

Überreicht durch:

Anwaltskanzlei Steinort

Grabenstr. 24 / Ecke Indestraße, 52249 Eschweiler
Telefon-Nr.: 02403/1678 Telefax: 02403/37776

Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

Juli 2010

A. Aus der Gesetzgebung

Änderung der „BKA-Daten-Verordnung“

Schaffung einer Rechtsgrundlage für die sog. „Hooligan-Datei“

Verordnung über die Art der Daten, die nach den §§ 8 u. 9 des Bundeskriminalamtgesetzes gespeichert werden dürfen v. 04.06.2010 – In-Kraft-Treten am 09.06.2010 (BGBl I, S. 7169)

I. Allgemeines

Die BKA-Daten-Verordnung regelt Einzelheiten zu der Art der Daten, die beim Bundeskriminalamt (BKA) in seiner Funktion als **Zentralstelle für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen** und für die Kriminalpolizeien der Länder in Dateien gespeichert werden dürfen. Auch für die Dateien des polizeilichen Informationssystems INPOL, die als Verbunddateien im direkten Lese- und Schreibzugriff der Polizeien des Bundes und der Länder geführt werden, gelten diese Vorschriften.

Zum INPOL gehört z.B. die **Personenfahndungsdatei**, aber auch zahlreiche weitere Dateien, darunter die **Datei „Gewalttäter Sport“ (sog. „Hooligan-Datei“)**, die in ihrer Gesamtheit ein unerlässliches Hilfsmittel für die polizeiliche Arbeit darstellen. Das OVG Nds. bezeichnete deren bereits zehn Jahre zurückliegende Einrichtung als illegal, da das Informationssystem auf keiner klaren Rechtsgrundlage beruhe. Auf dieses Manko haben das Innenministerium und die Länderkammer nunmehr reagiert und dabei auch gleich Fakten geschaffen für die Einrichtung später angelegter Dateien etwa zur "Erfassung politisch links motivierter Straftaten", "Erfassung rechtsorientiert politisch motivierter Straftäter" und "Straftäter politisch motivierter Ausländerkriminalität". Auch die umfassende **Anti-Terror-Datei** wird von der Rechtsverordnung berührt: Vorausblickend erfolgen zudem Anpassungen der Rechtslage an die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des ins Schlingern geratenen **Schengener Informationssystems II**.

II. Die Änderungen im Überblick

Konkret benennt die Verordnung in **§ 1** eine weite Palette an personenbezogenen Daten von Beschuldigten und "anderen zur Identifizierung geeigneten Merkmalen", die erfasst werden dürfen.

Sie reicht von Namen einschließlich Spitznamen und Alias-Personalien über den Familienstand, das Geburtsdatum, den Geburtsort oder die Volkszugehörigkeit bis hin zu Lichtbildern, Personenbeschreibungen nebst Merkmalen wie äußerer Erscheinung, besonderen körperlichen Merkmalen, Stimm- und Sprachmerkmalen oder Identitätsdokumenten.

§ 2 umreißt "weitere" Daten, die u. a. auch von Verdächtigen gesammelt werden könnten. Dazu gehören etwa Angaben zu Kenntnissen und Fähigkeiten wie im Umgang mit Waffen, zu verwendeten Kommunikationsmitteln samt IP-Adresse und Diensteanbieter oder zu Fahrzeugen und anderen Verkehrsmitteln. Ferner werden Informationen zu Konten, Finanztransaktionen, Betäubungsmitteln oder zur Religionszugehörigkeit zur Terrorismusbekämpfung angeführt. Ein Eintrag in der DNA-Analyse-Datei oder der Status einer Person nach polizeilichen Definitionen wie "Gefährder" oder "relevante Person" sind ebenfalls eingeschlossen.

Außerdem werden weitere personenbezogene Datenbestände beschrieben, wie sie etwa bei der Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen der bei einer polizeilichen Fahndung erhoben werden.

Abschließend **legt die Verordnung Kategorien von Dateien fest, die das BKA führen darf**; eingeschlossen sind Datenbanken "im Bereich der politische motivierten Kriminalität" oder "sonstiger Straftaten bei öffentlichen Veranstaltungen und Nukleartransporten". Das BKA soll u. a. auch festlegen dürfen, dass weitere personenbezogene Daten von Beschuldigten in deliktbezogenen Dateien, Kriminalaktennachweisen oder Gewalttäterdateien aufbewahrt werden dürfen.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB

§§ 323, 439

Nacherfüllungsverlangen

BGB

Käufer muss dem Verkäufer den mangelbehafteten Kaufgegenstand überlassen

(BGH in MMR 2010, 733; Urteil vom 10.03.2010 – VIII ZR 310/08)

Die **Obliegenheit des Käufers, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben**, beschränkt sich nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern **umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen zur Verfügung zu stellen**.

„Das **Erfordernis eines Nacherfüllungsverlangens als Voraussetzung für die Rechte des Käufers aus § 437 Nr. 2 u. 3 BGB** umschreibt **keine Vertragspflicht, sondern eine Obliegenheit des Käufers** (BGH NJW 2006, 1195 = NZV 2006, 245; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl., Rn 350). Diese Obliegenheit, der der Käufer im eigenen Interesse nachzukommen hat, wenn er die in § 437 Nr. 2 u. 3 BGB aufgeführten Rechte geltend machen will, **beschränkt sich nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen**. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm nicht Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung der Kaufsache gegeben hat. Denn dem Verkäufer soll es mit der ihm vom Käufer einzuräumenden Gelegenheit zur Nacherfüllung gerade ermöglicht werden, die verkaufte Sache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht und ob er bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat, auf welcher Ursache er beruht sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann (vgl. § 439 III BGB), und hierzu ggf. **Beweise zu sichern** (BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348; BGH NJW 2006, 1195 = NZV 2006, 245). Der Verkäufer kann von der ihm zustehenden Untersuchungsmöglichkeit nur Gebrauch machen, wenn ihm der Käufer die Kaufsache zu diesem Zweck zur Verfügung stellt.

Der Anspruch des Verkäufers auf eine vorherige Untersuchung des Fahrzeugs [ist auch] nicht davon abhängig, dass der Verkäufer dem Käufer gegenüber zuvor darlegt, warum aus seiner Sicht die Voraussetzungen des § 439 III BGB gegeben sein könnten. Abgesehen davon, dass Darlegungen zur Unverhältnismäßigkeit der Kosten für die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung eine vorherige Untersuchung der Kaufsache voraussetzen, dient diese Untersuchung auch nicht lediglich der Prüfung der Voraussetzungen des § 439 III BGB, sondern bereits der vorgelagerten Feststellung, ob überhaupt ein Mangel gegeben ist und bei Gefahrübergang vorgelegen hat (BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348).“ (BGH aaO)

BGB

§ 443 I

Garantieversprechen

BGB

nicht durch Werbeaussage

(OLG Oldenburg in MDR 2010, 685; Urteil vom 10.03.2010 – 5 U 141/09)

Wird in einer **Werbebrochure** auf eine "7-jährige Gewährleistung" hingewiesen, so ergibt sich hieraus allein **kein selbstständiges Garantieversprechen i.S. des § 443 I BGB**.

„Bei diesem Hinweis handelt es sich jedoch ersichtlich um nicht mehr als eine **schlichte Werbeaussage**, die erst der späteren **vertraglichen Umsetzung bedarf**, um Ansprüche auslösen zu können.

Aus § 443 I BGB i. V. m. Art. 6 VerbrGKRL ergibt sich nichts anderes: Ob eine selbstständige Garantieverpflichtung i. S. des § 443 I BGB überhaupt allein durch eine Darstellung der Garantie in der Werbung zustande kommen kann (so OLG Frankfurt OLGR 09, 669; Bamberger/Roth/ Faust, BGB, 2. Aufl., § 443 Rn 9; JurisPK-BGB/Pammler, 3. Aufl., § 443 Rn 16) oder ob Werbeaussagen nur für die Bestimmung des Inhalts einer späteren Garantieerklärung Bedeutung haben (so MüKo-BGB/Westermann, 5. Aufl., § 443 Rn 7; Staudinger/Matusche-BECKMANN, BGB, 2004, § 443, Rn 34; AnwK-BGB/Büdenbender, § 443 Rn 11; HK-BGB/Saenger, 5. Aufl., § 443 Rn 4; Jauernig/Berger, BGB, 13. Aufl., § 443 Rn 12) bedarf keiner Entscheidung, weil sowohl § 443 BGB als auch die Richtlinie ausschließlich Kaufverträge betreffen. Anhaltspunkte dafür, dass der europäische und deutsche Gesetzgeber Art. 6 VerbrGKRL einen allgemeinen Rechtsgedanken zugemessen hätte, wonach die Regelung über den Wortlaut und die systematische Stellung hinaus für alle schuldrechtlichen Verträge – mithin auch für den vorliegenden Dienstvertrag – gelten soll, sind nicht ersichtlich.“ (OLG Oldenburg aaO)

StGB

§ 263

Betrug

StGB

unberechtigter Empfang von Lohn

(OLG Celle in NSTZ-RR 2010, 207; Beschluss vom 09.02.2010 – 32 Ss 205/09)

Der **unberechtigte Empfang von Lohn** stellt **keinen Betrug durch Unterlassen** dar, da den Lohnempfänger keine Einstandspflicht dafür trifft, dass ein Vermögensschaden beim Arbeitgeber nicht eintritt (sog. Garantenpflicht).

- I. Eine **Garantenpflicht zur Aufklärung über Zuvielleistungen** eines Vertragspartners **besteht nur ausnahmsweise**, denn grds. fällt es in den Risikobereich des Leistenden, ob die Schuld besteht und ob die Leistung einen bestehenden Anspruch übersteigt (siehe insbes. BGH NJW 1994, 950). Deshalb stellt das Schweigen nach Annahme der Leistung regelmäßig nur die Ausnutzung eines Irrtums dar und ist nicht strafbar (BGH NJW 1994, 950).
- II. **Strafbar** kann ein solches Schweigen oder Unterlassen **nur** sein, **wenn der Unterlassende** auf Grund einer **besonders begründeten Einstandspflicht** gerade für die vermögensrechtliche Entscheidungsfreiheit des anderen sozusagen auf Posten gestellt ist (BGH NJW 1994, 950)].
 1. Eine solche Einstandspflicht kann insbes. durch **ausdrückliche vertragliche Vereinbarung von Schutzpflichten** begründet werden.

„Das ist aber vorliegend gerade nicht der Fall. Auch **aus der Art des Arbeitsverhältnisses lässt sich eine derartige Pflicht offensichtlich nicht herleiten**. Denn der Angekl. ist im Betreuungsdienst insbes. als Nachtwache im Taubblindenzentrum F tätig, womit besondere Vermögensschutzpflichten im Interesse des Arbeitgebers offensichtlich nicht verbunden sind.“ (OLG Celle aaO)

2. Auch im Hinblick auf die lange **Dauer des Arbeitsverhältnisses** und die **mehrfährige Tätigkeit im Betriebsrat** kann **keine Nebenpflicht auf Rücksichtnahme i.S. der §§ 611, 241 II BGB** konstruiert werden, die die strafbewehrte Wahrung der Vermögensinteressen des Arbeitgebers umfasst.

„Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Dauer des Arbeitsverhältnisses auch Einfluss auf **moralische und unter Umständen auch rechtliche Verpflichtungen** haben kann. Andererseits kann aber nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Arbeitnehmer grds. im Rahmen der ihn treffenden Nebenpflichten aus einem Arbeitsverhältnis **nicht verpflichtet** ist, seine **persönlichen Interessen hintanzustellen**. Er darf seine Interessen mit den gesetzlich zulässigen Mitteln vielmehr selbst auf Kosten des Arbeitgebers verfolgen. Vor diesem Hintergrund kommt die Annahme einer im Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis begründeten Garantenpflicht zur Aufklärung über Zuvielleistungen jedenfalls nicht in Betracht, wenn wie hier **keine Vermögensschutzpflicht als arbeitsvertragliche Hauptpflicht begründet** ist, der **Irrtum im Risikobereich des Arbeitgebers** liegt, der Arbeitnehmer seiner grundsätzlichen Anzeigepflicht mit der bescheinigten Krankmeldung nachgekommen ist und zudem gegenüber dem Betriebsleiter regelmäßig über seinen Gesundheitszustand bzw. die fortbestehende Arbeitsunfähigkeit berichtet hat, so dass jedenfalls ein Vertreter des Arbeitgebers auch durchgängig Kenntnis von der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit hatte.“ (OLG Celle aaO)

3. Auch aus dem **Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben** kann eine Garantenpflicht des Arbeitnehmers nicht hergeleitet werden.

„Die Annahme einer Garanten- und Aufklärungspflicht kommt nach der neueren obergerichtlichen Rspr. nur in Betracht, wenn durch das Vertragsverhältnis zwischen den Beteiligten ein **besonderes Vertrauensverhältnis mit besonderen Umständen im zwischenmenschlichen Bereich** vermittelt wird (vgl. BGH NJW 2000, 3013; BGHSt 39, 392 = NJW 1994, 950 = NStZ 1994, 544; BGHSt 46, 196 = NJW 2001, 453 = NStZ 2001, 315; BGH wistra 1988, 262). Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe **kann** allein ein **langjähriges Arbeitsverhältnis noch kein besonderes Vertrauensverhältnis begründen**, das strafrechtlich zu einer Aufklärungsverpflichtung bei grundloser Zuvielleistung des Arbeitgebers führt.

Abgesehen davon, dass ein **besonderes Vertrauensverhältnis zu einer juristischen Person schon per se nicht ohne Weiteres vorstellbar** ist, ergeben sich auch keine Anhaltspunkte für ein solches Verhältnis zur Geschäftsführung und Unternehmensleitung bzw. zur Buchhaltung. Vielmehr sprechen schon die Ortsferne und die Größe des Unternehmens eher gegen ein Vertrauensverhältnis.“ (OLG Celle aaO)

VwGO
§ 60 I

mangelnde Rechtskenntnis
kein unverschuldetes Hindernis i.S. des § 60 I VwGO
(BVerwG in BayVBl 2010, 355; Beschluss vom 07.10.2009 – 9 B 83/09)

VwGO

Mangelnde Rechtskenntnis stellt i. d. R. kein unverschuldetes Hindernis i.S. des § 60 I VwGO dar; ein juristisch nicht vorgebildeter Bürger muss bei ihm nicht geläufigen Rechtsfragen grds. juristischen Rat einholen.

„Die Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt nach § 60 I VwGO voraus, dass die **Frist ohne Verschulden versäumt** wurde. Die Kl. trägt insoweit vor, ursächlich für die Fristversäumnis sei ihre Unkenntnis des Vertretungszwangs nach § 67 IV VwGO gewesen. Auf dieses Erfordernis sei sie im vorinstanzlichen Verfahren „nicht ausreichend“ hingewiesen worden; insbes. enthalte die Rechtsmittelbelehrung keinen derartigen Hinweis.

Dem vermag der Senat zu folgen: Aus dem fehlenden Hinweis auf den gesetzlichen Vertretungszwang in der Rechtsmittelbelehrung kann die Kl. keinen Wiedereinsetzungsgrund herleiten; § 58 I VwGO schreibt einen solchen Hinweis nicht vor. Erst recht war die **Vorinstanz nicht verpflichtet, die Kl. auf andere Weise auf den Vertretungszwang hinzuweisen**. Auch eine **Unkenntnis der Kl. über den Vertretungszwang stellt keinen Wiedereinsetzungsgrund dar**. Denn nach der **st. Rspr. des BVerwG** entschuldigt mangelnde Rechtskenntnis eine Fristversäumnis i. d. R. nicht; vielmehr muss ein juristisch nicht vorgebildeter Bürger bei ihm nicht geläufigen Rechtsfragen grds. juristischen Rat einholen. Besondere Umstände, denen die Kl. entnehmen konnte, dass sie ohne Beteiligung eines Rechtsanwalts sowohl die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision einlegen als diese auch selbst begründen könne, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.“ (BVerwG aaO)

GKG
§ 28 II

Aktenversendungspauschale
Kostenschuldner ist der Mandant
(OVG Bautzen in ZAP 2010, 92; Beschluss vom 13.08.2009 – 5 B 343/08)

RA/Nt

Der **Prozessbevollmächtigte schuldet keinen Auslagenersatz**, weil er die Übersendung der Akten nicht i. S. des § 28 II GKG beantragt hat.

„Zwar erfolgte die Übersendung der Akten aufgrund seines anwaltlichen Schreibens. In diesem Schriftsatz bat er um die Übersendung der Gerichtsakten einschließlich der Verwaltungsvorgänge, um zu den Ausführungen der Ag. Stellung nehmen zu können. Der **Antrag des Erinnerungsführers ist jedoch dem von ihm vertretenen Ast. zuzurechnen**.

Rechtsgrundlage für die Erhebung einer Pauschale für die Aktenversendung ist § 1 II Nr. 1 GKG i. V. m. § 3 II GKG und Nr. 9003 des KV (Anlage 1 zu § 3 II). Nach Nr. 9003 KV beträgt die Auslagenhöhe für die Versendung von Akten auf Antrag je Sendung pauschal 12,- €, wobei nach Nr. 9003 (1) die Hin- und Rücksendung der Akten zusammen als eine Sendung gelten. Nach § 28 II GKG **schuldet die Auslagen nach Nr. 9003 KV nur, wer die Versendung der Akte beantragt hat**. § 28 II GKG bestimmt damit einen **eigenen Kostenschuldner**. So wird der allgemeine Kostenschuldner nicht ungerechtfertigt mit Auslagen belastet, die nur deswegen entstehen, weil die Akteneinsicht an einem anderen Ort als der aktenführenden Stelle gewünscht wird (vgl. BayVGh NJW 2007, 1483f.).

Die **Aktenversendungspauschale schuldet der Ast**. Der Erinnerungsführer hat den Antrag auf Aktenübersendung in seiner Eigenschaft als Prozessbevollmächtigter des Ast. gestellt. Nach den **allgemeinen Grundsätzen über die Zurechnung von Erklärungen eines Vertreters** wirkt dieser Antrag nach § 164 I 1 BGB unmittelbar für und gegen den von ihm vertretenen Antragsteller. Eine **Prozessvollmacht**, die ohne Einschränkungen für das gesamte gerichtliche Verfahren erteilt wird, ermächtigt den Bevollmächtigten, das dem von ihm vertretenen Beteiligten nach § 100 I VwGO zustehende Recht auf Akteneinsicht wahrzunehmen und zu diesem Zweck die Übersendung der Akten in seine Geschäftsräume zu beantragen. Der **Antrag auf Akteneinsicht ist jedoch seinem Mandanten zuzurechnen**.

Dem steht nicht entgegen, dass § 100 II 2 VwGO eine Überlassung der Akten außerhalb des Gerichtsgebäudes ausdrücklich nur an die nach § 67 II 1 u. 2 Nr. 3 - 6 VwGO bevollmächtigten Personen vorsieht. Das **Akteneinsichtsrecht** nach § 100 I VwGO dient wesentlich der

Verwirklichung des rechtlichen Gehörs und der Herstellung der Waffengleichheit zwischen den Beteiligten (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 100 Rn 1 u. 2). Nimmt der Prozessbevollmächtigte eines Bet. Einsicht in die Akten, so erfolgt dies in Vertretung des Beteiligten, dessen materielles Recht er wahrnimmt. Die Beschränkung des Personenkreises in § 100 II 2 VwGO soll sicherstellen, dass Akten nicht vernichtet, beschädigt oder verfälscht werden und dass ihre sorgfältige Aufbewahrung gewährleistet ist, damit sie nicht verloren gehen (Kopp/Schenke, VwGO, § 100 Rn 7). Damit verliert die Aktenüberlassung in die Geschäfts- oder Wohnräume des Prozessbevollmächtigten nicht den Zweck, Chancengleichheit zwischen den Beteiligten herzustellen. Die Durchsicht der Akten auf der Geschäftsstelle kann nur bei sehr einfach gelagerten Sachverhalten zur Vorbereitung weiterer prozessualer Schritte genügen, so dass die Aktenüberlassung eine effektive Ausgestaltung des Rechts auf Akteneinsicht und damit des Rechts auf rechtliches Gehör darstellt (vgl. BVerfG NVwZ 1998, 836). Die mit der Aktenübersendung verbundene Arbeitserleichterung für den Prozessbevollmächtigten tritt dagegen in den Hintergrund. Im Übrigen lässt es sich auch der Gesetzesbegründung nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber gerade das Ziel verfolgt hätte, die Prozessbevollmächtigten mit den Kosten der Aktenübersendung zu belasten (vgl. BT-DrS 12/6962 S. 66 zu § 56 GKG a. F.).“ (OVG Bautzen aaO)

VwGO
§ 162 I

Kostenerstattungsanspruch privates Rechtsgutachten

VwGO

(OVG Lüneburg in NJW 2010, 1301; Beschluss vom 26.10.2009 – 13 OA 137/09)

Kosten für ein vorprozessual zur Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Klage privat eingeholtes anwaltliches Rechtsgutachten sind regelmäßig keine zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen i.S. des § 162 I VwGO.

„Zwar ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass Kosten für ein vor Klageerhebung privat eingeholtes Gutachten als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendige Aufwendungen i.S. des § 162 I VwGO anzusehen sind. Die **Erstattungsfähigkeit** ist allerdings **auf Ausnahmefälle begrenzt**. Bei Sachverständigengutachten folgt diese Begrenzung auf Ausnahmefälle aus dem Amtsermittlungsgrundsatz.

Bei der Inanspruchnahme anwaltlicher Leistungen vor Klageerhebung ist zu differenzieren: Die **Kosten einer anwaltlichen Beratung** im Hinblick auf die Frage, ob eine Klage erhoben werden soll, **können erstattungsfähig** sein, wenn die Einholung des Rats notwendig und sachgerecht war (Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 162 Rn 7). Bei **darüber hinausgehenden anwaltlichen Aktivitäten** ist hingegen in Rechnung zu stellen, dass (zusätzliche) Kosten für während der Prozessführung eingeholte private Rechtsgutachten zum inländischen Recht **nur als erstattungsfähig** in Betracht kommen, **wenn es um die Klärung außergewöhnlich schwieriger Rechtsfragen geht** (Kopp/Schenke, § 162 Rn 8 m.w. Nachw.).

Übertragen auf die vorprozessuale Situation bedeutet dies, dass anwaltliche Aktivitäten, die – etwa in Gestalt eines privaten Rechtsgutachtens – über einen Rechtsrat bzw. eine anwaltliche Beratung in Bezug auf die Beurteilung der Erfolgsaussichten hinausgehen, regelmäßig nicht als notwendig i.S. des § 162 I VwGO angesehen werden können. Will sich der Adressat eines Verwaltungsakts durch ein privates Rechtsgutachten eine „sicherere“ Grundlage für die Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Klage beschaffen, so kann dies regelmäßig nicht mehr den zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zugerechnet werden. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 162 I VwGO bestimmt sich nämlich nicht nach der subjektiven Auffassung der Beteiligten, sondern danach, wie ein **verständiger Beteiligter**, der **bemüht** ist, die **Kosten so niedrig wie möglich zu halten**, in gleicher Weise seine Interessen wahrgenommen hätte (BVerwG BeckRS 2008, 38104).“ (OVG Lüneburg aaO)

VwVfG
§ 80

Hinzuziehung eines Bevollmächtigten Notwendigkeit

VwVfG

(VG Frankfurt in NVwZ-RR 2010, 422; Urteil vom 07.12.2009 – 1 K 2786/09)

Wenn der **Bevollmächtigte lediglich** deshalb eingeschaltet wurde, **um der Behörde „Beine zu machen“**, ist die **Notwendigkeit seiner Hinzuziehung nicht gegeben**.

„Das BVerwG hat in st. Rspr. zu § 80 II VwVfG ausgeführt, dass die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren von der Prüfung im Einzelfall abhängt und unter **Würdigung der jeweiligen Verhältnisse vom Standpunkt einer verständigen Partei** aus zu beurteilen ist. Maßgebend ist, ob sich ein vernünftiger Bürger mit gleichem Bildungs- und Erfahrungsstand bei der gegebenen Sachlage eines Rechtsanwalts oder sonstigen Bevollmächtigten bedient hätte. Notwendig ist die Zuziehung eines Rechtsanwalts nach § 80 II VwVfG dann, wenn es der Partei nach ihren **persönlichen Verhältnissen** und wegen der **Schwierigkeiten der Sache** nicht zuzumuten ist, das Vorverfahren selbst zu führen (BVerwGE 55, 299 = NJW 1978, 1988; BVerwG BeckRS 2005, 30303; BVerwG NJW 2009, 2968). Dabei spricht allerdings vieles dafür, die Notwendigkeit der Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren nicht nur in schwierigen und umfangreichen Verfahren zu bejahen, sondern zunächst einmal im Hinblick auf eine rechtsunkundige Partei anzunehmen, dass diese **ohne rechtskundigen Rat nicht in der Lage ist, materiell- und verfahrensrechtlich ihre Rechte** gegenüber der Verwaltung **ausreichend zu wahren** (vgl. VGH Kassel BeckRS 2005, 22856). Die Notwendigkeit der Hinzuziehung ist dann zu bejahen, wenn der Sachverhalt Tat- und Rechtsfragen aufwirft, **die sich nicht ohne Weiteres beantworten lassen** (Knack, VwVfG, § 80 Rn 78). Abzustellen ist bei der Beurteilung auf den Zeitpunkt der Heranziehung des Rechtsanwalts, d. h. seiner förmlichen Bevollmächtigung.

Die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im vorliegenden Fall ist deshalb also letztlich danach zu beurteilen, ob es notwendig war unter dem Gesichtspunkt des zögerlichen Vorgehens der Behörde einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen. Zwar erweist sich der Zeitraum von Anfang Dezember 2008, in dem die telefonische Auskunft gegeben wurde, der Widerspruch sei begründet, und dem letztendlich Ende Mai 2009 erhaltenen Abhilfebescheid als **ungewöhnlich langer Zeitraum**, der ggf. sogar zu Schadensersatzforderungen Gelegenheit geben mag, die vor den ordentlichen Gericht geltend zu machen sind. Doch kann sich die **Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes nicht danach beurteilen, ob die Hoffnung besteht**, durch die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes eine **schnellere Bearbeitung herbeizuführen**.“ (VG Frankfurt aaO)