbeiständen juristischer Personen von der Verschwiegenheitspflicht gem. § 53 II 1 StPO (NSTZ 2012, 657)

Für die Frage, wer den Rechtsbeistand einer jur. Person gem. § 53 II 1 StPO von seiner Verschwiegenheitspflicht entbinden muss, ist allein das **Mandatsverhältnis maßgeblich**; da ein solches in aller Regel nur mit der juristischen Person besteht, ist die juristische Person regelmäßig allein befugt, ihren Rechtsbeistand zu entbinden; die Entbindungserklärung wird von dem aktuell zuständigen Organ im Namen der juristischen Person abgegeben. – Die Annahme einer kumulativen Entbindungsbefugnis der juristischen Person und der von dem Mandatsverhältnis betroffenen aktuellen, faktischen oder ehemaligen Organwalter ist weder rechtlich noch aus praktischen Gründen geboten; insbes. lässt sich aus dem Mandatsverhältnis der juristischen Person und ihres Rechtsbeistands **kein „mandatsähnliches Vertrauensverhältnis“ zwischen dem betroffenen Organwalter und dem Rechtsbeistand der juristischen Person** ableiten, das eine Entbindungsbefugnis des Organwalters begründen könnte; gegen eine kumulative Entbindungsbefugnis des Organwalters bestehen vielmehr durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken, da die Möglichkeiten der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren hierdurch ohne gewichtige Gründe empfindlich eingeschränkt würden.

III. Öffentliches Recht

1. **Fraenkel-Haeberle:** Unternehmerische Organisationsformen öffentlicher Verwaltungstätigkeit (DÖV 2012, 945)

Bei der **Privatisierung öffentlicher Aufgaben** werden die **Regeln und die Garantien öffentlich-rechtlicher Tätigkeit auf Privatsubjekte übertragen**; allerdings fehlt eine klare Definition des „Wesensgehalts“ öffentlicher Aufgaben, was Auslegungsschwierigkeiten nach sich zieht. - Das öffentliche Recht und das Privatrecht sind nicht mehr „ideologisch“ behaftet, sondern werden nach **variablen Gesetzgebungstechniken** je nach Art der zu schützenden Interessen definiert; bei den Schwierigkeiten, die sich aus einer „Ontologie“ des öffentlichen Rechts und des Privatrechts ergeben, stehen sowohl das Europarecht als auch das nationale Recht vor einer offenen Baustelle; insbes. ergibt sich dabei die Notwendigkeit, zu vermeiden, dass durch die **Ausdehnung öffentlicher Befugnisse auf Privatsubjekte** unionsrechtlich **unerlaubte Marktverzerrungen** eintreten; umgekehrt **darf die Tätigkeit von Privatsubjekten nicht einfach öffentlich-rechtlichen Auflagen unterworfen werden**, welche ih-

re **unternehmerische Autonomie auf unzulässige Weise einschränken** könnten. - Derzeit besteht ein Trend, die Regeln weitgehend zu vereinheitlichen und zu standardisieren und öffentlich-rechtliche Bestimmungen durch privatrechtliche zu ergänzen; dabei werden zivilrechtliche Bestimmungen durch öffentlich-rechtliche Ausnahmeregelungen korrigiert; selbst wenn die neuen unternehmerischen Organisationsformen öffentlicher Verwaltung als Osmose-Prozess angesehen werden würden, kann der Konzentrationsausgleich nie hundertprozentig erfolgen: Öffentlich-rechtliche Regulierung und Regulierung durch Wettbewerb verfolgen unterschiedliche Rationalitäten und haben einen verschiedenen Steuerungsanspruch.

2. **Széchény**: Das Verhältnis zwischen Grundverwaltungsakt, Zwangsmittelandrohung und Kostenentscheidung am Beispiel der Erledigung und des vorläufigen Rechtsschutzes (BayVBl 2013, 9)
3. **Löhnig/Preisner**: Verhältnis von Kirchenaustritt zur Kirchensteuerpflicht (NVwZ 2013, 39)
Bespr. der Entsch. BVerwG NVwZ 2013, 64

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Mroß**: Anwälte müssen umlernen: Neue Möglichkeiten in der Zwangsvollstreckung (AnwBl 2013, 16)
2. **Mayer-Klenk/Borth**: Die Bewertung von Unternehmen, Gewerbebetrieben sowie Praxen freiberuflich Tätiger im Güterrecht nach der Rspr. des BGH (FamRZ 2012, 1923)
3. **Jungk/Chab/Grams**: Pflichten und Haftung des Anwalts – eine Rspr.-Übersicht (BRAK-Mitt. 2012, 261)

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

Protokolle anfordern!

Prüfungsstoff im Mündlichen
1/3
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

ZA lesen!

1/3
unbekannter Stoff

Phantasie zeigen! ■

