



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

**38. Jahrg.**

**Mai 2013**

**Heft 5**

---

**Aus dem Inhalt:**

- BGH:** Vorleistungspflicht des Kunden bei Küchenlieferung
- OLG Frankfurt a.M.:** Weitergabe kinderpornografischer Daten
- VGH München:** Beseitigung des Überbaus der Straßenfläche
- BGH:** Titelauslegung durch den Gerichtsvollzieher
- BGH:** Bindungswirkung des Adhäsionsverfahrens im Zivilprozess
- OVG Bln/Bbg.:** Antragsfrist für Normenkontrollantrag als Ausschlussfrist
- VG Saarlouis:** Auflassungsvormerkung und Abrissverfügung



#### **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](mailto:info@juridicus.de)

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

#### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

|                               |   |
|-------------------------------|---|
| Die Sicherungsverwahrung..... | 1 |
|-------------------------------|---|

### Brandaktuell

|   |   |
|---|---|
| BVerfG: Prüfung der Antiterrordatei<br>(partielle Verfassungswidrigkeit)..... | 3 |
|---|---|

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

|   |    |
|---|----|
| BGH: Vorleistungspflicht des Kunden bei Küchenlieferung<br>(Unzulässige Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen).....           | 4  |
| BGH: Beurkundungskosten bei Verweigerung der Genehmigung<br>(aufschiebend bedingter Kaufvertrag mit vollmachtslosem Vertreter)..... | 10 |

#### Strafrecht

|   |    |
|---|----|
| OLG Frankfurt a.M.: Weitergabe kinderpornografischer Daten<br>(durch Strafverteidiger)..... | 13 |
| BGH: Geldwäsche<br>(Schutzzweck).....   | 16 |

#### öffentl. Recht

|  |    |
|--|----|
| BVerwG: Erhebung von Daten bei Vereinsverbot<br>(auf informationelle Selbstbestimmung und Anhörungspflicht)..... | 18 |
| VGH München: Beseitigung des Überbaus der Straßenfläche<br>(Beseitigungsanspruch und Beseitigungsrecht).....     | 23 |

#### Kurzauslese I

|   |    |
|---|----|
| OLG Celle: Nacherfüllungsanspruch<br>(Zulässigkeit der Verwendung von Original-Austauschteilen).....          | 26 |
| OLG München: Kaufmannseigenschaft<br>(Stiftung des öffentlichen Rechts).....                                  | 26 |
| BGH: Unterlassungsanspruch<br>(kein Erlöschen bei missbräuchlicher Abmahnung).....                            | 27 |
| AG Rudolstadt: Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen<br>(öffentliches Verwenden)..... | 27 |
| BGH: Sexueller Missbrauch von Kindern<br>(Anbieten eines Kindes).....   | 27 |
| BGH: Stalking<br>(Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers).....                                      | 28 |
| OVG Münster: Persönlichkeitsrecht<br>(Rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts).....                     | 28 |
| OVG Magdeburg: Dienstunfähigkeit des Beamten<br>(„Suchpflicht“ des Dienstherrn).....                          | 29 |
| VG Köln: Täuschungsversuch<br>(Zulässigkeit des Anscheinsbeweises).....                                       | 29 |
| BVerwG: Rundfunkgebührenpflicht<br>(internetfähiger PC).....  | 29 |

**Entscheidungen Verfahrensrecht**

**Zivilrecht**

|      |  |    |
|------|--|----|
| BGH: | Titelauslegung durch den Gerichtsvollzieher<br>(Vollstreckungserinnerung)..... | 30 |
| BGH: | Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage<br>(Klage und Widerklage).....     | 34 |

**Strafrecht**

|      |  |    |
|------|--|----|
| BGH: | Adhäsionsverfahren<br>(Bindungswirkung im Zivilprozess)..... | 38 |
|------|--|----|

**öffentl. Recht**

|                |   |    |
|----------------|---|----|
| OVG Bln/Bbg.:  | Antragsfrist für Normenkontrollantrag als Ausschlussfrist<br>(keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich)..... | 40 |
| VG Saarlouis : | Auflassungsvormerkung und Abrissverfügung<br>(Anfechtungsrecht des Vormerkungsberechtigten).....                        | 43 |

**Kurzauslese II**

|                |  |    |
|----------------|--|----|
| BGH:           | Urkundenbeweis<br>(Zulässigkeit des Bestreitens mit Nichtwissen).....                      | 46 |
| BAG:           | Präklusion verspäteten Vorbringens<br>(Kündigungsschutzprozess).....                       | 46 |
| BGH:           | Verfahrensverjährung<br>(Unterbrechung durch Beauftragung eines Sachverständigen).....     | 46 |
| OLG Hamburg:   | Nebenklage<br>(Zulässigkeit einer Gruppenvertretung).....                                  | 47 |
| BGH:           | Adhäsionsverfahren<br>(kein Anhörungsrecht für Betreuer).....                              | 47 |
| KG:            | Revisionsgrund (Besetzungsrüge).....   | 47 |
| VGH München:   | Zustellung eines Widerspruchsbescheids<br>(Übergabeeinschreiben).....                      | 48 |
| VGH München:   | Normenkontrollverfahren<br>(Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung).....               | 49 |
| OVG Magdeburg: | Klagebefugnis einer Landesbehörde<br>(Eisenbahnrechtliche Plangenehmigung des Bundes)..... | 49 |

|   |    |
|---|----|
| <b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> ..... | 51 |
|---|----|

|                   |                                     |    |
|-------------------|-------------------------------------|----|
| <b>Übersicht:</b> | Prüfung einer Abrissverfügung ..... | 55 |
|-------------------|-------------------------------------|----|

**Aus der mdl. Prüfung**

|                    |                  |    |
|--------------------|------------------|----|
| Referendarprüfung: | Erbrecht .....   | 56 |
| Assessorprüfung:   | Zivilrecht ..... | 57 |

## Aus der Gesetzgebung

### Die Sicherungsverwahrung

Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung vom 05.12.2012 (BGBl I, S. 2425); In-Kraft-Treten am 01.06.2013

#### I. Allgemeines

Bei bestimmten Straftätern wird **neben der Strafe die Unterbringung des Angekl. in der Sicherungsverwahrung** angeordnet. Kennzeichnend für diese Gruppe von Inhaftierten ist, dass bei ihnen der Hang besteht, erhebliche für die Allgemeinheit gefährliche Straftaten zu begehen. Die Fortdauer der Unterbringung wird regelmäßig von der Strafvollstreckungskammer geprüft.

Bislang bot das Strafrecht zur Sicherung von hochgefährlichen Straftätern die Möglichkeit an, die Unterbringung des Täters in der Sicherungsverwahrung unmittelbar im Urteil anzuordnen (§ 66 StGB) oder im Urteil die Anordnung vorzubehalten (§ 66a StGB).

Darüber hinaus bestand die Möglichkeit zur nachträglichen Sicherungsverwahrung: Dadurch sollte die Allgemeinheit auch in den seltenen Ausnahmefällen, in denen sich die besondere Gefährlichkeit eines Straftäters erst während der Strafvollstreckung herausstellt, vor diesem Personenkreis geschützt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Freiheit knüpft der Gesetzgeber die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung an äußerst strenge Voraussetzungen. So hat das Gericht zu prüfen, ob bislang noch nicht berücksichtigte Tatsachen vorliegen, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen. Ferner muss das Gericht in einer Gesamtwürdigung, unter Einbeziehung zweier unabhängiger Sachverständiger, beurteilen, ob mit hoher Wahrscheinlichkeit weitere erhebliche Straftaten zu erwarten sind. Darüber hinaus hängt das gesamte Verfahren davon ab, dass der Betroffene wegen besonders gefährlicher Straftaten bereits zu erheblicher Freiheitsstrafe verurteilt wurde.

Das **BVerfG** (DÖV 2011, 572 = NSTZ 2011, 450) hat die **Vorschriften des StGB über die Anordnung und Dauer der Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig** erklärt, weil diese u. a. nicht mit dem Freiheitsgrundrecht der Unterbrachten aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG vereinbar waren. Das BVerfG hat die **Anwendung der verfassungswidrigen Vorschriften** unter bestimmten Voraussetzungen **längstens bis zum 31.05.2013** erlaubt. Vor diesem Hintergrund hat der Bundestag am 08.11.2012 das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung beschlossen. Das Gesetz regelt die Leitlinien der Sicherungsverwahrung nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts neu und wird am 01.06.2013 in Kraft treten.

#### I. Die Neuregelungen im Überblick

Der in nunmehr in **§§ 129 - 135 StVollzG** geregelte **Vollzug der Sicherungsverwahrung schließt sich immer an die Verbüßung einer Freiheitsstrafe an. Ziel** ist die **sichere Unterbringung des Straftäters zum Schutz der Allgemeinheit**. Die Vollzugsbehörde ist jedoch auch dazu verpflichtet, eine Palette an Maßnahmen bereit zu halten, die von Angeboten zum Erhalt der Lebenstüchtigkeit über Therapien bis zur Förderung der Kontakte zur Außenwelt reicht, um dem Gebot der Menschenwürde gerecht zu werden und im Hinblick auf eine mögliche Entlassung zur Bewährung den Verwahrten Eingliederungshilfe zu leisten.

Die **Sicherungsverwahrung ist rechtlich nicht als Strafe einzuordnen, sondern** ist eine **Maßregel der Besserung und Sicherung**.

Eine **Sicherungsverwahrung muss von Strafhaft räumlich getrennt vollzogen** werden, entweder in einer eigenen Anstalt oder in separaten Abteilungen einer Justizvollzugsanstalt.

Die **Unterbringung in der Sicherungsverwahrung** ist **grds. unbefristet**, was nach einer Entscheidung des BVerfG verfassungsrechtlich zulässig ist.

**§ 119a StVollzG** führt ein System **periodischer gerichtlicher Kontrolle** ein, um zu überprüfen, ob dem Betroffenen eine den Leitlinien entsprechende Behandlung angeboten wurde: **Mindestens alle zwei Jahre**, beginnend mit dem ersten Tag der Unterbringung, muss **geprüft werden, ob weiterhin die Gefahr besteht**, dass der Täter außerhalb des Vollzugs rechtswidrige Taten begehen wird. Wird dies verneint, dann wird die weitere Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt und es tritt Führungsaufsicht (maximal fünf Jahre) ein. Erfolgt während des Zeitraums der Führungsaufsicht kein Widerruf der Entscheidung, gilt die Unterbringung endgültig als erledigt. Lehnt das Gericht die Aussetzung ab, läuft die Frist erneut an.

**Nach zehn Jahren kann die Unterbringung beendet werden**, sofern nicht die Gefahr besteht, dass vom Untergebrachten infolge seines Hanges erhebliche Straftaten begangen werden, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Dann tritt für **mindestens zwei Jahre Führungsaufsicht** ein. Dies ist als gesetzlicher Regelfall gedacht; ob dies auch in der Praxis so gehandhabt wird, ist mangels statistischer Daten über die Unterbringungsdauer unbekannt.

Der Verwahrte kann auch vom Gericht in ein psychiatrisches Krankenhaus oder in eine Entziehungsanstalt überwiesen werden, wenn dies seine **Resozialisierung** besser fördert. Eine Rückkehr in die Sicherungsverwahrung kann angeordnet werden, wenn die Überweisung keinen Erfolg erzielt hat oder die Resozialisierung in der Sicherungsverwahrung doch besser gefördert wird.

## Brandaktuell

GG

### Prüfung der Antiterrordatei partielle Verfassungswidrigkeit

VerfR

Art. 2 I / 1 I

(BVerfG in Pressemitteilung Nr. 31/2013; Urteil vom 24.04.2013 - 1 BvR 1215/07)

**Fall:** Der Beschwerdeführer wendet sich gegen das Gesetz zur Errichtung einer standardisierten zentralen Antiterrordatei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern (Antiterrordateigesetz ATDG) und rügt eine Verletzung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG). Zu Recht?

- I. Die Antiterrordatei ist in ihren Grundstrukturen mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 I i.V.m. 1 I GG vereinbar.

*„Straftaten mit dem Gepräge des Terrorismus, wie sie das Antiterrordateigesetz zum Bezugspunkt hat, richten sich gegen die Grundpfeiler der verfassungsrechtlichen Ordnung und das Gemeinwesen als Ganzes. Es ist Gebot unserer verfassungsrechtlichen Ordnung, solche Angriffe nicht als Krieg oder als Ausnahmezustand aufzufassen, der von der Beachtung rechtsstaatlicher Anforderungen dispensiert, sondern sie als Straftaten mit den Mitteln des Rechtsstaats zu bekämpfen. Dem entspricht umgekehrt, dass der Terrorismusbekämpfung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung ein erhebliches Gewicht beizumessen ist. Angesichts der sich gegenüberstehenden Interessen bestehen gegen die Grundstrukturen der Antiterrordatei keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Allerdings entspricht die Regelung der Datei dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne nur, wenn sie hinsichtlich der zu erfassenden Daten sowie deren Nutzungsmöglichkeiten normenklar und in der Sache hinreichend begrenzt ausgestaltet ist sowie hierbei qualifizierte Anforderungen an die Kontrolle gestellt und beachtet werden.“ (BVerfG aaO)*

- II. Das Antiterrordateigesetz genügt diesen Maßstäben nicht vollständig.

#### 1. Beteiligung weiterer Polizeivollzugsbehörden

*„Die Beteiligung weiterer Polizeivollzugsbehörden an der Antiterrordatei nur nach weiten und wertungsoffenen Kriterien regelt, ist mit dem Bestimmtheitsgebot unvereinbar.“ (BVerfG aaO)*

#### 2. Vorgaben zum erfassten Personenkreis

Nicht in jeder Hinsicht mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen vereinbar sind die Vorschriften, die den von der Datei erfassten **Personenkreis** festlegen.

*„Daher können Personen erfasst werden, die im Vorfeld und ohne Wissen von einem Terrorismusbezug eine in ihren Augen unverdächtige Vereinigung unterstützen. Dies verstößt gegen den Grundsatz der Normenklarheit und ist mit dem Übermaßverbot nicht vereinbar. Eine verfassungskonforme Auslegung scheidet hier aus.... Die Vorschrift, die Einzelpersonen erfassen soll, die möglicherweise in einer Nähe zum Terrorismus stehen, verbindet eine Reihe von mehrdeutigen und potenziell weiten Rechtsbegriffen.“ (BVerfG aaO)*

#### 3. Datenaustausch

Es sind die **einfachen Grunddaten** in die Datei einzustellen, soweit Kontaktpersonen von einem Terrorismusbezug der Hauptperson nichts wissen, bei Kenntnis vom Terrorismusbezug auch die **erweiterten Grunddaten**.

*„Infolgedessen erstreckt sich der Austausch von Klarinformationen zwischen den beteiligten Behörden auch auf Daten zu den Kontaktpersonen. Die Regelung ist weder mit dem Bestimmtheitsgrundsatz noch mit dem Übermaßverbot vereinbar.“ (BVerfG aaO)*

#### 4. Verwendung der Daten

*„Mit dem Übermaßverbot nicht vereinbar ist die Regelung zur sogenannten **Inverssuche** (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 a ATDG).“ (BVerfG aaO)*

#### 5. Überwachung

*„Zur Gewährleistung von Transparenz und Kontrolle bedarf es schließlich einer gesetzlichen Regelung von Berichtspflichten.“ (BVerfG aaO)*

#### 6. Grundrechtsbeschränkung

*„Die gesetzlich vorgesehene vollständige und uneingeschränkte Einbeziehung aller auch durch Eingriff in Art. 10 I GG (Telekommunikationsgeheimnis) und in Art. 13 I GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) erhobenen Daten in die Antiterrordatei ist mit der Verfassung nicht vereinbar.“ (BVerfG aaO)*

## Entscheidungen materielles Recht

**BGB**  
§§ 305 ff.

### Vorleistungspflicht des Kunden bei Küchenlieferung Unzulässige Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (BGH in BB 2013, 909680; Urteil vom 07.03.2013 - VII ZR 162/12)

ZivilR

1. Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Lieferanten einer von ihm einzubauenden Küche "Der **Kaufpreis** ist spätestens bei **Anlieferung der Kaufgegenstände** ohne Abzug zu bezahlen." ist **unwirksam**.
2. Eine **Allgemeine Geschäftsbedingung verliert ihren Charakter** als nach §§ 305 ff. BGB der Inhaltskontrolle unterliegender Klausel **nicht allein dadurch**, dass sie von den Parteien **nachträglich geändert** wird.
3. Vielmehr muss die **nachträgliche Änderung** in einer Weise erfolgen, die es **rechtfertigt**, sie **wie eine von vornherein getroffene Individualvereinbarung zu behandeln**. Das ist nicht der Fall, wenn der Verwender auch nach Vertragsschluss dem Vertragspartner keine Gestaltungsfreiheit eingeräumt und den **gesetzesfremden Kerngehalt der Klausel nicht zur Disposition gestellt** hat.

**Fall:** Die Parteien streiten über ihre gegenseitigen Pflichten aus dem Vertrag vom 08.08.2009, der den Erwerb und den Einbau einer Küche im Haus der Klägerin und ihres Ehemannes, des Drittwiderbeklagten, in der Schweiz zum "Komplettpreis" von 23.800 € zum Gegenstand hat. Bestandteil des Vertrags sind die "Teilleiste" und vier "Installationspläne". Der Vertrag sieht eine Anzahlung von 4.750 € vor, die die Klägerin und der Drittwiderbeklagte am 24.09.2009 erbrachten, und bestimmt im vorgedruckten Vertragsformular:

*"Restzahlung ... vorab per Überweisung oder bar bei Lieferung".*

Zudem ist in den "Allgemeinen Geschäftsbedingungen" der Beklagten, die dem Vertrag beigelegt waren, in Ziff. VI Abs. 1 bestimmt:

*"Der Kaufpreis ist spätestens bei Anlieferung der Kaufgegenstände ohne Abzug zu bezahlen."*

Am 11.03.2010 vereinbarten die Parteien, dass die Klägerin und der Drittwiderbeklagte bis zum mangelfreien Einbau der Küche 2.500 € zurückbehalten könnten.

Lieferung und Einbau der Küche erfolgten Ende März 2010. Unstreitig erfolgte der Einbau nicht vollständig fachgerecht. Mit E-Mail vom 23.04.2010 listete die Beklagte die Mängel und notwendigen Nacharbeiten auf und sicherte umgehende Abhilfe zu, sobald alle benötigten Teile geliefert worden seien. In der Folgezeit kam es zu mehreren Terminen in der Wohnung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten, in denen die Küche wiederholt ausgemessen wurde. Zu einer Beseitigung der Mängel kam es nicht. Ab Juni 2010 verhandelten die erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten über die Abwicklung des Vertrages. Im Zuge dieser Verhandlungen zahlten die Klägerin und der Drittwiderbeklagte weitere 13.550 € ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und erwarteten die Mängelbeseitigung bis 06.08.2010.

Mit Schreiben vom 31.07.2010 lehnte der Bevollmächtigte der Beklagten eine Mängelbeseitigung bis 06.08.2010 ab. Aufgrund der "Verzögerungen bei Leistung der Teilzahlung" und weiterer Umstände bestünden "Zweifel an der Zahlungsfähigkeit und -willigkeit". Deshalb werde ein nach dem 06.08.2010 liegender Termin von den Mitarbeitern nur wahrgenommen, "wenn ihnen der noch offene Restbetrag der Gesamtsumme des Vertrags vorab in bar übergeben werde". Das Schreiben endet mit dem Hinweis des Bevollmächtigten, im Klagefalle zustellungsbevollmächtigt zu sein.

Nachdem im August 2010 eine weitere Kommunikation zwischen den Parteien nicht stattgefunden hatte, forderte der Bevollmächtigte der Beklagten unter Hinweis auf sein Schreiben vom 31.07.2010 die Klägerin und den Drittwiderbeklagten mit Schreiben vom 03.09.2010 auf, bis spätestens 09.09.2010 einen Mängelbeseitigungstermin zu vereinbaren.

Mit beim Landgericht am 13.09.2010 eingegangenen Schriftsatz hat die Klägerin das Klageverfahren eingeleitet, mit dem sie die Rückzahlung der geleisteten Anzahlungen Zug um Zug gegen Rückgabe der eingebauten Küchenmöbel und Küchengeräte, die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten hinsichtlich der Rücknahme und Schadensersatz für Arbeiten, die notwendig seien, um beim Ausbau der vorhandenen Küche und dem Einbau einer neuen, gleichartigen Küche einen ordnungsgemäßen Zustand herzustellen, geltend gemacht hat.

Die Beklagte hat widerklagend die Zahlung der noch ausstehenden Vergütung begehrt. Wird die zulässige Klage Erfolg haben?



Die Klägerin könnte einen Schadensersatzanspruch aus §§ 633, 281, 280 I, III BGB haben.

## I. Anwendbarkeit deutschen Rechts

Der vorliegende Rechtsstreit müsste überhaupt dem deutschen Recht unterliegen. Statt einer Beurteilung nach dem BGB kommt auch eine Anwendung des UN-Kaufrechtsübereinkommens (CISG) in Betracht.

*„Dieses Übereinkommen ist im Streitfall jedenfalls nach Art. 2 Buchst. a CISG nicht anwendbar. Nach Art. 2 Buchst. a CISG findet dieses Übereinkommen **keine Anwendung auf den Kauf von Ware für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt**, es sei denn, dass der Verkäufer vor oder bei Vertragsschluss weder wusste noch wissen musste, dass die Ware für einen solchen Gebrauch gekauft wurde. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts geht es bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag um eine **Küche für den persönlichen Bedarf** der Klägerin und des Drittwiderbeklagten, ihres Ehemannes, in ihrer in der Schweiz befindlichen Wohnung und damit um eine Küche für den persönlichen Gebrauch im Haushalt der Klägerin und ihres Ehemannes, **was die Beklagte bei Vertragsschluss auch wusste.**“ (BGH aaO)*

Somit beurteilen sich die geltend gemachten Ansprüche nach dem BGB.

## II. Abschluss eines Werkvertrages

Zunächst müsste der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren sein.

*„Das Berufungsgericht qualifiziert den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag über die Lieferung und den Einbau der hier geschuldeten Einbauküche als **Werkvertrag** (§ 631 BGB) und nicht als Kaufvertrag im Sinne von § 651 BGB. Der Senat neigt dazu, dieser Bewertung zuzustimmen, da es das **Ziel des Vertrages war, auf der Grundlage der handwerklichen Fachkenntnisse der Beklagten durch Einbau und Einpassung in das Haus der Klägerin und des Drittwiderbeklagten einen funktionalen Küchenraum zu schaffen und die dazu notwendigen Montage- und Bauleistungen dem Vertrag die maßgebliche Prägung geben** (vgl. auch Rudolph, BauR 2012, 557, 568).“ (BGH aaO)*

Somit ist von einem Werkvertrag auszugehen und die Mängelhaftung der Beklagten richten sich nach § 633 ff. BGB.

## III. Mangelhaftigkeit des Werkes

Das Werk müsste auch im Sinne des § 633 II BGB mangelhaft sein. Dies ist der Fall, wenn es nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Küche nicht vollständig und ordnungsgemäß montiert wurde. Von dem Vorliegen eines Mangels ist daher ohne weiteres auszugehen.

## IV. Schadensersatzanspruch nach § 634 Nr. 4 i.V.m. §§ 280 I, III, 281 BGB

Damit liegen die Voraussetzungen für eine Mängelhaftung der Beklagten nach § 634 BGB vor und die Klägerin kann die Rechte aus § 634 BGB geltend machen, soweit die weiteren Voraussetzungen vorliegen.

### 1. fällige Leistungspflicht der Beklagten

*„§§ 281 I, 280 III BGB setzen voraus, dass dem Gläubiger ein Anspruch aus dem Schuldverhältnis zusteht, der **nicht durch eine dauernde oder aufschiebende Einrede gehemmt und fällig** ist (BGHZ 193, 315 Rn. 16 zum inhaltsgleichen § 323 I BGB; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 281 Rn. 8; MüKo-GB/Ernst, 6. Aufl., § 281 Rn. 19; Erman/H. P. Westermann, BGB, 13. Aufl., § 281 Rn. 6). Die Beklagte beruft sich auf die **Einrede des nicht-erfüllten Vertrages**. Sie hält sich zur Mängelbeseitigung nicht für verpflichtet, solange die vereinbarte Vergütung nicht bezahlt ist.“ (BGH aaO)*

Fraglich ist daher, ob die Beklagte sich auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 BGB oder auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 321 BGB berufen kann.

#### a) Vorliegen der Voraussetzungen des § 320 I BGB

Nach § 320 I 1 BGB kann im Rahmen eines gegenseitigen Vertrags jede Vertragspartei ihre Leistung bis zum Bewirken der Gegenleistung verweigern, wenn sie nicht zur Vorleistung verpflichtet ist.

*„Im Werkvertragsrecht ergibt sich eine Vorleistungspflicht des Unternehmers aus § 641 I 1 BGB. Danach entsteht der Werklohnanspruch erst mit der Abnahme des Werkes. Im Kaufrecht kann der Verkäufer den Kaufpreis Zug um Zug gegen Lieferung und gegebenenfalls - wie hier - Montage (§ 434 II BGB) einer mangelfreien Sache (§ 434 I BGB) verlangen. Der Unternehmer bzw. Verkäufer darf danach eine Mängelbeseitigung nicht von der vorherigen vollständigen Bezahlung der Vergütung*

*abhängig machen, wenn er diese nicht wirksam mit dem Besteller bzw. Käufer vereinbart hat.“ (BGH aaO)*

Eine solche Vereinbarung könnte hier durch die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten und durch die Vereinbarung vom 11.03.2010 getroffen worden sein. Hierin wurden abweichende Regelungen getroffen, die der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten die Verpflichtung auferlegten, zumindest den wesentlichen Teil des Kaufpreises bzw. Werklohns spätestens bei Lieferung zu zahlen.

#### **aa) Wirksamkeit der abweichenden Vereinbarung in den AGB der Beklagten**

Auf die Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann sich die Beklagte zur Begründung ihrer Leistungsverweigerung bis zur vollständigen Vorleistung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten nur berufen, wenn sie wirksam in den Vertrag einbezogen wurde. Dies setzt wiederum voraus, dass die Klausel einer Prüfung nach §§ 305 ff. BGB standhält.

##### **(1) Vorliegen von AGB, § 305 I BGB**

Die Zahlungsverbarung war in einem vorgedruckten Vertragsformular sowie in Ziff. VI Absatz 1 der AGB enthalten. Es handelt sich daher ohne weiteres um vorformulierte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen nach § 305 I 1 BGB. Einschränkungen aus § 310 BGB sind vorliegend nicht zu beachten.

##### **(2) Wirksame Einbeziehung in den Vertrag, § 305 II BGB**

Die Vereinbarungen sind auch wirksam in den Vertrag einbezogen worden, da die Klägerin und der Drittwiderbeklagte das Vertragsformular unterschrieben haben und zuvor Kenntnis von den AGB nehmen konnten.

##### **(3) Inhaltskontrolle**

Es kommt daher darauf an, ob die Regelungen mit §§ 307 - 310 BGB zu vereinbaren sind. Zunächst liegt angesichts vorstehender Ausführungen zur Fälligkeit des Werklohnes mit Abnahme ohne weiteres eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung vor, so dass nach § 307 III BGB die §§ 307 - 310 BGB auch anwendbar sind. Spezielle Klauselverbote des § 309 BGB sowie des § 308 BGB kommen hier nicht in Betracht, so dass sich die Frage stellt, ob die Klausel die Klägerin und den Drittwiderbeklagten nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 307 I 1 BGB). Dies ist nach § 307 II Nr. 1 BGB insbesondere dann anzunehmen, wenn die Klausel mit dem Grundsatz der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

*„Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nicht mit § 641 I 1 BGB zu vereinbaren. § 641 I 1 BGB kommt Leitbildfunktion zu (BGH, ZfBR 1985, 134, 136; BauR 1986, 694, 695; NJW-RR 2003, 834). Die Regelung ist **Ausdruck eines formularmäßig nicht abänderbaren Gerechtigkeitsgebots**. Der Besteller soll grundsätzlich erst zur Zahlung verpflichtet sein, wenn das Werk vollständig hergestellt ist.*

*Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind zudem nicht mit § 320 I 1 BGB zu vereinbaren. Dieser Regelung kommt ebenfalls Leitbildfunktion zu (BGHZ 141, 108). Die Vereinbarung der vollständigen Zahlung, bevor der Verkäufer mit der von ihm geschuldeten Montage als Hauptleistungspflicht begonnen hat, führt zu einer **Vorleistungspflicht des Käufers**, die mit der synallagmatischen Verknüpfung der kaufrechtlichen Hauptleistungspflichten nicht zu vereinbaren ist (BGHZ 141, 108).“ (BGH aaO)*

Somit hält die Klausel einer Inhaltskontrolle nicht stand.

##### **(4) Folgen des Verstoßes gegen § 307 I 1, II Nr.1 BGB**

Der Verstoß der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen das gesetzliche Leitbild führt im Zweifel zu deren Unwirksamkeit.

*„Anderes gilt, wenn die **Leitbildabweichung sachlich gerechtfertigt** ist und der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt wird (BGH, NJW-RR 2003, 834;*

BGHZ 141, 108; A. Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 307 Rn. 230 f.; Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeifer, AGB-Recht, 5. Aufl., § 307 Rn. 119).“ (BGH aaO)

Die Beklagte könnte ein sachliches Interesse daran haben, in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen von § 641 I 1 BGB und § 320 I 1 BGB abweichende Regelungen zu vereinbaren, um den ihr zustehenden Anspruch auf Zahlung der Vergütung vor dem Einbau der gelieferten Möbel abzusichern.

„Die *„Zahlungsvereinbarung“* und Ziff. VI Abs. 1 der AGB sind gleichwohl unwirksam, weil die Beklagte die **berechtigten Interessen ihrer Kunden in keiner Weise berücksichtigt** hat. Der Schutz des § 641 I 1 BGB und des § 320 I 1 BGB entfällt ersatzlos und ohne Kompensation. Die Kunden werden verpflichtet, vor dem Einbau der anzuliefernden Gegenstände die volle Vergütung zu zahlen. Sie **verlieren auf diese Weise jedes Druckmittel**, falls der Einbau mangelhaft ist. Das ist eine unangemessene Benachteiligung des Kunden, mit der die Beklagte ihre Absichten einseitig durchgesetzt und nicht für einen sachgerechten Interessenausgleich Sorge getragen hat.“ (BGH aaO)

Die Regelungen in der *„Zahlungsvereinbarung“* im vorgedruckten Vertragsformular sowie in Ziff. VI Absatz 1 der AGB sind nach § 307 I, II Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes nicht zu vereinbaren sind und für diese Art der Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen der Klägerin und des Drittwiderbeklagten kein sachlicher Grund besteht.

#### bb) Abweichende Regelung durch Vereinbarung vom 11.03.2010

Allerdings könnte mit der Vereinbarung vom 11.03.2010 eine abweichende Regelung getroffen worden sein, auf welche die Beklagte ihre Einrede stützen könnte.

„Eine Allgemeine Geschäftsbedingung verliert ihren Charakter als nach §§ 305 ff. BGB der Inhaltskontrolle unterliegender Klausel nicht allein dadurch, dass sie von den Parteien nachträglich geändert wird. Vielmehr muss die **nachträgliche Änderung in einer Weise erfolgen, die es rechtfertigt, sie wie eine von vornherein getroffene Individualvereinbarung zu behandeln**. Das ist nicht der Fall, wenn der Verwender auch nach Vertragsschluss dem Vertragspartner keine Gestaltungsfreiheit eingeräumt und den **gesetzesfremden Kerngehalt** der Klausel **nicht zur Disposition gestellt** hat und die Parteien auf dieser Grundlage eine Einigung finden, mit der die **nachteilige Wirkung der Klausel lediglich abgeschwächt wird** (vgl. OLG Köln, NJW-RR 2002, 1487; Staudinger/Schlosser, BGB, 13. Bearb. 2006, § 305 Rn. 49; MüKo-BGB/ Basedow, aaO, § 305 Rn. 42, 44; A. Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, aaO, § 305 BGB Rn. 46, 48; Pfeifer in Wolf/Lindacher/Pfeifer, aaO, § 305 Rn. 45; Palandt/Grüneberg, aaO, § 305 Rn. 20). Denn in diesem Fall wirkt die zum Nachteil des Vertragspartners **unangemessen ausgeübte Gestaltungsmacht** des Verwenders fort. Hat der Verwender in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ungemessener Weise eine Vorleistungspflicht des Kunden vorgesehen, besteht er auf die Bitte des Kunden, diese zu ändern, darauf, dass dieser vorzuleisten hat, und ist er lediglich bereit, den **Umfang der Vorleistungspflicht zu reduzieren**, so wirkt die unwirksame Vereinbarung der Vorleistungspflicht jedenfalls dann fort, wenn weiterhin eine unangemessene Vorleistung gefordert wird.“ (BGH aaO)

Nach diesen Grundsätzen sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zur Zahlungspflicht der Klägerin und des Drittwiderbeklagten durch die Vereinbarung vom 11.03.2010 nicht individuell ausgehandelt worden.

„Auch die veränderte Zahlungsbedingung genügt den oben dargestellten Anforderungen des § 307 I, II Nr. 1 BGB nicht. Zwar waren die Klägerin und der Drittwiderbeklagte nunmehr berechtigt, 10,5 % des Kaufpreises bzw. des Werklohns zurückzubehalten. Das **reicht aber für einen sachgerechten Ausgleich** der jeweiligen Sicherungsinteressen der Parteien **nicht aus** (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 1984 - VII ZR 227/83, aaO, wo das Zurückbehaltungsrecht auf 10 % der Werklohnforderung beschränkt wurde).“ (BGH aaO)

Die Beklagte kann dem Nachbesserungsanspruch der Klägerin und des Drittwiderbeklagten daher nicht die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 I BGB entgegenhalten.

#### b) Vorliegen der Voraussetzungen des § 320 II BGB

„Die Voraussetzungen des § 320 II BGB liegen angesichts der festgestellten Mängel und des Umstandes, dass die Beklagte bereits den ganz überwiegenden Teil der Vergütung erhalten hat, ersichtlich nicht vor.“ (BGH aaO)

### c) Leistungsverweigerungsrecht nach § 321 BGB

Die Beklagte hatte sich gegenüber den Ansprüchen der Klägerin und des Drittwiderbeklagten auch auf die Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit berufen und damit die Vorleistungspflicht der Klägerin und des Drittwiderbeklagten begründet.

Nach § 321 I 1 BGB kann der vorleistungspflichtige Schuldner die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Vertragsabschluss erkennbar wird, dass der Anspruch auf die Gegenleistung durch die mangelnde Leistungsfähigkeit des Vertragspartners gefährdet wird (Unsicherheitseinrede).

*„Die Voraussetzungen dieses Leistungsverweigerungsrechts lagen ersichtlich nicht vor. Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte hatten zum 20.07.2010 bereits 80 % der vereinbarten Vergütung gezahlt und verlangten zu Recht die Beseitigung der Mängel.“* (BGH aaO)

Eine fällige und einrededfreie Leistungspflicht der Beklagte liegt damit vor.

## 2. Setzung einer angemessenen Frist zur Leistungserbringung, § 281 I 1 BGB

Grundsätzlich ist dem Schuldner, hier der Beklagten, nach § 281 I 1 BGB eine angemessene Frist für die Nachbesserung zu setzen. Diese ist aber nach § 281 II BGB entbehrlich, wenn die Beklagte die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.

*„Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn der Schuldner insbesondere durch seine Erklärungen und sein Verhalten **eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Verpflichtungen nicht nachkommen**, und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich durch eine Aufforderung zur Leistung umstimmen ließe. Die Erfüllungsverweigerung muss **das letzte Wort des Schuldners** zu seiner Leistungsbereitschaft sein (BGHZ 193, 315 Rn. 16 zum inhaltsgleichen § 323 Abs. 1 BGB; NJW 2009, 1813, 1816).“* (BGH aaO)

Durch das Schreiben vom 31.07.2010 in Verbindung mit den dem Schreiben vorhergehenden Verhandlungen hat die Beklagte eindeutig zum Ausdruck gebracht, zur Mängelbeseitigung nicht bereit zu sein. Die Beklagte hat in dem Schreiben mitgeteilt, die Mängelbeseitigungsarbeiten nur durchzuführen, wenn der noch ausstehende Restbetrag bar an ihre Mitarbeiter vor Beginn der Arbeiten gezahlt werde. Ansonsten würden die Mitarbeiter wieder abreisen.

*„Die Beklagte hat ihre Verpflichtung, der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten ein mangelfreies Werk zu verschaffen bzw. die Mängel der eingebauten Küche zu beseitigen, durch das Schreiben vom 31.07.2010 ernsthaft und endgültig verweigert (§ 281 Abs. 2 1. Fall BGB), so dass es einer **Fristsetzung** der Klägerin und des Drittwiderbeklagten zur mangelfreien Vertragserfüllung (§ 281 I 1 BGB) **nicht bedurfte**.“* (BGH aaO)

## 3. Erheblichkeit der Pflichtverletzung

Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wäre nach § 281 I 3 BGB ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung der Beklagten als unerheblich zu bewerten wäre.

*„Die Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung unerheblich im Sinne des § 281 I 3 BGB ist, erfordert eine umfassende Interessenabwägung (BGH, NJW-RR 2010, 1289 Rn. 23 zum inhaltsgleichen § 323 V 2 BGB; Palandt/Grüneberg, aaO, § 281 Rn. 47, § 323 Rn. 32; MünchKommBGB/Ernst, aaO, § 281 Rn. 147 f., § 323 Rn. 243 ff.).“*

*Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die **optischen Beeinträchtigungen** der Küche **erheblich** sind, die gesamte Küche deutlich wahrnehmbar schief eingebaut ist, die einzelnen Küchenteile **nicht bündig schließen**, die Arbeitsplatte auf der frei im Raum stehenden Küchenzeile unterschiedlich weit über dem Unterbau steht. Ob der **Schiefstand** auf Bodenunebenheiten zurückzuführen ist, hat das Berufungsgericht nicht aufgeklärt, da die Beklagte verpflichtet gewesen sei, auf Bodenunebenheiten hinzuweisen.“* (BGH aaO)

## 4. Vertretenmüssen

Die Beklagte muss ihre Pflichtverletzung nach § 280 I 2 BGB auch zu vertreten haben. Das Vertretenmüssen wird vermutet, fraglich ist, ob die Beklagte sich entlasten kann.

### a) Verantwortlichkeit der Klägerin

*Die Beklagte kann sich nicht auf eine **Verantwortlichkeit der Klägerin** und des Drittwiderbeklagten hinsichtlich des Schiefstands der eingebauten Küche berufen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Unternehmer dann **nicht** für den Mangel seines Werks **verantwortlich**, wenn dieser auf verbindliche **Vorgaben des Bestellers** oder von diesem **gelieferte Stoffe oder***

*Bauteile oder Vorleistungen anderer Unternehmer zurückzuführen ist und der Unternehmer seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat (BGHZ 174, 110 Rn. 21; BGH ZfBR 2005, 667). Das gilt entsprechend, wenn die Vereinbarung der Parteien als Kaufvertrag bewertet wird. Dann hätte die Beklagte ebenfalls die Verpflichtung übernommen, die Küche in den dazu vorgesehenen Raum einzupassen. Der Beklagten oblag es deshalb in jedem Fall, die Klägerin und den Drittwiderbeklagten auf den - möglicherweise - nicht geeigneten Untergrund hinzuweisen und Lösungsmöglichkeiten zu entwickeln. Dieser Pflicht ist die Beklagte nicht nachgekommen.“ (BGH aaO)*

**b) Entlastung der Beklagten wegen der irrigen Annahme eines Zurückbehaltungsrechts**

Die Beklagte hat nach § 276 II BGB die **Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt** zu vertreten.

*„Für einen Rechtsirrtum muss die Beklagte deshalb nur dann nicht einstehen, wenn sie trotz sorgfältiger Prüfung der Rechtslage ihren Irrtum nicht vermeiden konnte. Soweit die Beklagte mit der Prüfung der Rechtslage einen Rechtsanwalt beauftragte, entlastet sie das allein nicht, da sie sich ein Verschulden ihres Rechtsanwaltes über § 278 BGB zurechnen lassen muss (BGH, NJW 2007, 428, 430). Wesentlich ist deshalb, ob der bevollmächtigte Rechtsanwalt der Beklagten bei sorgfältiger Prüfung erkennen konnte, dass der Anspruch der Klägerin und des Drittwiderbeklagten auf Verschaffung eines mangelfreien Werks einredefrei bestand und fällig war (BGH, NJW 2011, 1063, 1065).*

*Dies ist zu bejahen. Im Juli 2010 waren die Fragen zur Leitbildfunktion des § 641 BGB und des § 320 I 1 BGB sowie zu den Voraussetzungen einer Individualvereinbarung hinreichend geklärt. Das hätte der bevollmächtigte Rechtsanwalt erkennen können.“ (BGH aaO)*

**5. Ergebnis**

Damit liegen die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nach § 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 BGB vor. *„Die Klägerin kann entsprechend ihrem Begehren als großen Schadensersatz die Rückabwicklung des Vertrages mit der Beklagten und zusätzlich (§ 325 BGB) die Erstattung von (Folge-)Kosten verlangen, die mit dem Einbau einer gleichwertigen Küche zusammenhängen (Palandt/Grüneberg, aaO, § 281 Rn. 18, 21). Im Termin vor dem Berufungsgericht haben die Parteien sich darauf verständigt, diese Kosten mit 2.000 € anzusetzen.“ (BGH aaO)*

**BGB**                    **Beurkundungskosten bei Verweigerung der Genehmigung**                    **ZivilR**  
**§ 311 II**                **aufschiebend bedingter Kaufvertrag mit vollmachtlosem Vertreter**  
                                  **(BGH in NJW 2013, 928; Urteil vom 09.11.2012 – V ZR 182/11 )**

1. Bei einem Grundstückskaufvertrag haftet auch die **vollmachtlos vertretene Vertragspartei** nicht schon dann auf Ersatz der vergeblichen Vertragskosten, wenn sie die als sicher erscheinende Genehmigung **ohne triftigen Grund verweigert**, sondern nur, wenn eine besonders schwerwiegende, in der Regel vorsätzliche Treupflichtverletzung vorliegt, etwa das **Vorspiegeln einer tatsächlich nicht vorhandenen Genehmigungsbereitschaft**.
2. Ist der Vertrag **aufschiebend bedingt**, haftet die Vertragspartei auch bei einer besonders schwerwiegenden Treupflichtverletzung auf Ersatz der vergeblichen Vertragskosten nur, wenn **anzunehmen** ist, dass die **Bedingung bei Erteilung der Genehmigung eingetreten** wäre.
3. Die gesetzliche Kostenregelung in § 448 II BGB setzt voraus, dass der Kaufvertrag wirksam wird.

**Fall:** Eine Investorin beabsichtigte, Truppenunterkünfte errichten zu lassen. Dazu sollte eine Kommanditgesellschaft als Projektgesellschaft mit der Bekl. als Komplementärin und der Investorin als Kommanditistin gegründet werden. Die Verhandlungen mit dem Kl. über den Ankauf der benötigten Grundstücke in einer Gesamtgröße von etwa 182 000 m<sup>2</sup> und die Errichtung der Unterkünfte führte der Geschäftsführer der Bekl., ein Rechtsanwalt. Ergebnis dieser Verhandlungen war der Entwurf eines Grundstückskaufvertrags, demzufolge der Kl. der Projektgesellschaft die Grundstücke zu einem Gesamtpreis von 75,5 Mio. Euro verkaufen, der Vertrag aber unter anderem „unter der aufschiebenden Bedingung [stehen sollte], dass die vom Käufer hinsichtlich des Kaufgegenstands durchgeführte so genannte due-diligence-Prüfung und Bewertung zufriedenstellend verläuft“. Bei der Beurkundung des Kaufvertrags war die Projektgesellschaft durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten. Der Vertrag wurde nicht genehmigt. Der Kl. zahlte die Notarkosten von 60 637,84 Euro und verlangte von der Bekl. die vollständige Erstattung. Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Bekl. hat die Verurteilung in Höhe der Hälfte der Klagesumme hingenommen und im Übrigen – wegen eines Betrags von 30 318,92 Euro nebst Zinsen – ohne Erfolg Berufung eingelegt (OLG Karlsruhe, Urt. v. 22. 6. 2011 – 7 U 77/10, BeckRS 2013, 01780). Das BerGer. leitete eine solche Verpflichtung der Bekl. aus § 280 I 1 i. V. mit §§ 241 II und 311 II Nr. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten ab. Diese habe die Bekl. schon dadurch verletzt, dass sie die Genehmigung des Vertrags ohne triftigen Grund verweigert hat. Wird die form- und fristgerecht eingelegte Revision Erfolg haben?

Die Bekl. ist rechtskräftig verurteilt, dem Kl. die Hälfte der vergeblich aufgewandten Beurkundungskosten – 30 318,92 Euro – zu ersetzen. Diese Verpflichtung ergibt sich aus § 426 I 1 BGB, weil nach den Feststellungen des BerGer. die Bekl. die Beurkundung veranlasst hat und nach §§ 2 Nr. 1, 5 I KostO für die Kosten mit dem Kl., der in der Urkunde Erklärungen abgegeben hat, gesamtschuldnerisch haftete. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist deshalb nur die Frage, ob die Bekl. verpflichtet ist, dem Kl. mehr als die Hälfte der Beurkundungskosten zu ersetzen.

### **I. Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 241 II, 311 II Nr. 1 BGB**

Ein Anspruch des Klägers auf Schadensersatz in Höhe weiterer 30.318,92 € könnte sich aus § 241 II, 311 II Nr. 1 BGB ergeben.

Ein Vertrag ist zwischen den Parteien nicht zustande gekommen. Allerdings könnte durch die stattgefundenen Vertragsverhandlungen ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 1 BGB entstanden sein, in welchem dann auch Nebenpflichten nach § 241 II BGB bestehen.

#### **1. Vorvertragliches Schuldverhältnis**

Ein vorvertragliches Schuldverhältnis entsteht nach § 311 II Nr. 1 auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen. Dies ist ohne weiteres anzunehmen, da es sogar zur Beurkundung eines Vertrages gekommen ist.

Daher ist zwischen den Parteien auch ohne wirksamen Vertragsschluss ein Schuldverhältnis entstanden.

#### **2. Pflichten aus dem Schuldverhältnis**

Aus einem solchen Schuldverhältnis haben die Beteiligten nach § 241 II BGB die Pflicht, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils Rücksicht zu nehmen.

### 3. Pflichtverletzung

Diese Pflichten könnte die Bekl. dadurch verletzt haben, dass sie nach der erfolgten Beurkundung des Vertrages diesen letztlich nicht genehmigt hat, was erforderlich war, da die sie vertretenden Person ohne Vertretungsmacht gehandelt hatte.

#### a) Kriterien für die Pflichtverletzung

„Im Rahmen der **Privatautonomie** hat jede Partei **bis zum Vertragsabschluss** das Recht, von dem in Aussicht genommenen Vertrag **Abstand zu nehmen**. Aufwendungen, die in Erwartung des Vertragsabschlusses gemacht werden, erfolgen daher grundsätzlich **auf eigene Gefahr** (BGH, NJW-RR 1989, 627 = ZIP 1989, 514 [515]; Emmerich, in: MüKomm-BGB, 6. Aufl., § 311 Rn 175). Nur wenn der **Vertragsschluss** nach den Verhandlungen zwischen den Parteien **als sicher anzunehmen** ist und in dem hierdurch **begründeten Vertrauen** Aufwendungen zur Durchführung des Vertrags vor dessen Abschluss gemacht werden, können diese vom Verhandlungspartner unter dem Gesichtspunkt der Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten zu erstatten sein, wenn er den Vertragsabschluss **später ohne triftigen Grund ablehnt** (BGH, WM 1969, 595 [597] = BeckRS 1969, 31169133; NJW 1975, 1774; BGHZ 76, 343 [349] = NJW 1980, 1683).“ (BGH aaO)

Eine Pflichtverletzung kann daher in der Verweigerung der Genehmigung des Vertrages nur gesehen werden, wenn die Kl. durch von der Bekl. begründetes Vertrauen sicher von einer Genehmigung ausgehen durfte und diese dann ohne triftigen Grund nicht erfolgt.

„[Allerdings löst] bei einem solchen Vertrag ... die Verweigerung der Mitwirkung an der Beurkundung durch einen Verhandlungspartner nicht schon dann Schadensersatzansprüche aus, wenn es an einem triftigen Grund dafür fehlt, sondern nur, wenn eine **besonders schwerwiegende, in der Regel vorsätzliche Treuepflichtverletzung** vorliegt, wie sie beispielsweise beim Vorspiegeln einer tatsächlich nicht vorhandenen Abschlussbereitschaft gegeben ist. Begründete schon das Fehlen triftiger Gründe für die Verweigerung der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags die Haftung des Verhandlungspartners, bedeutete das nämlich einen **indirekten Zwang zum Abschluss** des Vertrags. Ein solcher Zwang liefe dem Zweck der Formvorschrift des § 311 b BGB zuwider, nach der wegen der objektiven Eigenart des Vertragsgegenstands eine **Bindung ohne Einhaltung der Form verhindert** werden soll (BGH, NJW 1975, 43 [44]; WM 1982, 1436 [1437] = BeckRS 1982, 31073552 und NJW 1996, 1884 [1885]). Entschieden ist das bisher für Fälle, in denen der Verhandlungspartner die Mitwirkung an der Beurkundung verweigert hat. Für die hier vorliegende Konstellation, dass der Verhandlungspartner bei der Beurkundung durch einen vollmachtlosen Vertreter vertreten wird und die Genehmigung des Vertrags verweigert, gilt nichts anderes. Denn nach der Vorschrift des **§ 311 b BGB soll eine Bindung erst und nur eintreten**, wenn der aus dem Vertrag Verpflichtete die zu seiner Bindung **erforderlichen Erklärungen formgerecht abgegeben**, bei einem Abschluss durch vollmachtlosen Vertreter also den Vertrag formgerecht genehmigt hat. Das BerGer. durfte deshalb nicht bei der Feststellung stehen bleiben, triftige Gründe für die Verweigerung der Genehmigung des Vertrags lägen nicht vor. Es musste **vielmehr feststellen**, ob die Bekl. über die Verweigerung der Genehmigung ohne triftigen Grund hinaus ihre **Treuepflichten besonders schwerwiegend verletzt hat**.“ (BGH aaO)

#### b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist daher, ob hier eine solche besonders schwere Verletzung von Treuepflichten angenommen werden kann.

##### aa) Einseitige Bindung der Kl.

Eine solche Treuepflichtverletzung könnte darin gesehen werden, dass die Bekl. mit dem Vertragsschluss durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht im Ergebnis eine einseitige Bindung des Kl. bis zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung erreicht hat, die dieser vermeiden wollte. Hierin kann eine schwere Verletzung von Treuepflichten nicht gesehen werden.

„Denn darauf hat sich der Kl. **sehenden Auges eingelassen**.“ (BGH aaO)

##### bb) Vorspiegeln der Genehmigungsbereitschaft

„Eine besonders schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht wird vielmehr nur angenommen werden können, wenn die Käuferin dem Kl. eine **tatsächlich nicht vorhandene Bereitschaft**, das Handeln des vollmachtlosen Vertreters zu genehmigen, **vorgespiegelt** oder das Auftreten

des vollmachtlosen Vertreters mit dem Kl. abgesprochen und die **Erteilung der Genehmigung sicher in Aussicht gestellt** hätte oder wenn sich ein ähnlich schwerwiegender Treubruch feststellen ließe. Dabei kommt es nicht auf die Vorstellungen des Kl., sondern darauf an, wie ein Verkäufer in der Lage des Kl. Äußerungen oder aussagekräftiges Verhalten der Käuferin bei objektiver Betrachtung verstehen musste. Zu berücksichtigen ist auch, ob der beurkundete Vertrag dem verhandelten Entwurf entsprach oder ob er bei dem Notartermin gegenüber dem Entwurf noch nennenswerte inhaltliche Änderungen erfahren hat. Im zweiten Fall könnte die Verweigerung der vor dem Termin in Aussicht gestellten Genehmigung nur bei Vorliegen zusätzlicher Umstände als besonders schwerwiegende Treupflichtverletzung angesehen werden.“ (BGH aaO)

Ob dies der Fall ist, wurde von der Tatsacheninstanz nicht geprüft und kann daher erst nach Zurückverweisung entschieden werden.

### cc) weitere Faktoren für Wirksamkeit des Vertrages

Selbst wenn eine solche Verletzung der Treupflicht in der neuen Verhandlung dargelegt und nachgewiesen werden sollte, führte das nicht ohne Weiteres zu einer Haftung der Bekl.

„Den dargestellten Grundsätzen der **Haftung auf Schadensersatz wegen Verweigerung des Vertragsschlusses ohne triftigen Grund** liegt der Gedanke zu Grunde, dass der Vertrag nur an der verweigerten Mitwirkung am Vertragsschluss durch die andere Vertragspartei scheitert. Hier liegt indessen der Sonderfall vor, dass das Zustandekommen des Vertrags nicht allein von der Erteilung der Genehmigung abhing. Der Vertrag sollte nämlich unter anderem **unter der aufschiebenden Bedingung** stehen, dass die von der Käuferin vorgesehene due-diligence-Prüfung und Bewertung zufriedenstellend verliefen. Er wäre deshalb nicht schon mit der Genehmigung durch die vollmachtlos vertretene Käuferin wirksam geworden, sondern erst mit dem Eintritt dieser und der weiteren Bedingungen. Dann aber kommt eine **Haftung auf Ersatz vergeblicher Vertragskosten nur in Betracht**, wenn davon auszugehen ist, dass bei Mitwirkung der Bekl. am Vertragsschluss die **aufschiebenden Bedingungen**, unter denen der Vertrag stehen sollte, **eingetreten wären**.“ (BGH aaO)

Der Kl. müsste daher substantiiert darlegen und beweisen, dass der Vertrag wirksam geworden wäre.

## II. Anspruch auf Übernahme der vollständigen Beurkundungskosten nach § 448 II BGB

Darüber hinaus könnte sich eine Pflicht des Kl. zum Ersatz der Vertragskosten auch aus der im Vertrag enthaltenen Regelung ergeben, dass die Kosten des Vertrags von dem Käufer getragen werden.

„Allerdings setzen die gesetzliche Kostenregelung in § 448 II BGB und dieser entsprechende vertragliche Regelungen voraus, dass der **Vertrag (erst einmal) wirksam** wird (Erman/Grunewald, BGB, 13. Aufl., § 448 Rn. 6 a. E.; Leible, in: JurisPK-BGB, 5. Aufl., § 448 Rn. 23; H. P. Westermann, in: MüKo-BGB, 6. Aufl., § 448 Rn. 11 a. E.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 72. Aufl., § 448 Rn. 6; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 449 Rn. 2; a. M. Jauernig/C. Berger, BGB, 14. Aufl., § 448 Rn. 3 a. E.; Saenger, in: HK-BGB, 7. Aufl., § 448 Rn. 4 a. E.). Bei der Rückabwicklung eines nichtigen Vertrags könnte der Käufer die von ihm getragenen Vertragskosten zwar nicht dem Verkäufer anlasten (BGH, BGHZ 116, 251 [256] = NJW 1992, 1037). Daraus folgt aber nicht, dass er unabhängig von dem Zustandekommen des Vertrags verpflichtet wäre, sie allein zu tragen. Es bleibt vielmehr bei seiner gesamtschuldnerischen Verpflichtung mit dem Verkäufer nach Maßgabe von §§ 2 Nr. 1, 5 I KostO und dem im Grundsatz hälftigen Gesamtschuldnerinnenausgleich nach § 426 I BGB.“ (BGH aaO)

Allerdings könnte hier auch etwas anderes vereinbart sein. Die auf konkret festzustellende Umstände zu stützende Auslegung des Kaufvertrags kann ergeben, dass die vertragliche Kostenregelung ausnahmsweise unabhängig von dem Zustandekommen des Vertrags gelten sollte.

„Die Parteien können eine **gesonderte Vereinbarung** darüber getroffen haben, dass der Käufer die Beurkundungskosten **auch dann tragen** soll, wenn der **Vertrag im Übrigen nicht wirksam** wird (vgl. OLG Köln, MDR 1974, 136 [137]; Staudinger/Beckmann, BGB, Neubearb. 2004, § 448 Rn. 22), oder dass die Notarkosten in ihrem Innenverhältnis als Gesamtschuldner anders verteilt werden sollen, als das der Regel des § 426 I BGB entspricht. Der Kl. hat eine Kostenfreistellungszusage der Bekl. behauptet und unter Beweis gestellt. Dem wird nachzugehen sein.“ (BGH aaO)

**Ergebnis:** Das Urteil des Berufungsgerichts war daher fehlerhaft und aufzuheben. Allerdings ist die Sache nicht entscheidungsreif. Die Revision war daher nur vorläufig erfolgreich und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.



StGB  
§ 184b II, V

## Weitergabe kinderpornografischer Daten durch Strafverteidiger

StGB

(OLG Frankfurt a. M. in NJW 2013, 1107; Beschluss vom 02.11.2012 – 2 Ws 114/12)

1. Die **Weitergabe kinderpornografischer Bilder** durch einen **Strafverteidiger** an seinen Mandanten ist nach **§ 184b II StGB strafbar**.
2. Auch die **Weitergabe kinderpornografischer Daten** an einen von der **Verteidigung beauftragten „Sachverständigen“** ist nach **§ 184b II StGB strafbar**.

**Fall:** Der angeklagte Rechtsanwalt hat als Verteidiger des gesondert Verfolgten A einen Untersuchungsbericht, der 108 kinderpornografische Abbildungen enthielt, auf einen von dem Besch. A ihm zu diesem Zweck überlassenen USB-Stick digital kopiert und ihm den USB-Stick übergeben. Bei den 108 kinderpornografischen Abbildungen handelte es sich um die Bilder, die Gegenstand des Vorwurfs gegen A sind.

Außerdem hat er die eingescannten Gutachten und Berichte der von der StA mit der Datenanalyse der sichergestellten Festplatte beauftragten Sachverständigen aus dem Verfahren gegen den Besch. A dem gesondert Verfolgten B in dessen Büro übersandt. Darin enthalten waren 147 kinderpornografische Abbildungen, was der Angekl. wusste. B war von dem Angekl. beauftragt worden, die Datenanalysegutachten der Festplatte des PC des Besch. A zu überprüfen. Die StA ist der Ansicht, der gesondert Verfolgte B habe weder die erforderliche forensische Ausbildung noch eigene Erfahrungen durch forensische Auswertung von Datenträgern, um ein entsprechendes Gutachten zu erstellen.

### I. Die **Weitergabe kinderpornografischer Bilder** durch den **angeklagten Rechtsanwalt** an **seinen Mandanten** ist nach **§ 184b II StGB strafbar**.

1. Der **Gesetzgeber** hat nach dem **Wortlaut des § 184b II StGB** jegliche Handlung, die einem Dritten Besitz von kinderpornografischen Material verschafft, verboten und i. V. mit § 184b IV StGB für dieses Material ein **absolutes Verkehrsverbot** konstituiert.

*„Zur Begründung hat der Gesetzgeber u. a. ausgeführt, dass derjenige, der sich Kinderpornografie verschafft oder weitergibt, damit den Kindesmissbrauch fördert (vgl. BT-Dr 12/709; vgl. zum 27. StrafrechtsänderungsG Schroeder NJW 1993, 2581). Dieses **absolute gegen jedermann wirkende Besitz- und Verkehrsverbot** wird **ausschließlich durch § 184b V StGB durchbrochen**, und zwar vom Wortlaut nicht als Rechtfertigungsgrund, sondern als eigenständige Berechtigungsnorm. Danach ist der Besitz und damit verbunden die vorherige Besorgung bzw. Weitergabe kinderpornografischen Materials i. S. des § 184 b II, IV StGB dann erlaubt, wenn dies ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dient. Der zur Besitzweitergabe/-verschaffung berechnete Personenkreis wird damit kraft Gesetzes abschließend auf Personen beschränkt, die mit dem inkriminierten Material auf Grund von **dienstlichen oder beruflichen Pflichten** zu tun haben müssen. Das sind in erster Linie die Gerichte, die Strafverfolgungsbehörden und die Verteidigung, aber auch sonstige Personen in Erfüllung eines rechtmäßigen beruflichen Auftrags. Damit hat der Gesetzgeber alle sonstigen Rechtfertigungsgründe, u. a. auch das einem rechtsstaatlichen Verfahren immanente Recht auf sachgerechte Verteidigung, zusammengefasst, zu einem Erlaubnistatbestand aufgewertet und sowohl was den berechtigten Personenkreis angeht als auch den Umfang ihrer Rechte abschließend geregelt.“* (OLG Frankfurt a.M. aaO)

2. Daraus folgt, dass die nach § 184b II StGB verbotene **Weitergabe kinderpornografischer Bilder** durch den Angekl. an seinen Mandanten **nicht durch § 184b V StGB erlaubt** ist, denn der Angekl. gehört weder nach dem Gesetz zum berechtigten Personenkreis noch hat er ein gesetzlich anerkanntes „berufliches Recht“ auf den Besitz kinderpornografischen Materials.

- a) Ein solches Recht kann ihm nicht unter dem Gesichtspunkt „**sachgerechter Verteidigung**“ durch den Verteidiger eingeräumt werden, selbst wenn dieser das inkriminierte Material im Rahmen „seiner beruflichen“ Verteidigerpflichten berechtigt besitzen darf.

*„Das **Privileg aus § 184b V StGB** gilt nach dem Wortlaut der Vorschrift **„ausschließlich“** für die **jeweils berechnete Person** und **begründet** damit ein **nur persönlich wirkendes Erlaubnisrecht**, das lediglich die Berufshelfer (z. B. Büroangestellte, Geschäftsstellen, vgl. § 53a StPO) mitumfasst. Der Begriff „**ausschließlich**“ soll sicherstellen, dass die **Ausübung der Dienst- oder Berufspflicht** der einzige Grund für den Besitz kinderpornografischer Darstellungen sein darf (BT-Dr 12/4883, S. 9). Damit ist jegliche abgeleitete Berechtigung und jede Weitergabe der Privilegierung gesetzlich ausgeschlossen.*

*Die **sachgerechte Verteidigung** des Betroffenen ist **dadurch** auch **nicht eingeschränkt**. Der Beschuldigte hat, um sich sachgerecht verteidigen zu können, das Recht auf Weitergabe erlangter*

*Kenntnisse aus der Akte. Der Beschuldigte muss wissen, worauf sich der gegen ihn erhobene Vorwurf stützt, muss die Möglichkeit haben, mit dem Verteidiger seine Verteidigungsstrategie zu besprechen und seinen Verteidiger zu informieren, wie er sich auf Grundlage der gegen ihn erhobenen Vorwürfe auf Basis der bekannten Beweislage dazu einlassen wird. Der Verteidiger ist deshalb i. d. R. berechtigt und verpflichtet, dem Beschuldigten zu Verteidigungszwecken mitzuteilen, was er aus den Akten erfahren hat (BGHSt 29, 99 = NJW 1980, 64 m. w. Nachw.). Diese Kenntnisvermittlung aus der Akte ist aber nicht gleichzusetzen mit Besitzverschaffung und gebietet nicht die Überlassung kinderpornografischer Materials.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)*

- b) Das Recht des Verteidigers als Organ der Rechtspflege, im Umfang des **§ 147 StPO** zur sachgerechten Verteidigung **Akteneinsicht** zu erhalten, wozu als Unterfall der Akteneinsicht auch die Herstellung von Kopien der Ermittlungsakten durch den Verteidiger gehören kann (Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 147 Rn 6 m. w. Nachw.), steht nicht dem Beschuldigten zu.

*„Der Beschuldigte hat nur das Recht auf Einsicht in die Akten auf der Geschäftsstelle und die aus §147 VII StPO folgenden Rechte. Für den Fall, dass der Beschuldigte seine sachgerechte Verteidigung nicht selber wahrnehmen kann (z. B. gerade wegen fehlenden Akteneinsichtsrechts), sieht die StPO deshalb vor, dass ihm in diesem Fall die **Kenntniserlangung durch einen Pflichtverteidiger vermittelt** werden muss (Meyer-Goßner, § 147 Rn 4, § 140 Rn 27 m. w. Nachw.). Hat der Beschuldigte schon im „Normalfall“ **kein Recht auf Aktenüberlassung** (vgl. BGHSt 29, 99 = NJW 1980, 64), so steht ihm eine solche wegen des absoluten Verkehrsverbots aus § 184b II und IV StGB in Bezug auf kinderpornografisches Material rechtlich erst recht nicht zu.*

*Die Überlassung ist unabhängig von der Folge, dass dann derjenige das inkriminierte Material zurückerhalten würde, das ihm vorher gerade berechtigterweise weggenommen wurde und dessen Besitz ihm in seinem Verfahren vorgeworfen wird, auch im Tatsächlichen nicht notwendig. Ob es sich bei den Bildern tatsächlich um Handlungen an Kindern i. S. des § 184b StGB handelt, kann der Beschuldigte durch Akteneinsicht – ggf. bei der StA oder seinem Verteidiger – überprüfen; zu besitzen braucht er die kinderpornografischen Bilder dafür nicht. Benötigt der Beschuldigte das Auswertungsgutachten der bei ihm gefundenen Festplatte, um dieses in Ruhe studieren zu können, kann ihm, wenn keine anderen Gründe entgegenstehen, das Gutachten in Kopie von der StA überlassen werden; die Bilder sind allerdings vorher zu entfernen oder zu schwärzen.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)*

## II. Auch die **Weitergabe der kinderpornografischen Daten an den von der Verteidigung beauftragten B** ist nach **§ 184b II StGB** strafbar.

1. **§ 184b V StGB** erlaubt dem Verteidiger nicht die Weitergabe kinderpornografischer Bilder an einen Dritten und zwar selbst dann nicht, wenn dieser ebenfalls nach § 184b V StGB privilegiert wäre.

*„Dieses Recht und die damit verbundenen Überprüfungspflichten steht i. V. mit § 147 I Halbs. 2, V StPO im Ermittlungsverfahren **ausschließlich der StA** zu.*

*§ 184b V StGB erlaubt nur das Verschaffen kinderpornografischer Daten „in Erfüllung rechtmäßiger beruflicher Pflichten“ von oder an einen nach § 184b V StGB privilegierten Berechtigten. Die Weitergabe des kinderpornografischen Materials durch den Verteidiger an einen von ihm beauftragten Dritten, der selber unter die Privilegierung fallen muss, muss danach in den Kanon seiner Berufspflichten fallen. Indem die Erlaubnisnorm von „rechtmäßigen beruflichen Pflichten“ spricht, nimmt sie zur Bestimmung der Berufspflichten die allgemeine Rechtslage in Bezug; mithin das gesamte Prozessrecht und die dort dem Verteidiger gewährten Rechten und Pflichten. Für die hier relevante Frage der Weitergaben von Verfahrensakten und Beweismitteln mit kinderpornografischem Inhalt ist dies insbes. § 147 StPO, der die Einsichts- und Weitergaberechte von Verfahrensakten und Beweismitteln regelt.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)*

2. Bei **kinderpornografischem Material** handelt es sich rechtlich um **Beweismittel i. S. des § 147 I und IV StPO**, woran weder die Besonderheit ihrer Duplizierbarkeit noch die Verschriftlichung oder Verbildlichung im Rahmen eines „Auswertungsgutachtens“ etwas ändert und zu dessen Weitergabe der Verteidiger, selbst wenn er das Beweismittel ausnahmsweise überlassen bekommen hat, schon generell nicht berechtigt ist (§ 147 I, IV StPO).

*„Die „eingescannten Gutachten“ zweier Sachverständiger, die der Angekl. an den gesondert Verfolgten B weitergegeben haben soll, **enthalten die Verschriftlichung/Verbildlichung der Daten auf der sichergestellten Festplatte**, die für sich allein nicht sichtbar sind, sondern erst durch externe Geräte umgewandelt werden müssen. Rechtlich handelt es sich sowohl bei den Daten auf der Festplatte als auch ihrer Umwandlung in eine prozessual verhandlungsfähige Form als „Auswertungsgutachten“ um **Beweismittel**. Durch die Verschriftlichung/Verbildlichung **ändert sich die Rechtsnatur als Beweismittel nicht** (vgl. Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 147 Rn 111 ff., insb. Rn 112, 115, 117 m. w. Nachw.). Hier gilt insoweit nichts anderes als bei ebenfalls duplizierbaren Tonband-, Video- oder Filmaufnahmen. **Herrin der***

**Beweismittel** und damit allein verfügungsberechtigt **ist im Ermittlungsverfahren die StA** (§ 147 I Halbs. 2, V StPO). Erst wenn die durch die Besichtigung erfolgte Informationsvermittlung nicht ausreichend ist, folgt aus dem Anspruch auf sachgerechte Verteidigung gegebenenfalls ein Anspruch des Verteidigers auf Herstellung einer Kopie bzw. einer Verschriftlichung/Verbildlichung (vgl. OLG Frankfurt a. M. StV 2001, 611; LG Bonn StV 1995, 632; Löwe/Rosenberg, § 147 Rn 117; Meyer-Goßner, § 147 Rn 19 m. w. Nachw.).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

3. Dass dem Angekl. die Auswertungsgutachten von der StA ausgehändigt worden sind, da ansonsten mangels Kenntnis des Inhalts der Festplatte, auf der der Vorwurf gegen seinen Mandanten gründet, keine sachgerechte Verteidigung möglich ist, berechtigt ihn nach § 147 I StPO i. V. mit § 184b V StGB nicht dazu, diese höchst inkriminierten Daten von Dritten, die dem **Kernbereich des Persönlichkeitsrechts** zuzuordnen sind, seinerseits weiterzugeben (vgl. BGH NJW 2006, 1890 = NStZ 2006, 394, zum Verbot der Kopie kinderpornografischer Bilder im Urteil).

„§ 147 StPO konstituiert, dass diese **Beweisdaten im Ermittlungsverfahren nur von der StA angefordert und von dieser weitergegeben werden dürfen**. Das Verteidigerprivileg der Aktenüberlassung und erst recht der ohnehin nur in Ausnahmefällen bestehenden Beweismittelüberlassung ist ein persönliches Recht, das durch den Status als Organ der Rechtspflege begründet wird und nicht übertragbar ist.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

4. Dass im Ermittlungsverfahren nur die StA grds. darüber entscheiden darf, an wen berechtigterweise Beweismittel und vorliegend insbesondere kinderpornografisches Material herausgegeben werden darf, stellt auch **keine Beschränkung der sachgerechten Verteidigung** dar.

„Die dem Verteidiger nach dem Gesetz zustehenden Rechte können uneingeschränkt wahrgenommen werden (§§ 147 V 2, 244 StPO). Dass ein Strafverteidiger nicht nach eigenem Gutdünken über fremde Daten verfügen darf, ist nichts Neues, unter anderem unter den Voraussetzungen der §§ 43, 44 BDSG bereits unzulässig und wegen der besonderen Brisanz kinderpornografischer Bilder lediglich mit einem absoluten Verkehrsverbot belegt und gesondert unter Strafe gestellt.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

5. Die Rollenverteilung und die damit einhergehenden Rechte und Pflichten sollen dem **Schutz des Verteidigers** dienen und eine **sachgerechte Verteidigung ermöglichen**.

„Der vom Angekl. benannte B verfügt weder über die erforderliche berufliche Sachkunde zur Bewertung eines Auswertungsgutachtens eines Datenträgers, noch bietet er in seiner Person die Gewähr **sachgerechten Umgangs mit Beweismitteln**.“

[Es ist] ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass B überhaupt das kinderpornografische Bildmaterial zur „Erfüllung rechtmäßiger beruflicher Pflichten“ benötigt. Erstreckt sich der Auftrag der Verteidigung darauf, das Gutachten bzgl. der ausgewertete Festplatte zu überprüfen, ist dafür i. d. R. die **Einsicht in die Verbilderung des sexuellen Missbrauchs** an den Kindern selbst **nicht notwendig**. Die Dateinamen und die dazugehörigen „Logdaten“ (Verkehrsdaten) unterliegen ohnehin nicht dem Verkehrsverbot des § 184b StGB.

Ein Strafverteidiger geht bei **Einhaltung der prozessualen Regeln** auch kein Risiko strafbaren Verhaltens ein. Er kann jederzeit einen Dritten mit der Datenanalyse beauftragen. Dieser Dritte muss lediglich tatsachenfundiert seine Qualifikation darlegen und den Umfang der für seinen Auftrag notwendigen Beweismittelüberlassung darlegen (für den gerichtlichen Sachverständigen vgl. § 80 StPO). Im Rahmen dieser Darlegung entscheidet die StA im Ermittlungsverfahren als Herrin der Beweismittel und nicht der Verteidiger über die Überlassung von Beweismittelkopien. Die Beweismittelsicht mit dem Verteidiger oder bei dem Verteidiger, soweit diesem die Beweismittel überlassen worden sind, ist davon ohnehin nicht betroffen. Lehnt die StA die Überlassung des Beweismittels an den „Dritten“ ab, stehen der Verteidigung die normalen prozessualen Rechte zur Verfügung.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

(BGH in NJW 2013, 1158; Urteil vom 19.12.2012 – VIII ZR 302/11)

Der Straftatbestand der **leichtfertigen Geldwäsche** nach § 261 I, II, V StGB ist ein **Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB** zu Gunsten der durch den Betrug Geschädigten.

**Fall:** Der geschädigte K. bestellte bei einem – wie sich später herausstellte – fiktiven Online-Shop („g.de“) gegen Vorkasse eine Digitalkamera und überwies den Kaufpreis anweisungsgemäß auf das auf der Website des Online-Shops angegebene Konto der Angekl. bei der Postbank. Die Kamera wurde nicht geliefert. Der Verkäufer blieb unbekannt. Die Angekl. hatte ihr Girokonto über das Internet an eine als Online-Händler auftretende Person namens „T“ für monatlich 400 Euro „vermietet“ und dieser unbekannt gebliebenen Person (im Folgenden: T) die Online-Zugangsdaten für ihr Konto offenbart, nachdem T die erste Monatsmiete von 400 Euro an die Angekl. überwiesen hatte. Auf dem Konto gingen in kurzer Zeit 158 Zahlungen in Höhe von insgesamt 51.860,10 Euro ein, die von dort sukzessive weitergeleitet wurden. Die Angekl. hob von dem Konto die erste Miete von 400 Euro sowie einen weiteren Betrag von 2.000 Euro ab, den ihr T auf Grund einer gesonderten Vereinbarung als Darlehen zur Verfügung gestellt hatte. Nachdem die Angekl. auf Grund von bei ihr eingegangenen Beschwerden enttäuschter Käufer selbst Strafanzeige erstattet hatte, gelang es der Postbank, einen in die Türkei überwiesenen Teilbetrag von rund 16.000 Euro auf das Konto der Ankl. zurückzuholen.

- I. Die Angekl. hat sich der **leichtfertigen Geldwäsche gem. § 261 I und V StGB** schuldig gemacht, indem sie ihr Girokonto für den Empfang, den vorübergehenden Aufenthalt und die spätere Weiterleitung der durch gewerbsmäßigen Betrug erlangten Gelder zur Verfügung gestellt und dadurch das Auffinden der auf ihr Konto überwiesenen Beträge vereitelt oder gefährdet hat.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der **Straftatbestand des § 261 I StGB** bei gewerbsmäßigem Betrug als Vortat ein **Gesetz i. S. des § 823 II BGB** ist, das auch den **Schutz des Vermögens der durch den Betrug Geschädigten** bezweckt.

1. In der **Gesetzesbegründung** zum Straftatbestand der Geldwäsche wird zwar nur im Hinblick auf die Tatbestandsalternativen des § 261 II StGB ausdrücklich darauf hingewiesen, dass durch diese Strafvorschrift sowohl das durch die Vortat verletzte Rechtsgut – hier: das Vermögen der durch den gewerbsmäßigen Betrug Geschädigten – als auch die Rechtspflege geschützt werden sollen (BT-Dr 12/989, S. 27).

Dementsprechend ist **§ 261 II StGB** nach **einheitlicher Auffassung** ein Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB (OLG Frankfurt a. M. OLGR 2004, 209; OLG Schleswig OLG-Report 2007, 800; OLG Zweibrücken MMR 2010, 346; KG NJOZ 2010, 2164 = WM 2010, 312 m. w. Nachw.).

2. Für **§ 261 I StGB** gilt im Hinblick auf § 823 II BGB nichts anderes (a. A. KG NJOZ 2010, 2164 = WM 2010, 312 m. w. Nachw.).

*„Dieser Grundtatbestand der Geldwäsche stellt Handlungen unter Strafe, die den Zugriff der Strafverfolgungsorgane auf Gegenstände aus bestimmten Straftaten verhindern und erschweren; geschützt werden soll die Aufgabe der inländischen staatlichen Rechtspflege, die Wirkungen von Straftaten zu beseitigen“ (BT-Dr 12/989, S. 26f.). Dazu gehört auch die Wiedergutmachung eines durch die Vortat entstandenen und durch die Geldwäsche perpetuierten Schadens auf dem Zivilrechtsweg. Denn die Wirkungen von Straftaten können mit Hilfe der Rechtspflege nur dann wirksam beseitigt werden, wenn nicht nur der Staat beim Geldwäscher auf die inkriminierten Gegenstände – durch Anordnung von Verfall oder Einziehung (§§ 73 ff. StGB) – zugreifen kann, sondern zugleich auch der durch die Vortat Geschädigte effektiv die Möglichkeit hat, zivilrechtliche Schadensersatzansprüche gegenüber dem Geldwäscher geltend zu machen und gerichtlich durchzusetzen.*

*Auch dieses Interesse des Geschädigten an der Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegen den Vortäter wird von § 261 I StGB geschützt. Denn nach dieser Vorschrift macht sich auch strafbar, wer die Sicherstellung des Geldwäschegegenstands vereitelt oder gefährdet. Die Sicherstellung gem. §§ 111b ff. StPO dient nicht nur dazu, den Verfall oder die Einziehung zu sichern, sondern auch zur Sicherung der – gegenüber dem Verfall vorrangigen (§ 73 I 2 StGB) – Ersatzansprüche des Geschädigten (§ 111b V StPO). Dementsprechend ist im vorliegenden Fall das Guthaben auf dem Konto der Angekl. – gestützt auch auf § 261 I StGB – im Wege der Rückgewinnungshilfe zu Gunsten der Geschädigten durch Beschlagnahme sichergestellt worden.“ (BGH aaO)*

3. Dafür, dass nicht nur § 261 II StGB, sondern auch § 261 I StGB – jedenfalls auch – dem **Individualinteresse** der durch die Vortat Geschädigten dient und damit ebenfalls ein Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB ist, spricht schließlich, dass es sich bei § 261 II gegenüber § 261 I StGB um einen Auffangtatbestand für die Fälle handeln soll, in denen die engeren Voraussetzungen des Abs. 1 nicht erfüllt sind (BT-Dr 12/989, S. 27).

*„Der **Schutzzweck dieser Erweiterung des Geldwäschetatbestands**, der auch das durch die Vortat verletzte Rechtsgut umfasst (BT-Dr 12/989, S. 27), muss **auch – erst recht – für den Kernbereich der Geldwäsche** (§ 261 I StGB) gelten. Denn es wäre widersinnig, wenn der Auffangtatbestand, der lediglich Lücken füllen soll, einen weitergehenden Schutzzweck hätte als der Grundtatbestand. Hinzu kommt, dass sich die Handlungsalternativen der Abs. 1 und 2 teilweise überlappen. Es wäre daher nicht nachvollziehbar, wenn nur durch die Strafbarkeit der Handlungen des Abs. 2 (verschaffen, verwahren, verwenden) auch das Rechtsgut der Vortat geschützt werden sollte, nicht aber durch die Handlungen des Abs. 1 (verbergen, verschleiern etc.).“* (BGH aaO)

- II. Des Weiteren hat die Angekl. durch ihr Verhalten leichtfertig auch den Straftatbestand des **§261 II und V StGB** erfüllt.

Die Angekl. hat nicht nur das **Auffinden der durch gewerbsmäßigen Betrug erlangten Gelder vereitelt oder gefährdet** (§ 261 I StGB), sondern hat durch ihr Verhalten die auf ihr Konto überwiesenen Beträge in der Zeit zwischen deren Eingang und Weiterleitung auch **verwahrt**, soweit sie diese nicht – wie die abgehobenen Beträge von 400 Euro und 2.000 Euro – für sich verwendet hat (§ 261 II Nr. 2 StGB).

1. „**Verwahren**“ bedeutet – bei Sachen – die bewusste Ausübung des Gewahrsams oder unmittelbaren Besitzes (BGH NStZ 2012, 321 m. w. Nachw.; Schmidt/Krause, LK-StGB, 12. Aufl., § 261 Rn 21).

**Tatobjekt der Geldwäsche** sind aber nicht nur Sachen, sondern **alle Vermögensgegenstände**, also auch Forderungen und sonstige Rechte (Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 261 Rn 4 m. w. Nachw.). Für das Verwahren von Forderungen kommt es deshalb darauf an, ob der Täter eine der **unmittelbaren Sachherrschaft** entsprechende **tatsächliche Verfügungsgewalt** über die Forderung hat (vgl. Altenhain, NK-StGB, 3. Aufl., § 261 Rn 115).

2. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, denn die Angekl. hatte die tatsächliche Verfügungsgewalt über die auf ihr Konto überwiesenen Beträge, d. h. über die daraus entstandenen Forderungen gegenüber der Bank.

*„Denn sie war als Kontoinhaberin gegenüber der Bank weiterhin uneingeschränkt befugt, über die auf ihrem Konto vorübergehend „geparkten“ Guthaben zu verfügen; die interne Vereinbarung mit T über die Vermietung ihres Kontos ändert daran nichts. Die durch gewerbsmäßigen Betrug erlangten Gelder sind auf Grund dieser Vereinbarung und damit nicht „ohne Zutun“ der Bekl. (vgl. dazu BGH NStZ 2012, 321) in deren Herrschaftsbereich gelangt.*

*Auch der **Verwahrungsvorsatz** der Angekl. wird durch den mit T geschlossenen „Mietvertrag“ dokumentiert. Denn in dieser Vereinbarung hatte sich die Angekl. verpflichtet, die auf ihrem Konto eingehenden Beträge nicht unberechtigt vom Konto zu nehmen, sondern unangetastet zu lassen. Sie hat diese Beträge damit bis zu deren Weiterleitung verwahrt i. S. des § 261 II Nr. 2 StGB (vgl. OLG Zweibrücken MMR 2010, 346).*

*Darüber hinaus hat die Angekl. die erste Monatsmiete von 400 Euro und den Darlehensbetrag von 2.000 Euro, den sie nach den Vereinbarungen mit T vom Konto abheben durfte, für sich verwendet und damit ebenfalls den Straftatbestand des § 261 II Nr. 2 StGB erfüllt; zugleich hat sie diese Beträge sich **verschafft** (§ 261 II Nr. 1 StGB).“* (BGH aaO)

GG

**Erhebung von Daten bei Vereinsverbot**

VerfR

Art. 2 I, 1 I **Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Anhörungspflicht**

(BVerwG in NVwZ 2013, 521; Beschluss vom 29.01.2013 – 6 B 40/12)

Die verwaltungsgerichtliche Ermittlung von Daten im Rahmen der Überprüfung eines Vereinsverbots hat dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung genügende gesetzliche Grundlagen in den allgemeinen verwaltungsprozessualen Bestimmungen der §§ 86 I, 99 I VwGO und in speziellen Ermächtigungen wie § 474 I StPO.

**Fall:** Der Kl. ist ein nicht eingetragener Verein mit Sitz in Flensburg. Er ist Teil der „Hells Angels“-Bewegung. Durch Verfügung vom 21.04.2010 stellte das beklagte Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein fest: Der Zweck und die Tätigkeit des Kl. liefen den Strafgesetzen zuwider. Der Kl. richte sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung. Er sei deshalb verboten und werde aufgelöst. Das Vermögen des Kl. sowie näher bezeichnete Sachen Dritter wurden beschlagnahmt und eingezogen.

Auf die Klage des Kl. hat das OVG die Verfügung insoweit aufgehoben, als darin festgestellt wurde, der Kl. richte sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen: In formeller Hinsicht sei nicht zu beanstanden, dass der Bekl. unter Hinweis auf einen unerwünschten „Ankündigungseffekt“ von einer vorherigen Anhörung des Kl. abgesehen habe. In materieller Hinsicht sei die Verfügung rechtmäßig, soweit der Bekl. sie auf den Verbotgrund der Strafgesetzwidrigkeit gestützt habe. Eine strafgesetzwidrige Zwecksetzung und Tätigkeit des Kl. lasse sich allein schon aus der Zurechnung einer Straftat seines damaligen Präsidenten ableiten, wegen der ihn das LG Flensburg durch rechtskräftiges Urteil vom 29.04.2011 wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt habe. Bei der Tat habe es sich um einen organisierten Angriff auf ein Mitglied der mit dem Kl. rivalisierenden Rockergruppe der „Bandidos“ gehandelt. Ihr komme nach Anlass und Ausführung sowie mit Rücksicht auf die herausgehobene Position des Täters in seiner Funktion als Vereinspräsident eine den Kl. prägende Funktion zu. Hinzu träten weitere, dem Kl. zurechenbare Straftaten von Vereinsmitgliedern, unter anderem Verstöße gegen das Waffenrecht. Das Vereinsverbot erweise sich auch dann als rechtmäßig, sofern es mit Rücksicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Ultima Ratio lediglich dann angewendet werden dürfe, wenn – was hier der Fall sei – mildere Mittel wie partielle Betätigungsverbote, Warnungen oder die Anwendung von Straftatbeständen nicht in Betracht kämen oder ausgeschöpft seien.

Gegen die Übermittlung und Nutzung von Daten aus Strafverfahren sowie von solchen Daten, die Polizeibehörden zum Zwecke der Gefahrenabwehr erhoben und gespeichert hätten, bestünden keine Bedenken, die sich auf die Rechtmäßigkeit des Vereinsverbots auswirken könnten. Der Bekl. könne sich als Behörde der Gefahrenabwehr insoweit auf die §§ 177 ff. SchlHVwG stützen. Soweit Daten aus Strafverfahren an den Bekl. weitergeleitet und von ihm ausgewertet worden seien, lägen die Voraussetzungen einer Datenübermittlung und -verwendung gem. § 481 StPO vor, der auf das Landesverwaltungsgesetz als Polizeigesetz verweise. Selbst wenn nach verfassungsrechtlichen Maßstäben eine präzisere gesetzliche Festlegung der Befugnisse zur Datenverarbeitung im Zusammenhang mit Vereinsverboten erforderlich sein sollte, bestehe kein Verwertungsverbot für die personenbezogenen Informationen, die der Bekl. aus Strafverfahren und Datensammlungen zur Gefahrenabwehr erlangt habe. Wird die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde des Kl. Erfolg haben?

Die Nichtzulassungsbeschwerde wird Erfolg haben, wenn ein Zulassungsgrund nach § 132 II VwGO vorliegt. Die Revision ist zuzulassen, wenn eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, das Urteil von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Die Revision könnte hier wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zuzulassen sein.

*„Grundsätzlich bedeutsam i. S. von § 132 II Nr. 1 VwGO ist eine Rechtssache, wenn für die angefochtene Entscheidung der Vorinstanz eine **konkrete, fallübergreifende und bislang höchstrichterlich ungeklärte Rechtsfrage des revisiblen Rechts** von Bedeutung war, deren Klärung im Revisionsverfahren zu erwarten und zur Erhaltung der **Einheitlichkeit der Rechtsprechung** oder zur **Weiterentwicklung des Rechts** geboten ist (st. Rspr.; vgl. etwa BVerwG, Beschl. v. 20.02.2012 – 6 B 38/11, BeckRS 2012, 48412 Rn. 11).“* (BVerwG aaO)

Die grundsätzliche Bedeutung könnte sich hier aus der Betroffenheit des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG ergeben.

Der Kl. wirft als grundsätzlich bedeutsam die Frage auf, ob im geltenden Recht **ausreichend bestimmte und normenklare Regelungen** existieren, die vor dem Hintergrund des aus Art.

2 I i. V. mit Art. 1 I GG folgenden Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in **verfassungskonformer Weise die Datenabfrage von Verbotsbehörden** im Rahmen von Vereinsverbotsverfahren sowie die darauffolgende Übermittlung dieser Daten seitens der angefragten Behörde regeln. Hierbei müsste es sich um eine klärungsbedürftige Frage handeln.

### I. Verwertung der Behördenerkenntnisse durch das OVG

Die aufgeworfene Frage ist aber für die Entscheidung des OVG nur relevant, wenn das Gericht bei seiner Entscheidung solche Daten als entscheidungstragend berücksichtigt hat, die dem beklagten Innenministerium auf seine Anfrage von anderen Behörden zur Verfügung gestellt worden sind. Hat das Gericht hingegen auf diese Daten nicht zurückgegriffen, sondern nur solche Tatsachen berücksichtigt, die es im Wege der ihm obliegenden Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen **selbst ermittelt** hatte, fehlt es an der Entscheidungserheblichkeit der aufgeworfenen Frage.

*„Für das OVG waren **keine Daten entscheidungserheblich**, die dem beklagten Innenministerium auf dessen Anfrage von anderen Behörden **übermittelt** worden waren. Es hat vielmehr entscheidungstragend darauf abgestellt, dass eine am 12.09.2009 **begangene Straftat** des seinerzeitigen Präsidenten des Kl. **allein ausreicht**, den Verbotsgrund der Strafgesetzwidrigkeit festzustellen (UA Rn. 97): Die Tat begründe bereits für sich genommen einen hinreichenden Anlass für das Verbot des Kl. wegen strafgesetzwidriger Zwecke und strafgesetzwidriger Tätigkeit. Im Hinblick auf diesen Verbotstatbestand sei die **Tat derart einschlägig, schwerwiegend und zentral** und dokumentiere die durch ein Vereinsverbot zu begrenzende Gefahr einer weiteren, Rechtsgüter gefährdenden Selbstbehauptung gegenüber konkurrierenden Vereinigungen, dass es einer Zurechnung strafrechtswidriger weiterer Verhaltensweisen der Mitglieder an den Verein nicht mehr bedürfe, um das Vereinsverbot zu stützen. Auch ein singuläres Geschehen, eine einzelne Straftat könne schon ausreichen, um daraus das Vorliegen der Voraussetzungen für einen vereinsrechtlichen Verbotsgrund abzuleiten (UA Rn. 105). Diese Würdigung hat das OVG wiederum **auf das Strafurteil des LG Flensburg**, das ihm das LG auf seine Anfrage übermittelt hatte, sowie auf die von ihm **beizugewogenen Akten des Strafverfahrens** gestützt.“*

*Die Anforderung des Strafurteils und die **Beiziehung der Strafverfahrensakten** durch das Gericht beruht auf dessen **Pflicht, den Sachverhalt von Amts wegen** aufzuklären (§ 86 I VwGO). Behörden sind dabei zur Vorlage von Urkunden oder Akten, zur Übermittlung elektronischer Dokumente und zu Auskünften verpflichtet (§ 99 I VwGO). Eine bereichsspezifische Ermächtigung zur Herausgabe von Akten eines laufenden oder abgeschlossenen Strafverfahrens enthält § 474 I StPO. Danach erhalten Gerichte, Staatsanwaltschaften und andere Justizbehörden **Akteneinsicht**, wenn dies **für Zwecke der Rechtspflege erforderlich** ist.“ (BVerwG aaO)*

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich das OVG, allerdings ohne Zusammenhang mit den von ihm verwerteten Erkenntnissen, mit dem Einwand des Kl. auseinandersetzt, das bekl. Innenministerium habe personenbezogene Daten ohne ausreichende gesetzliche Befugnis für die Abfrage dieser Daten einerseits und ihre Übermittlung andererseits verwertet.

*„Auf **diese Ausführungen kam** es aber für die Feststellung des Verbotgrundes und damit für die Rechtmäßigkeit der Verfügung **nicht an**. Die Ausführungen des OVG führen mithin nicht auf eine klärungsbedürftige Frage. Davon abgesehen hat der Kl. in diesem Zusammenhang keine Frage aufgezeigt, die in dem angestrebten Revisionsverfahren klärungsfähig wäre. Das OVG hat die **Befugnis des bekl. Innenministeriums zur Abfrage der Daten für Zwecke des Vereinsverbots** und die Zulässigkeit ihrer Übermittlung aus **Vorschriften des Landesverwaltungsgesetzes** und damit aus **irrevisiblen** Recht hergeleitet.“ (BVerwG aaO)*

### II. Vereinbarkeit der Vorschriften des Landesverwaltungsgesetzes mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

Der Kl. meint, die vom OVG herangezogenen Vorschriften des Landesverwaltungsgesetzes genügen nicht den Anforderungen, die Bundesverfassungsrecht, insbesondere das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG an Bestimmungen stelle, die den Austausch personenbezogener Daten zwischen verschiedenen Behörden regeln.

*„Eine **klärungsbedürftige Frage des revisiblen Bundesrechts** ist damit nicht aufgezeigt. Das wäre nur dann der Fall, wenn der **bundesrechtliche Maßstab** über die schon vorliegende umfangreiche Rechtsprechung des BVerfG hinaus weiterer **Klärung bedürfte**. Dies zeigt der Kl. aber nicht auf. Ob die hier einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen den für sich **hinreichend geklärten bundesverfassungsrechtlichen Anforderungen** genügen, ist hingegen eine Frage der Auslegung dieser landesrechtlichen Normen. Erst aus ihrer Auslegung ergibt sich, ob Anlass, Zweck und Grenzen des*

*Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt sind.“ (BVerwG aaO)*

In dem angestrebten Revisionsverfahren nicht klärungsfähig wäre die weitere vom Kl. aufgeworfene Frage, ob aus dem Fehlen von bereichsspezifischen Ermächtigungsgrundlagen für die Datenabfrage der Verbotsbehörde und die Übermittlung der angefragten Daten durch die jeweiligen Hilfsbehörden im Vereinsverbotsverfahren ein Beweisverwertungsverbot für die insoweit rechtswidrig erlangten Informationen folgt.

*„Diese Frage stellt sich nicht, weil sich das OVG entscheidungstragend auf Erkenntnisse gestützt hat, die es aus von ihm prozessordnungsgemäß beigezogenen Strafverfahrensakten gewonnen hat.“ (BVerwG aaO)*

### III. ausreichende Ermittlungstätigkeit bei Einholung von Behördenauskünften

Der Kl. möchte die Frage geklärt wissen, ob die **ausschließliche bzw. ganz überwiegende Inanspruchnahme dritter Behörden** (so genannte Hilfsbehörden) zur Erlangung von Informationen und deren anschließende Verwertung durch die Verbotsbehörde eine ausreichende eigenständige Ermittlungstätigkeit i. S. des § 4 I 1 VereinsG darstellt, mit der ein Vereinsverbot begründet werden kann.

*„Diese Frage ist ebenfalls **nicht klärungsbedürftig**. Zum einen hat sich das OVG entscheidungstragend auf Erkenntnisse gestützt, die es selbst **im Rahmen seiner Pflicht zur Amtsermittlung aus von ihm beigezogenen Strafverfahrensakten gewonnen hat**. Soweit eine über den Einzelfall hinausweisende Antwort überhaupt möglich ist, ergibt sie sich zum anderen bereits unmittelbar aus dem Gesetz und muss deshalb nicht erst in einem Revisionsverfahren gefunden werden. **Nach § 4 I 1 VereinsG kann die Verbotsbehörde für ihre Ermittlungen die Hilfe der für die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zuständigen Behörden und Dienststellen in Anspruch nehmen**. Es versteht sich von selbst, dass die Verbotsbehörde im Rahmen ihrer Pflicht zur Ermittlung des Sachverhalts (§ 24 I VwVfG) auf Erkenntnisse zurückgreifen darf, die je nach dem in Rede stehenden Verbotgrund bei anderen insoweit befassten Behörden angefallen sind. Die Einholung von Informationen bei anderen Behörden ist ein **wesentliches Mittel der Sachverhaltsaufklärung** (vgl. § 26 I 2 Nr. 1 VwVfG) und steht nicht etwa in einem Gegensatz zu eigenständigen Ermittlungen der Behörde, wie der Kl. unterstellt.*

*Ob die durch ihre Inanspruchnahme erlangten Informationen nach Gehalt, Dichte und Zuverlässigkeit bereits allein ein Vereinsverbot begründen können oder ob die Verbotsbehörde darüber hinaus weitere Ermittlungen anzustellen hat, ist eine Frage der Würdigung des Sachverhalts in jedem Einzelfall. Dass die Verbotsbehörde die von ihr auch **mit Hilfe anderer Behörden zusammengetragenen Informationen mit Blick auf die Verbotstatbestände eigenständig zu würdigen hat**, versteht sich von selbst. Ebenso versteht sich von selbst, dass es an dieser eigenständigen Würdigung nicht allein deshalb fehlt, weil die Verbotsbehörde ihr überzeugend erscheinende Feststellungen anderer Behörden und Gerichte übernimmt.“ (BVerwG aaO)*

### III. Voraussetzungen für Entbehrlichkeit der Anhörung

Der Kl. wirft als grundsätzlich klärungsbedürftig die Fragen auf, unter welchen Voraussetzungen im Rahmen eines vereinsrechtlichen Verbotsverfahrens von der durch § 87 I SchlHVwG bzw. § 28 I VwVfG geforderten Anhörung des Verbotsadressaten abgesehen werden darf, und ob die insoweit vorgebrachte **Bezugnahme auf einen möglichen „Ankündigungseffekt“** einer behördlichen Anhörung, der es dem Verbotsadressaten ermöglicht hätte, Vermögen und Beweismittel dem behördlichen Zugriff zu entziehen, und damit ein wirksames Vorgehen gegen den Verein beeinträchtigt oder unmöglich gemacht hätte, **weiterer Feststellungen und Erläuterungen bedarf**.

*„Diese Fragen rechtfertigen die Zulassung der Revision nicht. Sie sind **nicht mehr klärungsbedürftig**. Soweit sie allgemeingültig, über den Einzelfall hinausweisend beantwortet werden können, sind sie in der Rechtsprechung des BVerwG geklärt.“ (BVerwG aaO)*

Nach § 28 I VwVfG und dem damit wortgleichen § 87 I SchlHVwG ist vor Erlass eines Verwaltungsaktes, der – wie ein Vereinsverbot – in Rechte eines Bet. eingreift, dem Betroffenen **Gelegenheit zu geben, sich** zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen **zu äußern**. Jedoch kann nach § 28 II Nr. 1 VwVfG und § 87 II Nr. 1 SchlHVwG von der Anhörung **abgesehen werden**, wenn nach den Umständen des Einzelfalls eine sofortige Entscheidung **wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse** notwendig erscheint.



„Nach der **ständigen Rechtsprechung des BVerwG zum Vereinsrecht** (BVerwG NJW 1989, 993; BVerwG, Buchholz NVwZ-RR 2000, 70, und BVerwG, NVwZ 2003, 98; BVerwG, BeckRS 2003, 21229; BVerwG, NVwZ 2005, 1435; BVerwG NVwZ 2010, 446 Rn. 13; BVerwG, NVwZ-RR 2011, 14 Rn. 11, und BVerwG, NVwZ-RR 2012, 648) genügt es, dass die Verbotsbehörde unter diesen Gesichtspunkten auf Grund der ihr bekannt gewordenen Tatsachen eine **sofortige Entscheidung für notwendig halten** durfte. Das hat das BVerwG namentlich in Fällen angenommen, in denen das Unterbleiben einer vorherigen Anhörung damit begründet wurde, dass eine Unterrichtung des betroffenen Vereins über den bevorstehenden Eingriff vermieden und ihm so keine Gelegenheit geboten werden sollte, sein Vermögen, verbotsrelevante Unterlagen oder dergleichen dem behördlichen Zugriff zu entziehen. Ein derartiges **Bestreben, einer Verbotsverfügung größtmögliche Wirksamkeit zu verleihen, rechtfertigt in der Regel das Absehen von einer Anhörung** (BVerwG, NVwZ-RR 2000, 70; BVerwG, NVwZ 2003, 986; BVerwG, BeckRS 2003, 21229).

Eine **nur theoretische, nicht durch konkrete tatsächliche Hinweise** belegte Möglichkeit eines die Wirksamkeit einer Verbotsverfügung beeinträchtigenden Ankündigungseffekts rechtfertigt es danach nicht, von einer Anhörung abzusehen. **Notwendig** – aber auch ausreichend – ist vielmehr, dass die Verbotsbehörde auf Grund ihr bekannt gewordener Tatsachen annehmen darf, eine **Anhörung könnte der betroffenen Vereinigung die Gelegenheit geben, ihr Vermögen, verbotsrelevante Unterlagen oder dergleichen dem behördlichen Zugriff zu entziehen**. Das wird in aller Regel bereits dann der Fall sein, wenn es tatsächliche Hinweise auf das Vorhandensein von nennenswerten Vermögensgegenständen oder Beweismaterial gibt. Weiter gehender Feststellungen und Erläuterungen bedarf es nicht. Dementsprechend hat das BVerwG in der Vergangenheit darauf abgestellt, ob die Befürchtung eines negativen Ankündigungseffekts einer Anhörung bzw. das Bestreben, einem solchen Effekt durch Absehen von einer Anhörung zu begegnen, „nach den Umständen“ nicht zu beanstanden (BVerwG, NVwZ-RR 2000, 70; BVerwG, NVwZ 2003, 986; BVerwG, BeckRS 2003, 21229; BVerwG, NVwZ 2005, 1435) bzw. „nachvollziehbar“ (BVerwG, NVwZ-RR 2012, 648) war.“ (BVerwG aaO)

Allerdings könnte sich eine Klärungsbedürftigkeit trotz der ständigen Rechtsprechung ergeben, wenn durchgreifende Einwände gegen die bisherige Rechtsprechung vorgebracht werden.

## 1. Hinreichende Sicherheit durch Beschlagnahme und andere Maßnahmen

Der Kl. macht zum einen geltend, die Verbotsbehörde könne der Gefahr, dass Beweismittel und Vermögensgegenstände beiseite geschafft werden, durch Beschlagnahmen nach § 4 IV 1 VereinsG i. V. mit §§ 94–97, 98 IV sowie §§ 99–101 StPO sowie durch ein Verlangen nach Auskunft über Bestand und Verbleib des Vereinsvermögens nach § 10 IV VereinsG entgegensteuern.

„Diese Instrumente bleiben jedoch in ihrer Sicherungswirkung hinter einem nicht durch vorherige Anhörung angekündigten Vereinsverbot zurück. § 4 IV 1 VereinsG ermöglicht einen behördlichen Zugriff lediglich auf bestimmte einzelne Gegenstände, die als Beweismittel von Bedeutung sein können. Im Unterschied dazu erstreckt sich die mit dem Vereinsverbot in der Regel zu verbindende Beschlagnahme und Einziehung des Vereinsvermögens (§ 3 I 2 Nr. 1 VereinsG) auf sämtliche Vermögensgegenstände, und zwar ungeachtet ihres Verbleibs und ohne Rücksicht auf eine etwaige Bedeutung als Beweismittel. Die Auskunftspflicht der Vorstandsmitglieder hinsichtlich des Vereinsvermögens sichert eine angeordnete Vermögensbeschlagnahme ab. Sie ist jedoch nicht geeignet, einer Vermögensminderung entgegenzuwirken, die bereits im zeitlichen Vorfeld einer Vermögensbeschlagnahme und des (erst) damit einhergehenden Veräußerungsverbots (§ 10 I VereinsG) einzutreten droht.“ (BVerwG aaO)

## 2. Verfassungswidrigkeit von Beschlagnahme und Einziehung

Der Kl. macht zum anderen geltend, die Beschlagnahme und Einziehung des Vereinsvermögens, die gem. § 3 I 2 Nr. 1 VereinsG mit dem Verbot in der Regel zu verbinden sei, sei mit den **Grundrechten der Vereinigungsfreiheit** (Art. 9 I GG) sowie der **Eigentumsgarantie** (Art. 14 I GG) **nicht vereinbar**; ihre Absicherung sei kein zulässiger Gesichtspunkt, um von einer grundsätzlich gebotenen Anhörung abzusehen.

„Die damit aufgeworfene **Frage** ist in der Rechtsprechung des BVerwG ebenfalls bereits geklärt. **Beschlagnahme und Einziehung** des Vereinsvermögens sind danach **als gesetzliche Regelfolgen eines Vereinsverbots** unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie **nicht zu beanstanden** (BVerwG, NVwZ 2005, 1435). Die Vermögenseinziehung soll verhindern, dass den Mitgliedern des aufgelösten Vereins die materiellen Mittel für eine weitere Tätigkeit im Sinne des Vereins zur Verfügung stehen. Es handelt sich also um eine **Sicherungsmaßnahme**. Der mit der Einziehung einhergehende Rechtsverlust beruht auf rechtswidrigem Verhalten und dient der **Verhütung weiteren rechtswidrigen Handelns**. Damit stellt sich die Vermögenseinziehung weder als Enteignung noch als Aufopferung dar. Sie beruht vielmehr auf einer **gesetzlichen Inhalts- und Schrankenbestimmung i. S. von Art. 14 I 2 GG**. Dem auch bei Inhalts- und

*Schrankenbestimmungen zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird dadurch Rechnung getragen, dass sich der Gesetzesbefehl nur auf Regelfälle bezieht, bei atypischen Ausnahmefällen also nicht einschlägig ist, und unter den Voraussetzungen des § 11 IV 1 VereinsG von der Einziehung abgesehen werden kann (BVerwG, NVwZ 2005, 1435 m. w. Nachw.).“ (BVerwG aaO)*

**Ergebnis:** Eine Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung kommt nicht in Betracht.

ör FBA

## Beseitigung des Überbaus der Straßenfläche Beseitigungsanspruch und Beseitigungsrecht

VerwaltR

(VGH München in NJOZ 2013, 623; Beschluss vom 10.01.2013 – 8 B 12.305)

1. Der **öffentliche Folgenbeseitigungsanspruch verjährt** nach **zivilrechtlichen Vorschriften**.
2. Auch im bayerischen Straßen- und Wegerecht bleibt nach der Verjährung eines Folgenbeseitigungsanspruchs der vom Straßenbaulastträger geschaffene Zustand eines Überbaus der Straßenfläche in nicht gewidmete Grundstücke hinein rechtswidrig. Er kann deshalb von dem betroffenen Anlieger auf eigene Kosten beseitigt werden.

### A. Grundlagenwissen: Der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch

Die Folgenbeseitigungsklage steht insofern im Zusammenhang mit der Unterlassungsklage, als mit ihr die Beseitigung der rechtswidrigen Folgen von Verwaltungshandeln begehrt wird. In Abgrenzung zur Verpflichtungsklage kommt es dabei nicht darauf an, ob die folgenreichende Handlung als VA oder schlicht hoheitlich erfolgte; es ist lediglich entscheidend, ob die **Folgenbeseitigung durch schlicht hoheitliches Handeln** erfolgen soll. Allerdings ist zu beachten, dass der Grundsatz „dulde und liquidiere“ auch hier keine Anwendung findet, so dass nach Unanfechtbarkeit eines VA nicht ohne weiteres Beseitigung der rechtswidrigen Folgen verlangt werden kann (vgl. BVerwG BayVBl. 87, 541 = ZA 10/87 S. 46).

#### I. Rechtsgrundlage

Der Folgenbeseitigungsanspruch (FBA) ist **zwischenzeitlich allgemein anerkannt**.

- Die Rspr. hatte den Folgenbeseitigungsanspruch zunächst als Bestandteil der **Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts** angesehen und ihn unter Hinweis auf § 113 I 1 und 2 VwGO als einen Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen eines vollzogenen und danach auf eine Anfechtungsklage hin aufzuhebenden VA aufgefasst (vgl. BVerwGE 28, 155).
- Diese Rechtsprechung ist dann vom BVerwG dahin weiterentwickelt worden, dass der Folgenbeseitigungsanspruch seine **Grundlage im Bundesverfassungsrecht (Art. 20 III GG)** hat und dass er nicht nur bei vollzogenen VA, sondern bei allen Amtshandlungen (auch Realakten) besteht, die rechtswidrige Folgen nach sich gezogen haben.

BVerwG DVBl. 71, 858; BVerwGE 38, 336; BVerwG NJW 73, 1854; BVerwGE 59, 319; VGH Mannheim NJW 85, 1482.

Dementsprechend ist der Folgenbeseitigungsanspruch in der Folgezeit als ein Anspruch auf Beseitigung der rechtswidrigen Folgen einer Amtshandlung angesehen worden.

- II. Der Dogmatik nach sind **einfacher und qualifizierter Folgenbeseitigungsanspruch** zu unterscheiden.
  1. Ist zunächst ein **VA ergangen und dieser vollzogen worden**, so muss der Bürger zunächst den VA im Wege der Anfechtungsklage beseitigen, da er die causa für den nachfolgenden Vollzug (Realakt) gewesen ist. Erst dann ist der Weg für den Folgenbeseitigungsanspruch (**Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch**) frei (qualifizierter Folgenbeseitigungsanspruch). Die Klagen können miteinander verbunden werden, wie sich bereits aus § 113 I 2 VwGO ergibt.
  2. Ist **kein VA vorausgegangen**, kann sogleich auf Beseitigung des Realaktes geklagt werden (**einfacher Folgenbeseitigungsanspruch**).
- III. Der mit der Folgenbeseitigungsklage geltend gemachte Folgenbeseitigungsanspruch ist von folgenden Voraussetzungen abhängig:

|  |                             |
|--|-----------------------------|
| <b>Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.</b> | hoheitliches Handeln,       |
| <b>Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.</b> | dadurch unmittelbar         |
| verursachte, noch andauernde Rechtsbeeinträchtigung,       |                             |
| <b>Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.</b> | Rechtswidrigkeit der        |
| Beeinträchtigung (kein Verschulden erforderlich),          |                             |
| <b>Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.</b> | rechtliche und tatsächliche |
| Möglichkeit der Folgenbeseitigung (BVerwGE 82, 24).        |                             |

## B. Verjährung des Folgenbeseitigungsanspruchs und Folgen für das Recht auf eigene Beseitigung (vgl. VGH München, NJOZ 2013, 623)

**Fall:** Die Bet. streiten über die Beseitigung von Straßenteilstücken, die in straßenrechtlich nicht gewidmeten Grundstücken des Kl. liegen. Gegenstand des Streits ist der Verlauf der Gemeindeverbindungsstraße der Bekl. im Bereich S. bei P. Die Straße wurde im Zuge der Rechtsbereinigung nach Art. 67 III BayStrWG durch Verfügung vom 2. 11. 1962 erstmals in das Bestandsverzeichnis eingetragen. Im Bereich S. bei P. müsste die Straße an sich auf der Fl. Nr. ... der Gemarkung L. verlaufen. Nach Unstimmigkeiten zwischen den Bet., wohl ausgelöst durch ein Bauvorhaben des Kl., hat das Vermessungsamt T. laut einem Auszug aus dem Katasterwerk vom 23.11.2009 festgestellt, dass die Straße tatsächlich teilweise in Nachbargrundstücken des Kl. verläuft. Insgesamt handelt es sich um eine Überbauung von etwa 700 m<sup>2</sup>.

Der Kl. verlangt nunmehr von der Bekl. die Beseitigung des Überbaus, hilfsweise die Duldung der Entfernung durch ihn und Herausgabe der Flächen. Besteht ein Beseitigungs- oder zumindest ein Duldungs- und Herausgabeanspruch?

### I. Folgenbeseitigungsanspruch

Der Kläger könnte seine Forderung auf Beseitigung des Überbaus auf einen Folgenbeseitigungsanspruch stützen.

Der Folgenbeseitigungsanspruch setzt voraus, dass ein rechtswidriges Verwaltungshandeln kausal zu einer vom Bürger nicht hinzunehmenden, also rechtswidrigen Beeinträchtigung führt. Dauern die Folgen noch an und besteht sowohl die tatsächliche wie auch die rechtliche Möglichkeit zur Folgenbeseitigung, dann ist ein Folgenbeseitigungsanspruch gegeben. Diese Voraussetzungen liegen hier ohne weiteres vor.

Allerdings stellt sich die Frage, ob der Kl. diesen Anspruch nach so langer Zeit noch durchsetzen kann oder ob die Bekl. die **Einrede der Verjährung** erheben kann.

Das BVerwG leitet den Anspruch aus dem Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG) ab. Damit bleibt jedoch die Frage, nach welchen Vorschriften sich die Verjährung eines Folgenbeseitigungsanspruchs richtet. Das BVerwG hat hier stets die zivilrechtlichen Verjährungsvorschriften herangezogen.

*„Zutreffend führt das Erstgericht aus, der Folgenbeseitigungsanspruch sei verjährt. Ergänzend wird lediglich angemerkt, dass der Senat in seiner Rechtsprechung zur **Verjährungsdauer nach altem Recht vor der Schuldrechtsreform entschieden hatte, der Folgenbeseitigungsanspruch verjähre „längstens“ in 30 Jahren** (vgl. VGH München, NJW 1999, 666). Da hier der Eingriff etwa 1970 erfolgt ist, ist von einer Verjährung spätestens um das Jahr 2000, also noch im Geltungsbereich des alten Rechts (vgl. Art. 229 § 6 EGBGB) auszugehen.“* (BVerwG aaO)

Der Folgenbeseitigungsanspruch kann daher nicht mehr durchgesetzt werden.

### II. Anspruch auf Rückbauduldung und Herausgabe

Der Kl. könnte aber gleichwohl einen Anspruch darauf haben, dass die Bekl. es duldet, wenn er selbst den Rückbau vornimmt, selbst wenn er sie aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr verpflichten kann, diesen Rückbau auf ihre Kosten vorzunehmen.

#### 1. Ausschluss der Rückbauberechtigung des Verjährung des Folgenbeseitigungsanspruchs

Fraglich ist, welche Relevanz die Verjährung des Folgenbeseitigungsanspruchs für diese Berechtigung des Kl. hat.

*„Auch wenn das Institut der **Verjährung**, wie das Erstgericht zutreffend ausführt, ein **Erlöschen des Anspruchs** bewirkt (vgl. VGH München, NJW 1999, 666 [667]) steht dieser Umstand dem vom Kl.*

beabsichtigten Beseitigung durch ihn selbst und auf eigene Kosten nicht entgegen. Die **Rechtsstellung eines Eigentümers** als Anlieger einer öffentlichen Straße hat zum Inhalt, dass von der Straße keine **Beeinträchtigungen ausgehen dürfen, für die keine (ausreichende) Rechtsgrundlage besteht** (vgl. BVerwGE 94, 100 [119] = NVwZ 1994, 275 = NJW 1994, 1170 L). Liegt eine Straßenfläche auf **nicht gewidmetem Straßengrund** und wird sie infolgedessen nicht durch Art. 6 V BayStrWG (hier i. V. mit Art. 67 IV BayStrWG) geschützt, wonach die öffentlich-rechtliche Widmung das private Eigentumsrecht überlagert, bleibt daher der **Grundtatbestand des rechtswidrigen Eindringens in private Rechte** bestehen.“ (VGH München aaO)

Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs wird durch das Erlöschen des Folgenbeseitigungsanspruchs selbst nicht ausgeräumt (vgl. BGH, NJW 2011, 1068 [1069]).

„Hinzu kommt, dass eine Gemeinde wie hier die Bekl., die für die betroffene Straße **Straßenbaubehörde** ist (Art. 58 II Nr. 3 BayStrWG), auf Grund von Art. 10 I BayStrWG die **Verantwortung** dafür trägt, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften und die **allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten** werden. Diese Verantwortung hat insbesondere die Verpflichtung zum Inhalt, den **Bestand einer Straße** und ihren Verbleib in dem gewidmeten Wegegrundstück **regelmäßig zu kontrollieren** und gegebenenfalls dafür Sorge zu tragen, dass die Wegefläche im Fall einer Verlagerung in das gewidmete Wegegrundstück hinein **zurückverlegt** wird (vgl. zum Ganzen VGH München, BayVBl 2000, 345 = BeckRS 2000, 20358). Auch insoweit bewirkt ein Ausgreifen oder eine Verlagerung der Straßenfläche in nicht gewidmete Grundstücke einen **rechtswidrigen Zustand, der andauert**.“ (VGH München aaO)

Eine mögliche Rückbauberechtigung des Kl. ist daher jedenfalls nicht wegen der Verjährung des Folgenbeseitigungsanspruchs ausgeschlossen.

## 2. Bestehen einer Rückbauberechtigung

### a) Herleitung des Anspruchs

„Sowohl in der **Rechtsprechung des VGH** zu als öffentlich-rechtlich zu beurteilenden Anlagen, die rechtswidrig verlegt oder errichtet wurden, als auch in der **strukturähnlichen Rechtsprechung der Zivilgerichte** zu rechtswidrig geschaffenen privatrechtlichen Anlagen in Verbindung mit dem Beseitigungsanspruch gegen den Störer nach § 1004 BGB und dessen Verjährung ist **geklärt, dass der Gestörte nach Eintritt der Verjährung die Beseitigung des rechtswidrig geschaffenen Zustands auf eigene Kosten durchführen darf** (vgl. VGH München, FStBay 2012 Rn. 265, S. 812 = BeckRS 2012, 50787 m. w. Nachw.; BGH, NJW 2011, 1068 [1069] = NZM 2011, 327 m. w. Nachw.). Weshalb dies bei nicht gewidmeten Straßenteilen anders sein sollte, ist nicht ersichtlich. Zumutbarkeitserwägungen aus der Sicht des Trägers der Straßenbaulast vermögen der Rechtswidrigkeit des (Überbau-)Zustands nicht entgegengehalten zu werden (vgl. dazu ausführlich BVerwGE 94, 100 [115 ff.] = NVwZ 1994, 275 = NJW 1994, 1170 L). Ein „**Vorrang der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung**“ vermag mithin das Beseitigungsrecht des Kl. nicht auszuschließen, abgesehen davon, dass der **Senat nicht zu erkennen vermag, dass es eine solche Rechtsfigur überhaupt gibt**.“ (VGH München aaO)

### b) Inhalt des Anspruchs

Der Kl. ist damit berechtigt, die Beseitigung des rechtswidrig geschaffenen Zustands auf eigene Kosten durchzuführen und damit den rechtswidrigen Straßenüberbau auf sein Grundstück zu beseitigen.

„Dem Kl. ist es lediglich **nicht gestattet, eine verbotene Selbsthilfe** (§ 229 BGB) vorzunehmen (st. Rspr.; vgl. etwa VGH München, NuR 2005, 463 [464]). Durch das **vorliegende Gerichtsverfahren** mit der Untersuchung des vom Kl. zur Entscheidung gestellten Duldungsanspruchs wird dies indes gerade ausgeschlossen.“ (VGH München aaO)

**Ergebnis:** Der Kl. ist berechtigt, den rechtswidrigen Straßenüberbau auf sein Grundstück auf eigene Kosten zu beseitigen. Die Bekl. muss dies dulden.

## Kurzauslese I

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

BGB

### Nacherfüllungsanspruch

BGB

§§ 434, 439 I

#### Zulässigkeit der Verwendung von Original-Austauschteilen (OLG Celle in BB 2013, 1108; Urteil vom 19.12.2012 – 7 U 103/12)

- I. Bei der Nachbesserung verwendete **Original-Austauschteile** (= industriell aufbereitete Altteile) sind als **neuwertige Teile** einzustufen.

*"Es steht im Ermessen des Verkäufers, wie er die Nachbesserung vornimmt. Entscheidend ist, dass diese zum Erfolg, d. h. zur Mängelfreiheit der Kaufsache führt. Hierbei ist erforderlich, dass die Maßnahme nach den Regeln der Technik und den Vorgaben des Herstellers fachgerecht und vollständig durchgeführt wird. Stehen gleichwertige Varianten zur Verfügung, darf der Verkäufer auf die kostengünstige zurückgreifen (vgl. Reinking/Eggert, Rn 698, 699).*

*Vorstehend steht außer Frage, dass die Bekl. die Nachbesserungsarbeiten an dem Getriebe und dem Motor fachgerecht nach den Vorgaben von VW durchgeführt hat. Sie hat als Ersatzteile auch Original-Ersatzteile von VW verwandt, allerdings keine VW-Neuteile im eigentlichen Sinne, sondern VW-Austauschteile. Bei einem Austausch von Teilen eines Neufahrzeugs kann zwar die geschuldete Beschaffenheit nur durch die Verwendung von Neuteilen und nicht von gebrauchten Teilen herbeigeführt werden (Reinking/Eggert, Rn 700ff.). Bei den hier verwandten Original-VW-Austauschteilen handelt es sich nach der Produktbeschreibung des Herstellers VW um **technisch neuwertige Teile**, die den **entsprechenden Neuteilen in nichts nachstehen**. Denn Altteile werden industriell so aufbereitet, dass sie die gleiche Qualität und Sicherheit sowie gleiche Lebensdauer und Leistung wie Neuteile haben. Die Original-VW-Austauschteile können deshalb nicht als gebrauchte oder generalüberholte Teile angesehen werden, sondern sind als neuwertige Teile einzustufen." (OLG Celle aaO)*

- II. Erweisen sich die neuwertigen Original-Austauschteile im Vergleich zu eigentlichen Neuteilen als technisch völlig gleichwertig, hat die Verwendung dieser Teile **keine technische Wertminderung** des Fahrzeugs zur Folge, so dass bei dem fachgerechten Einbau dieser Teile **Mangelfreiheit** eintritt.

*"Soweit der Sachverständige dennoch die Ansicht vertreten hat, dass ein merkantiler Minderwert vorliege, hat er dies nicht damit begründet, dass Original-VW-Austauschteile keine Neuteile im eigentlichen Sinne sind, sondern damit, dass ein potenzieller Käufer eines relativ jungen Fahrzeugs argwöhnisch wird, dass an solch einem Fahrzeug ein Teil des Motors ausgetauscht werden musste (wobei dieser Argwohn unabhängig davon ist, ob als Original-Ersatzteil ein Original-Neuteil oder ein neuwertiges Original-Austauschteil Verwendung gefunden hat). Die Auffassung des Sachverständigen beruht offenbar auf der **Rspr. zu den Unfallfahrzeugen**, die trotz fachgerechter und vollständiger Unfallinstandsetzung und ohne Zurückbleiben eines technischen Minderwerts gleichwohl sachmangelhaft bleiben, weil die Unfalleigenschaft als solche als Sachmangel angesehen wird, die nicht beherrschbar ist (vgl. Reinking/Eggert, Rn 3146). Diese Erwägung ist aber **auf ein nachgebessertes Fahrzeug nicht übertragbar**.*

*Ist der am Fahrzeug vorhanden gewesene Sachmangel im Rahmen der Nacherfüllung fachgerecht und vollständig behoben worden, haftet, weil die Nachbesserung als solche keinen Sachmangel begründen kann, dem nachgebesserten Fahrzeug **kein merkantiler Minderwert an, der zu einer Minderung berechtigt**. Denn nach der Wertung des Gesetzgebers greifen die sekundären Gewährleistungsrechte des Käufers erst ein, wenn die Nacherfüllung erfolglos geblieben ist (oder entbehrlich war). Dies gilt auch in dem Fall, in dem ein Neufahrzeug aufgrund von Nachbesserungsmaßnahmen nicht mehr über seine Originalteile verfügt, diese vielmehr durch technisch gleichwertige Neuteile bzw. neuwertige Original-Teile des Herstellers ersetzt worden sind. Denn ist mit dem Teileaustausch am Fahrzeug der gerügte Mangel fachgerecht und vollständig beseitigt worden, die **Nachbesserung in technischer Hinsicht erfolgreich verlaufen, ist kein Sachmangel mehr gegeben, der Gewährleistungsrechte des Käufers auslösen kann.**" (OLG Celle aaO)*

HGB

### Kaufmannseigenschaft

HGB

§§ 1, 343

#### Stiftung des öffentlichen Rechts

(OLG München in NJW-RR 2013, 412; Beschluss vom 25.07.2012 – 34 AR 196/12)

Die **Kaufmannseigenschaft einer Stiftung des öffentlichen Rechts** ist nicht bereits dann zu bejahen, wenn ein **Gewerbe in Form eines wirtschaftlichen Unternehmens betrieben** wird. Erforderlich ist vielmehr, dass dabei eine **Tätigkeit** ausgeübt wird, die **nicht nur** allein und herkömmlich mit der Zielrichtung einer **öffentlichen Aufgabe** betrieben wird.

*"§ 1 HGB [trifft] keine Ausnahme für juristische Personen des öffentlichen Rechts; diese werden wie natürliche Personen und juristische Personen des Privatrechts durch Betrieb eines Handelsgewerbes oder Eintragung Kaufleute (vgl. etwa Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 1 Rn 27; MüKo-HGB/C. Schmidt, 3. Aufl., § 1 Rn 40; Koller/Roth/Moock, HGB, 7. Aufl., § 1 Rn 31).*

*Notwendig ist aber das **Betreiben eines Gewerbes in Form eines wirtschaftlichen Unternehmens**. Es muss eine Tätigkeit ausgeübt werden, die nicht nur allein und herkömmlich mit der Zielrichtung einer öffentlichen Aufgabe betrieben wird. Denn eine solche Tätigkeit ist keine Gewerbeausübung (BGHZ 53, 222 = NJW 1970, 938 – städtische Abwasserbeseitigung; BGHZ 57, 191 = NJW 1972, 95 – Rundfunk- und Fernsehanstalt im Programmbereich; BGHZ 83, 382 = NJW 1982, 1815 – Wasser- und Bodenverband; BGHZ 95, 155 = NJW 1985, 3063 – Deutsche Bundesbahn). Dabei kann auch in **Erfüllung öffentlich-rechtlicher oder gemeinnütziger Aufgaben** eine öffentliche Körperschaft Gewinn anstreben (vgl. BGHZ 114, 257 = NJW 1991, 2134) dies ist jedoch im Einzelfall zu prüfen (BGHZ 49, 258; BGHZ 57, 191 = NJW 1972, 95), wobei es genügt, einen **wirtschaftlichen Erfolg am Markt erzielen zu wollen** (BGHZ 95, 155 = NJW 1985, 3063)." (OLG München aaO)*

UrhG  
§ 97 I

**Unterlassungsanspruch**  
**Kein Erlöschen bei missbräuchlicher Abmahnung**  
(BGH in MMR 2013, 314; Urteil vom 31.05.2012 – I ZR 106/10)

UrhG

Eine **missbräuchliche Abmahnung** wegen einer Urheberrechtsverletzung **führt grds. nicht zum Erlöschen des Unterlassungsanspruchs** aus § 97 I UrhG.

- I. Im **Wettbewerbsrecht** führt eine i.S.d. § 8 Abs. 4 UWG missbräuchliche außergerichtliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nach der **BGH-Rspr.** dazu, dass der Unterlassungsanspruch auch nicht mehr gerichtlich geltend gemacht werden kann und eine nachfolgende – für sich genommen nicht missbräuchliche – Klage unzulässig ist.

vgl. zu § 13 V UWG BGH GRUR 2002, 715 – Scanner-Werbung; BGHZ 149, 371 – Missbräuchliche Mehrfachabmahnung; BGH GRUR 2006, 243 – MEGA SALE; zu § 8 IV UWG BGH GRUR 2012, 730 = MMR 2012, 820 – Bauheizgerät

- II. Dieser **Grundsatz kann** jedoch nach BGH aaO **nicht ohne weiteres auf das Urheberrecht übertragen werden.**

*"Der Regelung des § 8 IV UWG kommt neben der Aufgabe der **Bekämpfung von Missbräuchen bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen** auch die **Funktion eines Korrektivs ggü. der weit gefassten Anspruchsberechtigung** nach § 8 III UWG zu. Nach § 8 III UWG kann ein und derselbe Wettbewerbsverstoß durch eine Vielzahl von Anspruchsberechtigten verfolgt werden. Dies erleichtert zwar die **im Interesse der Allgemeinheit liegende Rechtsverfolgung**; die Fülle der Anspruchsberechtigten kann aber den Anspruchsgegner in erheblichem Maße belasten, so insbes. dadurch, dass der Wettbewerbsverstoß zum Gegenstand mehrerer Abmahnungen und gerichtlicher Verfahren gemacht werden kann. Umso wichtiger ist es, dass die Regelung des § 8 IV UWG immer dann eine Handhabe bietet, wenn wettbewerbsrechtliche Ansprüche auf Beseitigung oder Unterlassung missbräuchlich geltend gemacht werden, insbes. wenn **sachfremde Ziele die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung darstellen** (vgl. zu § 13 V UWG a.F. BGHZ 144, 165 – Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; BGH GRUR 2001, 260 – Vielfachabmahner; zu § 8 IV UWG BGH GRUR 2012, 730 = MMR 2012, 820 – Bauheizgerät). Das Interesse der Allgemeinheit an der wirksamen Verfolgung von Wettbewerbsverstößen wird dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt. Ist ein einzelner Anspruchsteller wegen missbräuchlichen Verhaltens von der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs ausgeschlossen, kann der Unterlassungsanspruch gleichwohl von anderen Anspruchsberechtigten geltend gemacht werden.*

*Bei der **Verletzung des Urheberrechts** oder eines anderen nach dem UrhG geschützten Rechts ist dagegen **allein der Verletzte berechtigt, Ansprüche geltend zu machen** (§ 97 UrhG). Die Berechtigung zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen besteht **nicht auch im Interesse der Allgemeinheit, sondern allein im Interesse des Verletzten**. Hätte eine missbräuchliche Abmahnung zur Folge, dass der Verletzte seine Ansprüche auch nicht mehr gerichtlich geltend machen könnte und eine nachfolgende Klage unzulässig wäre, müsste er die Rechtsverletzung endgültig hinnehmen. **Für eine so weitgehende Einschränkung seiner Rechte gibt es keinen sachlichen Grund**. Insbes. bedarf es im Urheberrecht keines Korrektivs ggü. einer weitreichenden Anspruchsberechtigung einer Vielzahl von Anspruchsberechtigten." (BGH aaO)*

StGB  
§ 86a I Nr. 1

**Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen**  
**Öffentliches Verwenden**

StGB

(AG Rudolstadt in NSTZ-RR 2013, 143; Beschluss vom 05.12.2012 – 375 Js 28454/12 1 Ds jug.)

Ein öffentliches Verwenden i.S. des § 86a I Nr. 1 StGB liegt nur dann vor, wenn eine nicht überschaubare Anzahl von Personen den Symbolgehalt des Kennzeichens zur Kenntnis nehmen kann. An der Öffentlichkeit der Verwendung fehlt es hingegen, wenn der Gebrauch des Kennzeichens nur gegenüber einzelnen Personen geschieht.

*"Aus dem tatbestandseinschränkenden Zweck des Merkmals „öffentlich“ folgt nämlich, dass bei der Anwesenheit lediglich mehrerer Personen noch nicht von einem größeren Personenkreis im vorbezeichneten Sinne die Rede sein kann. Vielmehr ist eine Mehrheit von Personen erforderlich, deren Zahl sich nicht mehr ohne weiteres mit einem Blick sicher feststellen lässt. Daran fehlt es, wenn das Kennzeichen über den Kreis von durch persönliche Beziehungen verbundenen Personen hinaus nur für 2 auf einer Streifenfahrt befindliche Polizeibeamte zufällig wahrnehmbar war (vgl. OLG Hamm MDR 1980, 159; OLG Celle NSTZ 1994, 440; BayObLG NSTZ-RR 2003, 233). Die bloße Möglichkeit des Hinzutretens Dritter genügt nicht (MüKo-StGB/Steinmetz, 2. Aufl., § 86a Rn 26). Die Öffentlichkeit des Ortes spielt deshalb nur insoweit eine Rolle, als es um die tatsächliche Wahrnehmbarkeit geht." (AG Rudolstadt aaO)*

StGB  
§ 176

**Sexueller Missbrauch von Kindern**  
**Anbieten eines Kindes**

StGB

(BGH in NSTZ 2013, 224; Beschluss vom 09.10.2012 – 4 StR 381/12)

Der **Tatbestand** des § 176 V StGB in der Alternative des „Anbietens“ ist erfüllt, **wenn der Täter** gegenüber einer oder mehreren Personen **ausdrücklich oder konkludent erklärt**, dass er willens und in der Lage ist, ein **Kind für sexuelle Handlungen i. S. der Abs. 1 - 4 zur Verfügung zu stellen**. **Nicht erforderlich** ist es, dass er sein **Versprechen erfüllen** will.

*"Die **Gegenauffassung**, wonach nur Angebote den Tatbestand des § 176 V StGB erfüllen können, denen der Täter auch nachzukommen beabsichtigt (LK-Hörnle, Rn 103; Schöнке/Schröder/Peron/Eisele, StGB, 28. Aufl., § 176 Rn 20; SK-StGB-Wolters, § 176 Rn 31), **widerspricht dem Willen des Gesetzgebers** (zur Gesetzeskritik vgl. Funcke-Auffermann, Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention, S. 122ff.; Amelung/Funcke-Auffermann StraFo 2004, 265; Duttge/Hörnle/Renzikowski NJW 2004, 1065). Anlass für die Regelung des § 176 V StGB war ein Fall, in dem ein Ehepaar u.a. vom Vorwurf der Verabredung zu Verbrechen nach den §§ 176a, 176b StGB a.F. freigesprochen worden war, das einem potentiellen Kunden ihres „S/M-Studios“ telefonisch die Beschaffung eines Kindes für extrem sadistische Praktiken angeboten hatte. Der vom BGH bestätigte Freispruch*

erfolgte, weil sich das LG nicht davon überzeugen konnte, dass das Angebot tatsächlich ernst gemeint war und auch eine Bestrafung nach § 111 StGB ausschied (vgl. BGH NSTz 1998, 403). Daraufhin wurden vom Bundesrat (BT-Dr 14/1125) und aus der Mitte des Bundestages (BT-Dr 14/6709 und 15/29) unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diesen Fall mehrere Gesetzesentwürfe vorgelegt, die jeweils eine **Erweiterung des § 176 StGB um einen gesonderten Tatbestand** vorsahen. Dadurch sollte die **Strafbarkeitslücke geschlossen** werden, die bei § 30 StGB in Bezug auf nicht erweislich ernst gemeinte Angebote von Kindern für Missbrauchstaten besteht (BT-Dr 14/1125, S. 1 und 5; 14/6709, S. 1 und 7; 15/29, S. 10). Diese Entwürfe sahen gleichlautend zunächst nur vor, das Versprechen des Nachweises eines Kindes für Missbrauchstaten gesondert unter Strafe zu stellen. Durch den Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 28.01.2003 wurde der neu zu schaffende Tatbestand – bei gleichbleibender Zielsetzung – um die Varianten des „Anbietens“ und der „Verabredung“ ergänzt (BT-Dr 15/350, S. 6 und 18). Soweit dabei in der Begründung davon die Rede ist, dass der Tatbestand „keine Ernstlichkeit des Versprechens“ erfordert (BT-Dr 15/350, S. 18), gilt dies mit Rücksicht auf die Vorgeschichte und den Kontext nicht nur für das Versprechen des Nachweises einer Gelegenheit, sondern ersichtlich auch für die angefügte Tatmodalität des Anbietens (LK-Hörnle aaO, Rn 103). Dieser Gesetzesentwurf liegt § 176 V StGB in der geltenden Fassung zu Grunde.“ (BGH aaO)

StGB  
§ 238

## Stalking

StGB

### Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers

(BGH in NSTz-RR 2013, 145; Beschluss vom 19.12.2012 – 4 StR 417/12)

Die **Lebensgestaltung i.S.d. § 238 I StGB**, die ganz allgemein die Freiheit der menschlichen Entschlüsse und Handlungen umfasst, wird nur dann **schwerwiegend beeinträchtigt**, wenn durch die Handlung des Täters eine **Veränderung der äußeren Lebensumstände erzwungen** wird.

*„Da der Tatbestand vom Gesetzgeber jedoch als **Erfolgsdelikt** ausgestaltet worden ist, muss die **Tathandlung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers** führen. Der Begriff der Lebensgestaltung umfasst ganz allgemein die Freiheit der menschlichen Entschlüsse und Handlungen (BT-Dr 16/575, S. 7). Sie wird beeinträchtigt, wenn durch die Handlung des Täters eine Veränderung der äußeren Lebensumstände erzwungen wird. Die Beeinträchtigung muss zudem schwerwiegend sein (BGHSt 54, 189; Fischer, 60. Aufl., § 238 Rn 22 ff.).*

*Insofern zeigen die Urteilsgründe nicht hinreichend auf, dass dieser Erfolg bereits durch die verfahrensgegenständlichen einzelnen Handlungen des Angekl. eingetreten ist. Denn das LG stellt im Rahmen des Grundtatbestandes des § 238 I StGB rechtsfehlerhaft in erster Linie auf die erheblichen **psychischen Beeinträchtigungen** der Nebenkl. und deren **psychosomatische Auswirkungen** ab. Zu der entscheidenden Frage, ob und inwieweit die Nebenkl. zu gravierenden, nicht mehr hinzunehmenden Modifikationen ihrer äußeren Lebensgestaltung gezwungen war (z.B. Wechsel der Wohnung oder des Arbeitsplatzes, Treffen besonderer Schutzvorkehrungen beim Verlassen der Wohnung bzw. in den Nachtstunden, Aufgaben erheblicher Teile von Freizeitaktivitäten), werden ohne jede zeitliche Einordnung nur knappe und pauschale Feststellungen getroffen, die sich konkreten Nachtstellungshandlungen – auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass bei einer sukzessiven Tatbegehung einzelne Handlungen des Täters erst in ihrer Gesamtheit zu der erforderlichen Beeinträchtigung des Opfers führen können – nicht zuordnen lassen.“ (BGH aaO)*

GG

## Persönlichkeitsrecht

öfFR

Art. 2 I, 19 III

### Rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts

(OVG Münster in NWVBI 2013, 192; Urteil vom 11.12.2012 – 8 A 1024/11)

Einer **rechtsfähigen Stiftung des bürgerlichen Rechts** steht aus Art. 2 I i. V. mit 19 III GG das **Recht** zu, sich zur Erreichung ihres Stiftungszweckes **frei zu entfalten**. Dies umfasst den **Schutz vor rechtswidrigen rufschädigenden Äußerungen** des Staats, die geeignet sind, die Stiftung bei der Verwirklichung ihrer Stiftungszwecke zu behindern.

- I. **Art. 19 III GG** bestimmt, dass Grundrechte auch für juristische Personen gelten, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Dies kommt in Betracht, wenn das Grundrecht auch korporativ betätigt werden kann bzw. wenn sich die juristische Person ebenso wie die natürliche Person in einer **grundrechtstypischen Gefährdungslage** befindet.

vgl. BVerfGE 106, 28 (zum Recht am gesprochenen Wort); BVerfGE 40, 347 (Grundrechtsfähigkeit einer Stiftung des bürgerlichen Rechts in Bezug auf Art. 2 I und 7 IV 1 GG); OVG Saarland, Beschluss vom 16.12.2010 - 1 A 168/10 - (bejaht für Stiftung des bürgerlichen Rechts in Bezug auf Art. 11 GG); OLG München, Urteil vom 15.05.1996 - 21 U 2607/96 - (Schutz des sozialen Geltungsanspruchs einer rechtsfähigen Stiftung bürgerlichen Rechts).

- II. Grundrechtsfähig sind auch (rechtsfähige) Stiftungen, obwohl sie keine Vereinigungen von natürlichen Personen sind. Sie sollen als auf Dauer angelegte Einrichtungen bei der Gestaltung von Gegenwart und Zukunft mitwirken und **bedürfen für ihre Betätigung** im Rahmen der vom Stifter festgelegten Zwecke des **Schutzes der Grundrechte gegen unberechtigte staatliche Eingriffe**.

vgl. dazu BVerfGE 40, 347; BVerfG NJW 1991, 713 (zu Art. 2 I GG); Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 19 Rn 61 m. w. Nachw.

*„Bezogen auf den **Schutz des guten Rufes als Ausprägung des Rechts auf freie Entfaltung** im Rahmen der Erreichung ihrer Stiftungszwecke befinden sich rechtsfähige Stiftungen des Privatrechts in einer natürlichen Personen vergleichbaren, grundrechtstypischen Gefährdungslage. Negative Äußerungen des Staates über Stiftungen sind ebenso wie bei natürlichen Personen oder Personenvereinigungen geeignet, die freie Entfaltung bei der von ihnen im Rahmen der Rechtsordnung wahrgenommenen Rechte zu gefährden, weil sie ihr Ansehen und ihre Einbindung in die Gesellschaft schwächen und infolgedessen ihr Auftreten zur **Verfolgung ihres Stiftungszwecks** untergraben können. Der unmittelbar an die Grundrechte gebundene Staat benötigt deshalb einen rechtfertigenden Grund, wenn er sich nachteilig über eine Stiftung des Privatrechts oder ein von ihr verfolgtes Ziel äußern möchte.“ (OVG Münster aaO)*



BeamStG  
§ 26 I 3, II, III

**Dienstunfähigkeit eines Beamten  
"Suchpflicht" des Dienstherrn**

öfFR

(OVG Magdeburg in DÖV 2013, 319; Beschluss vom 20.12.2012 – 1 M 121/12)

Eine "Suchpflicht" des Dienstherrn nach § 26 I 3, II, III BeamStG besteht nicht, wenn jegliche Weiterverwendung des Beamten wegen dessen körperlichen Zustandes oder aus gesundheitlichen Gründen ausscheidet.

*"Die Rechtspflicht knüpft nämlich grundlegend daran, dass eine weitere - anderweitige oder geringerwertige - Verwendung des (dienstunfähigen) Beamten überhaupt (noch) in Betracht kommt, um dem in § 26 I 3, II, III BeamStG zum Ausdruck kommenden Grundsatz „Weiterverwendung vor Versorgung“ Rechnung zu tragen (vgl. hierzu BVerwGE 133, 297). Scheidet - nach den (amts-)ärztlichen Feststellungen - indes jegliche Weiterverwendung des Beamten wegen dessen körperlichen Zustandes oder aus gesundheitlichen Gründen aus, besäße eine gleichwohl durchzuführende Suche nach einer Verwendungsmöglichkeit schlechterdings keinen Sinn mehr.*

*Anderes ergibt sich auch nicht aus den vorgenannten und den weiteren vom VerwG in dem angefochtenen Beschluss herangezogenen und vom Ast. sich zu Eigen gemachten gerichtlichen Entscheidungen. Insbesondere stellt das BVerwG ausdrücklich auf eine - noch ausreichende - Leistungsfähigkeit des Beamten ab; ein dienstunfähiger Beamter soll nur - aber jedenfalls - dann aus dem aktiven Dienst ausscheiden, wenn er dort nicht mehr eingesetzt werden kann. Die gesetzliche Suchpflicht soll nämlich nur verhindern, dass die Verwaltung über die Geltung des Grundsatzes „Weiterverwendung vor Versorgung“ nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit entscheiden und autonom festlegen kann, unter welchen Voraussetzungen und nach welchen Kriterien sie sich um eine anderweitige Verwendung bemüht. Die Suche nach einer § 26 III BeamStG entsprechenden anderweitigen Verwendung ist regelmäßig auf den gesamten Bereich des Dienstherrn zu erstrecken (siehe zum Vorstehenden BVerwG aaO), die sich zugleich aber auch aus den vorstehenden Gründen darauf beschränkt." (OVG Magdeburg aaO)*

---

NRWJAG  
§§ 3 III 2, 22 I Nr. 3

**Täuschungsversuch  
Zulässigkeit des Anscheinsbeweises**

PrüfR

(VG Köln in NWVBI 2013, 197; Urteil vom 11.10.2012 – 6 K 992/12)

Ein **Täuschungsversuch** kann durch den **Beweis des ersten Anscheins** bewiesen werden.

*"Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen einer Täuschungshandlung können in einer schriftlichen Prüfung durch den Beweis des ersten Anscheins bewiesen werden, wenn sich aufgrund der feststehenden Tatsachen bei verständiger Würdigung der Schluss aufdrängt, der Prüfungsteilnehmer habe getäuscht, und ein abweichender Geschehensablauf nicht ernsthaft in Betracht kommt. Bspw. ist dies der Fall, wenn die Prüfungsarbeit und das vom Prüfer erarbeitete, allein zur Verwendung durch die Prüfungskommission bestimmte Lösungsmuster teilweise wörtlich und i. Ü. in Gliederung und Gedankenführung übereinstimmen.*

*Der Vortrag des Kl. schließt den sich aus dem Beweis des ersten Anscheins ergebenden Täuschungsversuch nicht aus. Spricht ein Anscheinsbeweis für einen Täuschungsversuch, muss der Kl. nicht das Gegenteil beweisen, aber den Anscheinsbeweis entkräften. Dazu genügt nicht schon der Hinweis auf einen möglichen anderen, typischen Geschehensablauf. Vielmehr muss er auch dartun, dass dieser andere Geschehensablauf ernsthaft in Betracht kommt. Mit seinem Vorbringen, er habe die betreffenden Entscheidungen zur Vorbereitung auf die Pflichtfachprüfung auswendig gelernt und dann während der Klausuren aus dem Gedächtnis wiedergegeben, vermag der Kl. den Anscheinsbeweis nicht zu entkräften." (VG Köln aaO)*

---

RGebStV  
§§ 1 I, 2 II

**Rundfunkgebührenpflicht  
Internetfähiger PC**

öfFR

(BVerwG in DÖV 2013, 357 = NVwZ-RR 2013, 297; Beschluss vom 22.01.2013 – 6 B 48/12)

Ein **internetfähiger PC** ist auch dann ein **Rundfunkempfangsgerät i. S. des Gebührenrechts**, wenn er **ausschließlich zu Arbeitszwecken** angeschafft und genutzt wird.

*"Dazu hat das BVerwG (NJW 2011, 946 = DStR 2011, 691) ausgeführt, internetfähige PCs seien Rundfunkempfangsgeräte i. S. des § 1 I 1 RGebStV. Dem Kl. ist nach eigenem Bekunden diese Rspr. bekannt, und es sind keine Argumente vorgebracht worden, die in der einschlägigen Rspr. des Senats nicht schon behandelt sind und die zu einer Abweichung von dieser Rspr. Anlass geben. Daher besteht kein Bedürfnis für eine erneute revisionsrechtliche Klärung der aufgeworfenen Frage.*

*Dies gilt auch für den Fall, dass ein internetfähiger PC – wie der Kl. vorliegend geltend macht – ausschließlich zu Arbeitszwecken angeschafft und genutzt wird. Auch ein derartiger PC erfüllt die technischen Eigenschaften eines Rundfunkempfangsgerätes und verliert sie nicht dadurch, dass von ihnen kein Gebrauch gemacht wird. Bei dem internetfähigen PC handelt es sich um eine technische Einrichtung, die zur drahtlosen oder drahtgebundenen Hör- oder Sichtbarmachung oder Aufzeichnung von Rundfunk i. S. von § 1 I 1 RGebStV geeignet ist. Ob ein Gerät zum Rundfunkempfang bestimmt ist, ist nicht erheblich. Die Vorschrift stellt nicht auf die subjektive Zweckbestimmung eines Gerätes, sondern allein auf dessen objektive Eignung ab (BVerfGE 90, 60 = NJW 1994, 1942 = NVwZ 1994, 892). Auf die Nutzungsgewohnheiten kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (BVerwG ZUM 2011, 770)." (BVerwG aaO)*

---

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 766 II 1

**Titelauslegung durch Gerichtsvollzieher**  
**Vollstreckungserinnerung**

ZPO

(BGH NJW-RR 2013, 511, Beschluss vom 07.02.2013 – VII ZB 2/12)

Der in einem Urteil enthaltene Zinsauspruch „8 % Zinsen über dem Basiszinssatz“ ist vom Gerichtsvollzieher regelmäßig dahingehend auszulegen, dass Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz tituliert sind.

### A. Grundlagenwissen: Die Vollstreckungserinnerung, § 766 ZPO

Mit der Vollstreckungserinnerung werden **konkrete Maßnahmen eines Vollstreckungsorgans** mit der Begründung angefochten, die zu beachtenden Verfahrensvorschriften seien nicht eingehalten worden. Materiell-rechtliche Einwände können in diesem Verfahren nicht erhoben werden.

§ 766 ZPO ist nur einschlägig, wenn eine **Vollstreckungsmaßnahme** vorliegt. Wurde eine Entscheidung getroffen, ist § 793 ZPO (Beschwerde) anzuwenden.

Fraglich ist dabei allerdings, wann von einer Entscheidung i.S.d. § 793 ZPO auszugehen ist. Eine **Entscheidung** liegt nach h.M. dann vor, wenn das Vollstreckungsgericht, z.B. vor Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses den **Gegner angehört** hat oder einen **Antrag des Gläubigers ablehnt**. Ist die Anhörung unterblieben, obwohl sie gesetzlich vorgeschrieben ist (z.B. § 850b III ZPO), so liegt daher nach h.M. keine Entscheidung vor (vgl. OVG Münster NJW 1980, 1709).

Nur in diesen Fällen setzt sich das Vollstreckungsgericht mit dem Vorbringen der Beteiligten auseinander und trifft eine tatsächliche und rechtliche Würdigung, so dass die Annahme des Vorliegens einer Entscheidung gerechtfertigt ist.

#### I. Fallgruppen

1. Schuldner oder Dritter rügen **Art und Weise der Zwangsvollstreckung** durch den Gerichtsvollzieher, (§ 766 I ZPO)
2. Gläubiger wendet sich gegen **Weigerung des GV** in Bezug auf den Zwangsvollstreckungsauftrag, (§ 766 II, 1. Alt. ZPO) / **Kostenansatz** des Gerichtsvollziehers wird gerügt

Soweit es um Maßnahmen des Gerichtsvollzieher geht kommt auch eine **Dienstaufsichtsbeschwerde** in Betracht, allerdings führt dies nur zur Überprüfung der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers unter dienstaufsichtsrechtlichen Aspekten und kann allenfalls **Dienstaufsichts- oder Disziplinarmaßnahmen** nach den einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften zur Folge haben. Die Dienstaufsicht darf den Gerichtsvollzieher nicht zu konkreten Tätigkeiten anweisen (vgl. Musielak-Lackmann, § 766 ZPO, Rn. 3)

3. Schuldner wendet sich gegen eine **Kontopfändung** durch das Vollstreckungsgericht

Problematisch bei Vollstreckungserinnerungen gegen Maßnahmen des Vollstreckungsgerichts ist die **Abgrenzung zur sofortigen Beschwerde** nach § 793 ZPO und zur Rechtspflegererinnerung nach § 11 II RPfIG.

#### a) Abgrenzung zur sofortigen Beschwerde, § 793 ZPO

§ 766 ZPO ist nur einschlägig, wenn eine Vollstreckungsmaßnahme vorliegt. Wurde eine Entscheidung getroffen, ist § 793 ZPO anzuwenden.

Eine **Entscheidung** liegt nach h.M. dann vor, wenn das Vollstreckungsgericht, z.B. vor Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses den Gegner **angehört** hat oder einen **Antrag** des Gläubigers **ablehnt**. Ist die Anhörung unterblieben, obwohl sie gesetzlich vorgeschrieben ist (z.B. § 850b III ZPO), so liegt daher nach h.M. keine Entscheidung vor (vgl. OVG Münster NJW 1980, 1709).

Nur in diesen Fällen setzt sich das Vollstreckungsgericht mit dem Vorbringen der Beteiligten auseinander und trifft eine tatsächliche und rechtliche Würdigung, so dass die Annahme des Vorliegens einer Entscheidung gerechtfertigt ist.

#### b) **Abgrenzung zur Rechtspflegererinnerung, § 11 II RPfIG**

Die Rechtspflegererinnerung kommt nur in Betracht, wenn der Rechtspfleger eine Entscheidung getroffen hat, gegen die kein Rechtsmittel gegeben ist.

Gegen Entscheidungen ohne notwendige mündliche Verhandlung im Vollstreckungsverfahren ist die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO statthaft. Liegt keine Entscheidung vor, so ist die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO gegeben.

### II. **Erinnerungsbefugnis**

Sie ist gegeben, wenn der Erinnerungsführer nach seinem Vortrag **beschwert** ist.

Beschwert ist nur der, der – nach seinem eigenen Vortrag – durch den Vollstreckungsakt **möglicherweise in seinen Rechten beeinträchtigt** worden ist.

Der Gläubiger ist immer dann beschwert, wenn das Vollstreckungsorgan seinen Auftrag nicht, nicht dem Antrag gemäß oder verzögert durchführt. Der Schuldner ist durch jede gegen ihn gerichtete Vollstreckungsmaßnahme beschwert und so möglicherweise in seinen Rechten verletzt.

### III. **Rechtsschutzbedürfnis**

Das Rechtsschutzbedürfnis besteht grundsätzlich vom Beginn der Zwangsvollstreckung bis zu deren vollständiger Beendigung.

## B. **Titelauslegung durch den Gerichtsvollzieher (vgl. BGH in NJW-RR 2013, 511)**

**Fall:** Der Gläubiger betreibt gegen die Schuldnerin die Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil des LG vom 21.12.2009, dessen Urteilsformel in Nrn. 1 und 2 wie folgt lautet:

„1. Die Bekl. (= Schuldnerin) wird verurteilt, an den Kl. (= Gläubiger) ab 01.12.2009 bis zu seinem Tod eine monatliche Altersrente von jeweils weiteren 934,19 Euro, fällig zum 1. eines jeden Monats, nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit 25.06.2009 zu bezahlen.

2. Die Bekl. wird verurteilt, an den Kl. 43 906,93 Euro nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit 25.06.2009 zu bezahlen.“

Der Gläubiger erteilte dem Gerichtsvollzieher einen Vollstreckungsauftrag, wobei er die Formulierung „8 % Zinsen über dem Basiszinssatz“ als „Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz“ verstanden wissen wollte. Der Gerichtsvollzieher lehnte es ab, diesen Vollstreckungsauftrag durchzuführen, da ihm die Bezeichnung der Höhe der Zinsen nicht richtig erschien. Der Gläubiger stellte daraufhin beim LG den Antrag, den Urteilstenor dahingehend zu berichtigen, dass in Nrn. 1 und 2 die Formulierung „nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz“ durch die Formulierung „nebst 8 % Punkten über dem Basiszinssatz“ ersetzt wird. Diesen Antrag hat das LG zurückgewiesen. In der Folge erteilte der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher erneut den genannten Vollstreckungsauftrag. Der Gerichtsvollzieher weigerte sich nach wie vor, diesen auszuführen. Hiergegen legt der Gläubiger Vollstreckungserinnerung ein. Wird diese Erfolg haben?

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

#### I. **Zulässigkeit der Vollstreckungserinnerung**

##### 1. **Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und der allgemeinen Sachentscheidungs Voraussetzungen**

Nach § 766 I ZPO ist das Vollstreckungsgericht, d.h. das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattgefunden hat oder stattfinden soll (§ 764 II ZPO), gem. § 802 ZPO ausschließlich zuständig. Dort entscheidet der Richter (vgl. § 20 Nr. 17 S. 2 RPfIG). Die Vollstreckungserinnerung wurde hier beim zuständigen Amtsgericht eingelegt.

## 2. Statthaftigkeit

Die Vollstreckungserinnerung ist nach § 766 II 1. Alt. ZPO statthaft, wenn der Gläubiger sich **gegen Weigerung des Gerichtsvollziehers in Bezug auf den Zwangsvollstreckungsauftrag wendet**. Dies ist hier der Fall, da der Gerichtsvollzieher sich weigert, den Titel antragsgemäß auszulegen und auf dieser Grundlage die Vollstreckung durchzuführen.

## 3. Erinnerungsbefugnis

Sie ist gegeben, wenn der Erinnerungsführer nach seinem Vortrag **beschwert** ist. Der **Gläubiger** ist immer dann beschwert, wenn das Vollstreckungsorgan seinen **Auftrag nicht, nicht dem Antrag gemäß oder verzögert durchführt**. G ist demnach erinnerungsbefugt.

## 4. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis besteht grundsätzlich **vom Beginn der Zwangsvollstreckung bis zu deren vollständiger Beendigung**. Für den **Gläubiger** besteht das Rechtsschutzbedürfnis wegen § 766 II 1. Alt. ZPO bereits dann, wenn sich der Gerichtsvollzieher weigert, den Vollstreckungsauftrag zu übernehmen. Dies ist der Fall.

## II. Begründetheit der Vollstreckungserinnerung

Die Vollstreckungserinnerung gegen die Weigerung des Gerichtsvollziehers, die beantragte Vollstreckungsmaßnahme auszuführen (§ 766 II ZPO) ist begründet, wenn der Gerichtsvollzieher verpflichtet ist, die Vollstreckungsmaßnahme antragsgemäß vorzunehmen.

Der Gerichtsvollzieher ist hierzu verpflichtet, wenn die Voraussetzungen für die beantragte Vollstreckung vorliegen. Hierzu sind grundsätzlich erforderlich: Titel, Klausel, Zustellung. All dies ist hier gegeben, allerdings stellt sich die Frage, ob der Titel hinsichtlich des Zinsausspruchs hinreichend bestimmt ist.

### 1. Auslegungsrecht der Vollstreckungsorgane

*„Ein Vollstreckungstitel muss den im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzenden **Anspruch** des Gläubigers **ausweisen** und **Inhalt und Umfang der Leistungspflicht** bezeichnen (vgl. BGH, NJW 1986, 1440). Bei einem Zahlungstitel muss der zu vollstreckende **Zahlungsanspruch** **betragsmäßig festgelegt** sein oder sich **zumindest ohne Weiteres aus dem Titel errechnen lassen** (vgl. BGH, NJW 2008, 153 Rn. 22; BGHZ 165, 223 [228] = NJW 2006, 695 m. w.N.).“* (BGH aaO)

Fehlt diese Voraussetzung, so stellt sich die Frage, ob das jeweilige Vollstreckungsorgan befugt ist, Inhalt und Umfang der Leistungspflicht zu ermitteln.

*„Ist der **Inhalt des Titels zweifelhaft**, hat das Vollstreckungsorgan diesen Inhalt gegebenenfalls **durch Auslegung festzustellen** (vgl. BGH, NJW 2008, 153 Rn. 22; BGHZ 165, 223 [228] = NJW 2006, 695; BGH, NJW 1986, 1440; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., Vorb. § 704 Rn. 26).“* (BGH aaO)

### 2. Anwendung auf den Fall

Entsprechend diesen Grundsätzen obliegt es dem Gerichtsvollzieher, den Titel hinsichtlich des Zinsausspruchs auszulegen.

*„Die Formulierung „8% Zinsen über dem Basiszinssatz“ ist mehrdeutig. In Betracht kommt das Verständnis, dass (lediglich) **Zinsen in Höhe von 108% des – gem. § 247 BGB variablen – Basiszinssatzes** ausgeurteilt wurden (vgl. Hartmann, NJW 2004, 1358 [1359 Fußn. 19]; zur Gesetzesgeschichte variabler Zinssätze vgl. Coen, NJW 2012, 3329 [3331 f.]). Die Formulierung kann aber auch so zu verstehen sein, dass – entsprechend der Zinsregelung in § 288 II BGB, die an den Basiszinssatz gem. § 247 BGB als variable Bezugsgröße anknüpft – **Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz** ausgeurteilt wurden. Die Auslegung des Titels ergibt, dass*

Letzteres zutrifft. Die Formulierung „5% Zinsen über dem Basiszinssatz“ wird in der prozessualen Praxis unbeschadet **sprachlicher Ungenauigkeit** ganz überwiegend gleichbedeutend mit der sich an der Zinsregelung in § 288 I 2 BGB orientierenden Formulierung „Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz“ verstanden (vgl. OLG Hamm, NJW 2005, 2238 [2239]; Weidlich, DNotZ 2004, 820 [823]; Führ, JuS 2005, 1095 [1096]; a. M. LAG Nürnberg, NZA-RR 2005, 492; offengelassen von BAGE 109, 369 = NZA 2004, 852 [858]). Für die Formulierung „8% Zinsen über dem Basiszinssatz“ gilt im Hinblick auf die Zinsregelung in § 288 II BGB Entsprechendes. So ist dementsprechend auch der Zinsspruch des LG zu verstehen.“ (BGH aaO)

Allerdings könnte hier deshalb etwas anderes geltend, weil das LG einen entsprechenden Berichtigungsantrag des Gläubigers zurückgewiesen hat.

„Der Beschluss des LG, mit dem der Berichtigungsantrag des Gläubigers zurückgewiesen worden ist, ändert an der Auslegung des Zinsspruchs dahingehend, dass Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz tituliert sind, nichts. Das LG hat in den Gründen dieses Beschlusses ausgeführt, dass es dem **Klageantrag stattgeben** wollte und das verkündet hat, was verkündet werden sollte. Auch der Klageantrag war **nicht anders zu verstehen**, als dass Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verlangt werden.“ (BGH aaO)

### III. Ergebnis

Der Gerichtsvollzieher ist daher verpflichtet, den Vollstreckungsauftrag weisungsgemäß auszuführen. Eine Weigerung ist rechtswidrig. Die Vollstreckungserinnerung ist nicht nur zulässig, sondern auch begründet.

(BGH in MDR 2013, 544; Urteil vom 07.03.2013 - VII ZR 223/11)

Eine Zwischenfeststellungsklage ist zulässig, wenn beide Parteien mit Klage und Widerklage selbständige Ansprüche verfolgen, für die das **streitige Rechtsverhältnis vorgreiflich** ist, mögen sie auch in ihrer **Gesamtheit die Ansprüche erschöpfen**, die sich aus dem Rechtsverhältnis überhaupt ergeben können.

**A. Grundlagenwissen: Die Zwischenfeststellungsklage, § 256 II ZPO**

Die **Zwischenfeststellungsklage** dient dazu, innerhalb eines schwebenden Verfahrens **einzelne verfahrensrechtliche Streitpunkte** zu klären, die zwischen den Parteien oder zwischen diesen und Dritten bestehen.

*Beispiel:* Es besteht Streit über die Echtheit einer vorgelegten Urkunde. Das Gericht kann über die Echtheit durch Zwischenurteil entscheiden und ihre Echtheit feststellen.

*Es besteht Streit über die Zulässigkeit des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil. Das Gericht kann die Zulässigkeit durch Zwischenurteil feststellen.*

Die Zwischenfeststellungsklage nach § 256 II ZPO dient dazu, auch **gerichtlich zu klärende Vorfragen** für den eigentlichen Klageanspruch der Rechtskraft zugänglich zu machen, da anderenfalls nach § 322 I ZPO nur der Streitgegenstand selbst der Rechtskraft zugänglich ist. Sie kann unmittelbar mit der Hauptklage oder auch nachträglich erhoben werden.

**Beispiel:** Der Kläger klagt im Rahmen einer Leistungsklage auf die Herausgabe eines Fahrzeuges. Für die Begründetheit dieser Klage kommt es auf das Bestehen einer Vindikationslage an. Der Kläger kann insofern im Hinblick auf mögliche weitere Ansprüche ein schutzwürdiges Interesse daran haben, dass das Bestehen einer Vindikationslage zwischen ihm und dem Beklagten hinsichtlich des Fahrzeuges oder aber seine Eigentümerstellung in einem Zwischenfeststellungsurteil festgestellt wird.

Der Kläger klagt von einer Forderung aus Kostengründen und um den Anwaltszwang vor den Landgerichten zu umgehen nur den Teilbetrag einer von ihm geltend gemachten Forderung ein. Der Beklagte erhebt hiergegen Einwendungen, die sich bei Bestehen auch gegen den nicht eingeklagten Teil der klägerischen Forderungen richten. Der erhebt daher Zwischenfeststellungsklage hinsichtlich dieser Einwendungen, z.B. Minderung, Rücktritt, Verjährung.

**I. Hauptverfahren**

Die Zwischenfeststellungsklage ist nur zunächst nur dann zulässig, wenn ein **Hauptklageverfahren in der Tatsacheninstanz** (trotz der Beschränkungen auch Berufung) anhängig ist. In der Revisionsinstanz kann keine Zwischenfeststellungsklage mehr erhoben werden (vgl. BGH NJW 1958, 1867; BGH NJW 1961, 777, 779; BGH NJW 1982, 790).

**II. vorgreifliches Rechtsverhältnis**

Die Zwischenfeststellungsklage setzt weiterhin voraus, dass das Rechtsverhältnis über das ein Zwischenfeststellungsurteil ergeht, für die **Entscheidung im Hauptklageverfahren vorgreiflich** ist. Auch hier kann daher nicht über allgemeine, zwischen den Parteien streitige Fragen entschieden werden.

**Vorgreiflichkeit** ist dann anzunehmen, wenn die **Frage**, zu der das Zwischenfeststellungsurteil ergehen soll, **streitig ist** und vom Gericht ohnehin **zur Entscheidung über die Hauptsache herangezogen** werden kann. Die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage hängt allerdings nicht davon ab, welchen von mehreren Prüfungswegen das Gericht für die Begründetheit einschlägt, sondern nur davon, dass die **Hauptsacheentscheidung auch auf die klärungsbedürftige Frage gestützt werden könnte** (vgl. OLG Köln MDR 1981, 678, 679). Anders als der Wortlaut des §256 II ZPO andeutet, kommt es allerdings nicht darauf an, dass das vorgreifliche Rechtsverhältnis erst während des Hauptklageverfahrens streitig geworden ist, sondern die Zwischenfeststellungsklage ist nach dem Normzweck auch möglich, wenn das Rechtsverhältnis **auch schon zuvor streitig** war (vgl. BGH NJW-RR 1990, 318, 319 f.; OLG Hamm NJW-RR 1998, 424).

**Beispiel:** A hat von B ein Fahrzeug gemietet und nach Ablauf der Mietzeit nicht zurückgegeben. B verweigert die Rückgabe des Fahrzeugs an A mit der Begründung, dieser sei gar nicht Eigentümer des Fahrzeugs und könne daher nicht die Rückgabe verlangen.

A erhebt Klage auf Herausgabe des Fahrzeugs und Zwischenfeststellungsklage darauf gerichtet, seine Eigentümerstellung festzustellen. Diese Klärung wollte das Gericht eigentlich gar nicht vornehmen, weil es die Klage schon allein wegen des Ablaufs des Mietvertrages für begründet hält. Es könnte die Klage aber auf einen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB stützen und müsste dafür ohnehin die Eigentümerstellung des A prüfen. Dass es diesen Weg nicht wählen will ändert nichts an der Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage des A.

### III. Rechtsschutzbedürfnis

Über diese Voraussetzungen hinaus muss **kein Feststellungsinteresse** nach den obigen Maßstäben mehr geprüft werden (vgl. BGH NJW 1992, 1897). Eine Beschränkung kann allerdings über das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis erfolgen.

Hat der Kläger kein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Zwischenfeststellung, weil sie **sinnlos** ist und ihm **keinen Vorteil bringt**, so ist die Klage unzulässig. Dies ist insbesondere der Fall wenn die vorgeifliche Rechtsfrage über die im anhängigen Hauptklageverfahren zu klärenden Fragen hinaus **keinerlei Bedeutung mehr** hat oder über sie **mitentschieden** wird.

**Beispiel:** Der Kläger klagt auf Schadensersatz aus §§ 989, 990 BGB und erstrebt ein Zwischenfeststellungsurteil über das Bestehen einer Vindikationslage. Hierfür hat er kein Rechtsschutzbedürfnis, da das Haupturteil über diese Vorfrage des Anspruchs mitentscheidet. Das gleiche gilt bei der Geltendmachung eines Grundbuchberichtigungsanspruchs nach § 894 BGB hinsichtlich eine Feststellung der Eigentümerstellung des Klägers (vgl. RG JW 1936, 3047 Nr. 5).

## B. Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage (vgl. BGH in MDR 2013, 544)

**Fall:** Die Parteien streiten im Rahmen von Klage und Widerklage über gegenseitige Ansprüche aus einem Bauvertrag vom 21.09.1999.

Mit Schreiben vom 03.05.2001 entzog die Klägerin der Beklagten unter Hinweis auf § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B den Auftrag mit sofortiger Wirkung. Die Parteien streiten insbesondere darüber, ob es sich bei dieser Kündigung um eine Kündigung aus wichtigem Grund oder um eine freie Kündigung handelt.

Die Klägerin begehrt die Rückzahlung einer angeblichen Überzahlung (6.254.727,71 € und 457.533,86 €), den Ersatz von entstandenen Mehrkosten für die drittseitige Fertigstellung des Bauvorhabens (12.583.287,35 €) sowie den Ersatz von Schäden aus Bauzeitverlängerung (1.369.950,35 €).

Mit der Widerklage begehrt die Beklagte Schadensersatz für Gutachter und Kopierkosten (309.042,09 € netto) sowie eine Schlussrechnungs-Restforderung (18.858.567,28 € brutto), der unter anderem eine so genannte Kündigungsvergütung für nicht erbrachte Leistungen in Höhe von 9.583.947,44 € netto zugrunde liegt.

Die Klägerin hat eine Zwischenfeststellungsklage erhoben und beantragt:

Es wird festgestellt, dass die von der Klägerin mit Schreiben vom 03.05.2001 ausgesprochene Kündigung des Bauvertrages ihrer Rechtsnatur nach eine berechtigte Kündigung aus wichtigem Grund (Entziehung des Auftrags gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B) ist.

Das Gericht hatte die Zwischenfeststellungsklage für unzulässig erachtet. Zu Recht?

### I. Hauptverfahren

Sofern die Zwischenfeststellungsklage ein Hauptklageverfahren in einer Tatsacheninstanz voraussetzt, ist diese Voraussetzung hier gegeben.

### II. vorgeifliches Rechtsverhältnis

Fraglich ist jedoch, ob es sich bei der Beurteilung der Kündigung als einer solchen aus wichtigem Grund um eine Frage handelt, die **auch außerhalb des Gegenstands des Klageverfahrens** in der Hauptsache **von präjudizieller Bedeutung** ist.

#### 1. Rechtsverhältnis

Mit dem von der Klägerin gestellten Antrag müsste die Feststellung eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 256 II ZPO begehrt werden.

### a) Definition des Rechtsverhältnisses

„Unter Rechtsverhältnis ist eine **bestimmte, rechtlich geregelte Beziehung** einer Person zu **anderen Personen oder einer Person zu einer Sache** zu verstehen (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2008 - VI ZR 244/07, NJW 2009, 751 Rn. 10 m.w.N.). Darunter sind auch einzelne auf einem umfassenderen Rechtsverhältnis beruhende Ansprüche oder Rechte zu verstehen, **nicht dagegen einzelne Vorfragen** (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 1967 - II ZR 171/65, WM 1967, 419). Ein Kündigungsgrund kann allein das Rechtsverhältnis darstellen, wenn die Kündigung selbst bereits zu bestimmten Rechtsfolgen führt (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 1967 - II ZR 171/65, WM 1967, 419; Wieczorek/Schütze/Assmann, ZPO, 3. Aufl., § 256 Rn. 79).“ (BGH aaO)

### b) Anwendung auf den Fall

„Entsprechend diesen Grundsätzen handelt es sich bei "der Rechtsnatur" der mit Schreiben vom 03.05.2001 ausgesprochenen Kündigung (**Kündigung aus wichtigem Grund oder freie Kündigung**) um ein - zwischen den Parteien streitiges - Rechtsverhältnis, weil hiervon im Hinblick auf § 8 Nr. 3 VOB/B einerseits und auf § 8 Nr. 1 VOB/B, § 649 BGB andererseits unterschiedliche Rechtsfolgen abhängen.“ (BGH aaO)

## 2. Bedeutung über den Rechtsstreit hinaus

Fraglich ist jedoch, ob die aufgeworfene Frage auch Bedeutung über den Rechtsstreit hinaus hat.

### a) Grundsatz

Mit der Zwischenfeststellungsklage wird es dem Kläger ermöglicht, neben einer rechtskräftigen Entscheidung über seine Klage auch eine solche über nach § 322 I ZPO **der Rechtskraft nicht fähige streitige Rechtsverhältnisse** herbeizuführen, auf die es für die Entscheidung des Rechtsstreits ankommt.

„Die begehrte Feststellung muss sich allerdings grundsätzlich auf einen Gegenstand beziehen, der **über den der Rechtskraft fähigen Gegenstand des Rechtsstreits hinausgeht**. Für eine Zwischenfeststellungsklage ist daher grundsätzlich kein Raum, wenn mit dem **Urteil über die Hauptklage die Rechtsbeziehungen** der Parteien **erschöpfend geregelt** werden (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 2006 - VII ZR 247/05, BGHZ 169, 153 Rn. 12; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 256 Rn. 26).“ (BGH aaO)

Eine Zwischenfeststellungsklage ist jedoch dann zulässig, wenn mit der **Hauptklage mehrere selbständige Ansprüche** aus dem Rechtsverhältnis verfolgt werden, mögen sie auch in ihrer Gesamtheit die Ansprüche erschöpfen, die sich aus ihm überhaupt ergeben können (vgl. RGZ 144, 54, 59 ff.; RGZ 170, 328, 330).

„Diesen Rechtsgrundsatz hat der Bundesgerichtshof auf den Fall übertragen, dass die **Parteien mit Klage und Widerklage mehrere selbständige Ansprüche verfolgen**, für die das streitige Rechtsverhältnis vorgreiflich ist, mögen sie auch in ihrer Gesamtheit die Ansprüche erschöpfen, die sich aus dem Rechtsverhältnis überhaupt ergeben können (BGH, Urteil vom 13. Oktober 1967 - V ZR 83/66, WM 1967, 1245, 1246; Urteil vom 2. März 1979 - V ZR 102/76, MDR 1979, 746, 747). Dies wird damit begründet, dass in beiden Fällen Teilurteile ergehen können und deshalb die Entscheidungen über das zugrundeliegende Rechtsverhältnis für nachfolgende Teilurteile und das Schlussurteil von Bedeutung sein können.“ (BGH aaO)

### b) Anwendung auf den Fall

Vor diesem Hintergrund könnte die Zwischenfeststellungsklage der Klägerin zulässig sein.

Die Rechtsnatur der Kündigung ist jedenfalls sowohl für die Klage auf Erstattung der Mehrkosten für die drittseitige Fertigstellung des Bauvorhabens



als auch für die Widerklage auf Zahlung einer Kündigungsvergütung für nicht erbrachte Leistungen vorgreiflich.

*„Der Einwand der Beklagten, wegen des engen Verbunds zwischen Klage- und Widerklageantrag sei für den Erlass von Teilurteilen, für die die Zwischenfeststellung von Bedeutung sein könnte, kein Raum, weshalb die Zwischenfeststellungsklage unzulässig sei, ist nicht stichhaltig. Grundsätzlich darf allerdings bei **Klage und Widerklage** ein Teilurteil nur erlassen werden, wenn die **Gefahr widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen** ist (vgl. BGH, Urteil vom 28.11.2002 - VII ZR 270/01, BauR 2003, 381, 382 = NZBau 2003, 153). Die **Gefahr der Widersprüchlichkeit** kann indes gerade **dadurch beseitigt** werden, dass über eine für Klage und Widerklage vorgreifliche Vorfrage ein **Zwischenfeststellungsurteil** gemäß § 256 II ZPO ergeht (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2002 - VII ZR 270/01, BauR 2003, 381, 382 f. = NZBau 2003, 153; Urteil vom 26. April 2012 - VII ZR 25/11, BauR 2012, 1391 Rn. 13 = NZBau 2012, 440).“ (BGH aaO)*

**III. Ergebnis:** Die Zwischenfeststellungsklage der Klägerin ist nach § 256 II ZPO zulässig.

(BGH in NJW 2013, 1163; Urteil vom 18.12.2012 – VI ZR 55/12)

Eine im **Adhäsionsverfahren** auf Antrag des Verletzten (Geschädigten) gegen den Beschuldigten (Schädiger) ergehende Entscheidung **bindet grds. nicht** das **in einem Folgeprozess** gegen den Haftpflichtversicherer des Schädigers zur Entscheidung berufene **(Zivil-)Gericht**.

**Fall:** Der Kl. kam zu Fall, als er nach einer Auseinandersetzung mit dem Bekl. zu 2) von diesem als Fahrer eines bei der Bekl. zu 1) haftpflichtversicherten Pkw angefahren wurde. Der Kl. erlitt eine Distorsion des rechten oberen Sprunggelenks und des rechten Kniegelenks sowie eine Zerrung des inneren Seitenbands des rechten Fußes. Der Bekl. zu 2) wurde wegen gefährlicher Körperverletzung angeklagt. Der Kl. beantragte im Wege des Adhäsionsverfahrens, den Bekl. zu 2) zur Zahlung eines angemessenen Schmerzensgelds (mindestens 2.000 Euro) zu verurteilen. Darüber hinaus verlangte er den Ersatz materieller Schäden. Durch rechtskräftiges Urteil des AG wurde der Bekl. zu 2) wegen fahrlässiger Körperverletzung zu einer Geldstrafe verurteilt. Den Schadensersatzanspruch des Kl. erklärte das Strafgericht wegen fahrlässiger Körperverletzung dem Grunde nach für gerechtfertigt. Die im Adhäsionsverfahren geltend gemachten Ansprüche sind nunmehr Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Fraglich ist, ob das (Zivil-)Gericht auf Grund des **im Adhäsionsverfahren ergangenen Urteils**, das im Verhältnis zwischen dem Kl. und dem Bekl. zu 2) **Bindungswirkung** entfaltet, auch hinsichtlich der Bekl. zu 1) gebunden ist.

I. Die in einem Strafverfahren ergangene Entscheidung über den Antrag des Verletzten auf Ersatz des aus einer Straftat des Beschuldigten erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruchs (§§ 403 f. StPO) **steht** gem. § 406 III 1 StPO **einem im bürgerlichen Rechtsstreit ergangenen Urteil gleich**.

1. Gem. § 406 I 2 StPO kann sich die Entscheidung des Strafgerichts auf den Grund des geltend gemachten Anspruchs beschränken (vgl. BGHSt 47, 378 = NJW 2002, 3560). Macht das Gericht von dieser Möglichkeit Gebrauch, gilt § 318 ZPO entsprechend. Das bedeutet, dass das **im nachfolgenden Betragsverfahren** zur Entscheidung berufene **Zivilgericht** (§ 406 III 4 StPO) **an die im Adhäsionsverfahren getroffene Entscheidung gebunden** ist.

Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 406 Rn 3; Musielak/Musielak, ZPO, 9. Aufl., § 318 Rn 4; Löwe/Rosenberg/Hilger, StPO, 26. Aufl., § 406 Rn 12; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 304 Rn 76

2. Der **Umfang der Bindungswirkung eines Grundurteils** richtet sich danach, worüber das Gericht wirklich entschieden hat. Dies ist durch **Auslegung von Urteilsformel und Entscheidungsgründen** zu ermitteln.

BGH NJW-RR 1987, 1196 = VersR 1987, 939; BGH NJW 2002, 3478 jew. m. w. Nachw.; MüKo-ZPO/Musielak, 3. Aufl., § 304 Rn 12

II. Die **Bindung**, die ein Grundurteil nach § 318 ZPO entfaltet, ist jedenfalls – ebenso wie die Wirkung der materiellen Rechtskraft (§§ 322, 325 I ZPO) – **grds. auf die an dem Verfahren beteiligten Parteien beschränkt**. Da die Bekl. zu 1) an dem Adhäsionsverfahren nicht beteiligt war, vermag die dort ergangene Entscheidung ihr gegenüber mithin keine Bindungswirkung zu entfalten.

vgl. Wieczorek/Schütze/Rensen, ZPO, 3. Aufl., § 304 Rn 69; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., Vorb. § 322 Rn 52 und § 325 Rn 3). (vgl. Wieczorek/Schütze/Rensen, ZPO, 3. Aufl., § 304 Rn 69; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., Vorb. § 322 Rn 52 und § 325 Rn 3)

III. Das im Adhäsionsverfahren gegen den Bekl. zu 2) ergangene Grundurteil ist für den Rechtsstreit des Kl. gegen die Bekl. zu 1) auch nicht deshalb bindend, weil diese als Haftpflichtversicherer des Bekl. zu 2) in Anspruch genommen wird.

In Betracht könnte in dieser Fallgestaltung eine **entsprechende Anwendung der von der Rspr. entwickelten Grundsätze zur Bindungswirkung eines vorangegangenen Haftpflichtprozesses** zwischen dem Geschädigten und dem Versicherungsnehmer für den nachfolgenden **Deckungsprozess** zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer kommen. Die Haftpflichtfrage wird in diesen Fällen grds. abschließend im Haftpflichtprozess entschieden (sog. **Trennungsprinzip**). Die – jedenfalls soweit es um den

Haftungstatbestand geht – geltende Bindungswirkung verhindert, dass die im Haftpflichtprozess getroffene Entscheidung und auch deren Grundlagen nochmals zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer in Frage gestellt werden können (vgl. BGHZ 119, 276 = NJW 1993, 68 m. w. Nachw.).

Diese Grundsätze sind auf den vorliegenden Fall, in dem der Haftpflichtversicherer nicht im Deckungsprozess von seinem Versicherungsnehmer, sondern im Wege der Direktklage durch den Geschädigten (§ 3 Nr. 1 PflVG a. F., jetzt § 115 I 1 Nr. 1 VVG) in Anspruch genommen wird, jedoch nach **BGH aaO** nicht anwendbar.

1. Die für das **Verhältnis zwischen Haftungsprozess und nachfolgendem Deckungsprozess geltende Bindungswirkung** folgt aus dem Wesen der Haftpflichtversicherung und der dort gegebenen umfassenden **Abwehruzuständigkeit des Versicherers**.

BGHZ 71, 339 = NJW 1978, 2154; BGHZ 117, 345 = NJW 1992, 1509; BGH VersR 1959, 256; Reiff VersR 1990, 113; Fetzer VersR 1999, 793; Gottwald/Adolphsen, NZV 1995, 129; Hagen NVersZ 2001, 341

*„Kommt es zum Prozess über den Haftpflichtanspruch, so hat der Versicherungsnehmer die Prozessführung dem Versicherer zu überlassen (§ 5 Nr. 4 S. 1 AHB; vgl. auch §§ 100 f. VVG). Der Versicherer muss im Haftpflichtprozess die Interessen des Versicherten so wahren wie ein von diesem beauftragter Anwalt. Dem Versicherungsnehmer hingegen obliegt ein Anerkennungs- und Beweisverbot; er ist weitgehend den Weisungen des Versicherers unterworfen (§ 5 Nr. 3 AHB). Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Haftpflichtversicherer allein die aus der Prüfung und Abwehr folgende Arbeitslast und Verantwortung trägt. Es wäre widersinnig, wenn der Haftpflichtanspruch in dem vom Versicherer für den Versicherungsnehmer geführten Haftpflichtprozess bejaht würde, dieser aber im anschließenden Deckungsprozess die Haftpflicht verneinen würde (Fetzer VersR 1999, 793).“ (BGH aaO)*

2. Wenn in einem Rechtsstreit zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger über dessen Haftung entschieden wird und in einem Folgeprozess nicht der Schädiger, sondern der Geschädigte den Haftpflichtversicherer des Schädigers (im Wege der Direktklage) in Anspruch nimmt, ist eine **andere Interessenlage** gegeben, da es in diesem Folgeprozess nicht um vertragliche Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnis, sondern um die **Außenhaftung des Haftpflichtversicherers gegenüber einem Dritten** (dem Geschädigten) geht.

*„Für diesen Fall bestimmt § 3 Nr. 8 PflVG a. F. (jetzt § 124 I VVG), dass eine rechtskräftige Klageabweisung ihre Rechtskraft auch für das jeweils andere Prozessrechtsverhältnis entfaltet. In den Fällen des § 115 I VVG hat es der Dritte in der Hand, seinen Anspruch gegen den Schädiger, dessen Haftpflichtversicherer oder gegen beide als Gesamtschuldner geltend zu machen. Die dem Dritten eröffnete Möglichkeit, nach seiner Wahl gegen den Versicherer, den Schädiger oder gegen beide vorzugehen, dient der Verbesserung des Opferschutzes. Der Geschädigte soll, dem Zweck der Pflichtversicherung entsprechend, zeitnah und angemessen entschädigt werden. Ungerechtfertigten Nutzen soll er aus dieser Rechtslage aber nicht erwerben; insbes. darf ihm der Umstand, dass er die Gesamtschuldner auch einzeln und damit möglicherweise nacheinander belangen kann, keinen über die geschuldete Entschädigung hinausgehenden Vorteil bringen (BGH VersR 1979, 841; BGH NJW 1982, 999 = VersR 1981, 1156; BGH NJW-RR 2008, 803 = VersR 2008, 485). Diesem Anliegen entspricht die in § 3 Nr. 8 PflVG a. F. (jetzt § 124 I VVG) angeordnete **Rechtskrafterstreckung** des gegen einen Gesamtschuldner ergangenen klageabweisenden Urteils (MüKo-VVG/Schneider, § 124 Rn 2; Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., § 124 Rn 2). Mit dieser Regelung wäre eine Bindungswirkung, wie sie für den Deckungsprozess besteht, nicht vereinbar.“ (BGH aaO)*

3. Für das **Adhäsionsverfahren** kann nach **BGH aaO** nichts anderes gelten.

*„Das auf Antrag eines Verletzten (Geschädigten) gegen den Beschuldigten (Schädiger) eingeleitete **Adhäsionsverfahren** entspricht dem Haftpflichtprozess des Dritten (Geschädigten) gegen den Schädiger (vgl. §§ 403, 404 II StPO). Die gegen diesen ergehende Entscheidung **steht einem im bürgerlichen Rechtsstreit ergangenen Urteil gleich** (§ 406 III StPO). Sie entfaltet weder Rechtskraft ggü. dem Haftpflichtversicherer des Schädigers noch bindet es das in einem Folgeprozess zur Entscheidung berufene Gericht.*

*Eine entsprechende Anwendung der für den Deckungsprozess geltenden Bindungswirkung auf den Haftungsprozess nach vorausgegangenem Adhäsionsverfahren ist abzulehnen. Sie würde dazu führen, dass die in § 3 Nr. 8 PflVG a. F. (jetzt § 124 I VVG) auch zum Schutz des Versicherers angeordnete **begrenzte Rechtskrafterstreckung** zu seinem Nachteil **unterlaufen** würde. Hinzu kommt, dass der **Versicherer an dem Adhäsionsverfahren nicht beteiligt** ist. Er kann – anders als in einem gegen seinen Versicherungsnehmer (Schädiger) vor dem Zivilgericht geführten Haftungsprozess – das Verfahren weder als Prozessvertreter des Besch. führen (Schirmer DAR 1988, 121), noch hat er die Möglichkeit, zur Wahrung seiner Interessen dem Verfahren als Nebenintervenient beizutreten. Ersichtlich auch aus diesen Erwägungen heraus hat der Gesetzgeber bei der Einführung des **Direktanspruchs** (§ 3 Nr. 1 PflVG a. F.) die in § 3 Nr. 8 PflVG a. F. angeordnete Rechtskrafterstreckung auf Klage abweisende Urteile beschränkt.“ (BGH aaO)*

VwGO **Antragsfrist für Normenkontrollantrag als Ausschlussfrist** VwGO  
 § 47 II **keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich**

(OVG Bln/Bbg. in NVwZ-RR 2013, 294; Beschluss vom 22.11.2012 – OVG 2 A 8/10)

1. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nach § 60 I VwGO in eine gesetzliche Frist gewährt werden.
2. Die Antragsfrist des § 47 II 1 VwGO für die Einreichung eines Normenkontrollantrags ist eine Ausschlussfrist und insofern der Wiedereinsetzung nicht zugänglich.
3. Dies verstößt nicht gegen das verfassungsrechtlich in Art. 19 IV GG verankerte Gebot des effektiven Rechtsschutzes.

## A. Grundlagenwissen: Die Normenkontrollklage nach § 47 VwGO

### I. Zulässigkeit

1. **Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**, § 40 I 1 VwGO
2. Sonstige **Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen** (insb. Zuständigkeit des OVG)
3. **Statthaftigkeit des Antrags**  
 § 47 I Nr. 1 VwGO: **Satzungen nach BauGB** (insb. Bebauungsplan, § 10 BauGB)
4. **Antragsbefugnis, § 47 II 1 VwGO**

Antragsbefugt ist jede natürliche oder juristische Person, die geltend machen kann aktuell oder **in absehbarer Zeit** in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein. Behörden hingegen sind ohne weiteres antragsbefugt.

5. **Vorverfahren** findet nicht statt
6. **Frist, § 47 II 1 VwGO**

**1 Jahr** nach Bekanntmachung

7. **keine Präklusion, § 47 IIa VwGO**

Soweit sich das Verfahren gegen einen Bebauungsplan, eine Satzung nach § 34 IV 1 Nr. 2/3 oder eine Satzung nach § 35 VI BauGB richtet, ist das Verfahren unzulässig, wenn im Normenkontrollverfahren nur solche Einwendungen geltend gemacht werden, die im Rahmen der öffentlichen Auslegung nach § 3 II BauGB oder § 13 II Nr. 2 BauGB oder § 13a II Nr. 1 BauGB nicht oder verspätet geltend gemacht wurden, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist.

### II. Begründetheit

1. Rechtswidrigkeit der Norm
2. Wirksamkeit trotz Rechtswidrigkeit (B-Plan: §§ 214 ff. BauGB)

**Beachte:** Einstweilige Anordnung nach § 47 IV VwGO möglich

## B. Keine Wiedereinsetzung in die Antragsfrist für ein Normenkontrollverfahren (vgl. OVG Bln/Bbg in NVwZ-RR 2013, 294)

**Fall:** Der Normenkontrollantrag richtet sich gegen den am 25.02.2009 als Satzung beschlossenen, im Amtsblatt für die Stadt F.-F. Stadtspiegel – vom 11.03.2009, VII, bekannt gemachten Bebauungsplan F 17 A „Zentrum C.“ der Ag. Der Ast. hat den Normenkontrollantrag am 31.03.2010 gestellt. Nach gerichtlichem Hinweis vom 12.04.2010 beantragte er mit Schriftsatz vom 07.05.2010 Wiedereinsetzung in die Antragsfrist sowie in die Frist zur Stellung des Wiedereinsetzungsantrags. In der Sache beantragt der Ast. sinngemäß, den Bebauungsplan F 17 A „Zentrum C.“ für unwirksam zu erklären. Wie wird das OVG entscheiden.

Zunächst stellt sich schon die Frage, ob der Normenkontrollantrag zulässig ist.

## I. Versäumung der Antragsfrist

Hier könnte der Normenkontrollantrag schon wegen der Versäumung der Antragsfrist unzulässig sein. Der Antrag ist nach § 47 II 1 VwGO innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift zu stellen und hätte dem Gericht insofern am 11.03.2010 vorliegen müssen. Tatsächlich ist der Antrag aber erst am 31.03.2010 gestellt worden.

Der Antrag war daher nicht mehr fristgerecht.

## II. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 60 VwGO

Die Versäumung der Antragsfrist wäre aber unschädlich, wenn dem Ast. aufgrund seines Antrags Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden müsste.

Nach § 60 I VwGO ist auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn jemand ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten.

### 1. Antragsfrist als Ausschlussfrist

Fraglich ist, ob es sich bei der Antragsfrist des § 47 II 1 VwGO danach um eine wiedereinsatzfähige Frist handelt.

*„Das Gericht folgt der herrschenden Auffassung, dass die **Antragsfrist nach § 47 II 1 VwGO als Ausschlussfrist** anzusehen ist, bei der eine Wiedereinsetzung nicht in Betracht kommt (vgl. OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2012, 187 L = BeckRS 2012, 45264; VGH München, Urt. v. 17. 11. 2009 – 1 N 08.2796, in: BeckRS 2010, 50202; OVG Münster, NVwZ-RR 2005, 290; OVG Schleswig, NordÖR 2001, 29).*

*Dafür spricht der mit der Befristung von Normenkontrollanträgen verfolgte **Zweck**, eine **relative Rechtssicherheit** zu schaffen, d. h. die der Möglichkeit einer Normenkontrolle unterworfenen Norm alsbald vor einer allgemein verbindlichen Verwerfung (vgl. § 47 V 2 VwGO) zu schützen und ihr damit **faktisch erhöhten Bestandsschutz** zu verschaffen (vgl. Gerhard/Bier, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Jan. 2012, § 47 Rn. 35). Dies dient, wenngleich ebenfalls nur relativ, den Interessen derjenigen Normbetr., die sich auf den Bestand der Norm einrichten wollen. Hinzu tritt bei Bebauungsplänen das **Interesse des Trägers der Planung**, das mit dem Plan verfolgte **städtetbauliche Konzepte umzusetzen** oder zur Grundlage weiterer Planungen zu machen, ohne etwaige Normenkontrollanträge in seine Erwägungen einstellen zu müssen.“ (OVG Bln/Bbg. aaO)*

### 2. Gebot des effektiven Rechtsschutzes

Fraglich ist allerdings, ob ein solcher Stand mit dem durch Art. 19 IV GG gewährleisteten Gebot des effektiven Rechtsschutzes zu vereinbaren ist.

*„Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG erscheint der Ausschluss der Wiedereinsetzung als unbedenklich, da der danach gebotene **Rechtsschutz auch im Wege des Individualrechtsschutzes** gewährleistet werden kann. So können sich Betroffene bei Bebauungsplänen im Wege von Anfechtungs- oder Verpflichtungsklagen gegen den Plan umsetzende Maßnahmen zur Wehr setzen und in diesen Verfahren eine **inzidente Prüfung der Wirksamkeit der Plans erreichen**.*

*Die Beschluss des **BVerwG** vom 22. 6. 1999 (BVerwGE 109, 148 = LKV 2000, 208), steht der Annahme einer Ausschlussfrist ebenfalls nicht entgegen. In diesem Verfahren ging es um die Frage, ob die durch das Gesetz zur Beschränkung von Rechtsmitteln in der Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 22.04.1993 (BGBl I, 466 [487]) für Normenkontrollanträge gem. § 47 I Nr. 1 VwGO eingeführte Drei-Monats-Frist auch auf vor Inkrafttreten dieses Gesetzes bekannt gemachte Bebauungspläne Anwendung findet. Im Hinblick darauf, dass diese **Frage erst im Wege richterlicher Rechtslückenschließung geklärt** werden konnte, hat das BVerwG die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung bejaht. Um eine solche Gesetzeskonstellation geht es hier aber nicht (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2005, 290; VGH München, Urt. v. 17. 11. 2009 – 1 N 08.2796, in: BeckRS 2010, 50202; OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2012, 187 L = BeckRS 2012, 45264). Das Vorbringen des Ast. rechtfertigt keine andere Entscheidung. Die für die Annahme einer Ausschlussfrist genannten Gründe sprechen dagegen, eine Wiedereinsetzung ausnahmsweise beim Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalls zuzulassen. Derartige Umstände sind zudem durch die Berufung darauf, dass den Ast. persönlich kein Verschulden an der Fristversäumung treffe, nicht dargelegt. Nicht nachvollziehbar ist auch das Vorbringen des Ast., ein **effektiver Rechtsschutz sei lediglich durch die prinzipiale Nichtigkeitserklärung** des Bebauungsplans gewährleistet.“ (OVG Bln/Bbg. aaO)*

### 3. Versäumung der Wiedereinsetzungsfrist

Zudem könnte eine Wiedereinsetzung in die Antragsfrist auch daran scheitern, dass die Wiedereinsetzungsfrist des § 60 II 1 VwGO nicht eingehalten wurde. Danach muss die Wiedereinsetzung innerhalb einer Frist von 2 Wochen nach Wegfall des Hindernisses beantragt und die versäumte Handlung nachgeholt werden.

*„Für den **Beginn der Antragsfrist** nach § 60 II 1 VwGO ist der Zeitpunkt maßgeblich, ab dem dem Betr. die **Versäumung der Frist** für den Normenkontrollantrag bekannt war oder bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte **bekannt sein müssen** (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl. [2011], § 60 Rn. 26). Dies war am 31.03.2010 der Fall, denn der damalige **Prozessbevollmächtigte** des Ast., dessen **Verschulden** sich dieser gem. § 173 VwGO i. V. mit § 85 II ZPO **zurechnen lassen** muss, hätte bei der Unterzeichnung des an diesem Tag ausgefertigten Normenkontrollantrags **bemerk** **müssen**, dass die **Antragsfrist** – anders als bei Erstellung des unverändert übernommenen Antragsentwurfs vom November 2009 – **bereits verstrichen** war. Der Wiedereinsetzungsantrag hätte deshalb bis zum 14.04.2010 gestellt werden müssen. Er ist jedoch erst am 07.05.2010 eingegangen. Dass sein Bevollmächtigter an der rechtzeitigen Stellung des Wiedereinsetzungsantrags **unverschuldet verhindert** war (§ 60 I VwGO), hat der Ast. **nicht glaubhaft** gemacht. In dem Schriftsatz vom 07.05.2010 werden lediglich Gründe dafür benannt, weshalb die Antragsfrist nach § 47 II Nr. 1 VwGO versehentlich auf den 31.03.2010 notiert und zudem der am 16. 4. 2010 eingegangene gerichtliche Hinweis auf die Versäumung dieser Frist versehentlich erst am 07.05.2010 der zuständigen Rechtsanwältin vorgelegt worden sei.*

*Dies erklärt nicht, warum der Bevollmächtigte des Ast. die **Versäumung der Antragsfrist** nach § 47 II Nr. 1 VwGO **nicht bei der Unterzeichnung** des Normenkontrollantrags am 31.03.2010 **bemerkt** und nicht bis zum 14.04.2010 Wiedereinsetzung beantragt hat.“ (OVG Bln/Bbg. aaO)*

### III. Ergebnis

Die Antragsfrist des § 47 II 1 VwGO wurde versäumt. Die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezüglich der Antragsfrist für einen Normenkontrollantrag liegen nicht vor. Es handelt sich bei der Antragsfrist um eine Ausschlussfrist und zudem wurde die Wiedereinsetzungsfrist nicht eingehalten.

Dem Inhaber einer **Auflassungsvormerkung** nach § 883 BGB steht gegen die an den Grundstückseigentümer gerichtete baurechtliche Beseitigungsverfügung ein **eigenes Anfechtungsrecht** nur zu, wenn zum Zeitpunkt des Erlasses der Beseitigungsverfügung bereits **Besitz, Nutzungen und Lasten** auf ihn übergegangen sind.

### A. Grundlagenwissen: Die Klagebefugnis des Nichtadressaten im Baurecht

Ergehen gegen den Eigentümer eines Grundstücks belastende Verwaltungsmaßnahmen (Abrissverfügung, Nutzungsuntersagung usw.), so stellt sich die Frage, ob neben dem Eigentümer, der als Adressat des belastenden Verwaltungsaktes ohnehin nach der Adressatentheorie klagebefugt ist, auch andere Personen, die von der nachteiligen Entscheidung betroffen sind, gegen diese vorgehen können.

Nach ständiger Rechtsprechung können grundsätzlich neben dem Eigentümer nur andere dinglich Berechtigte sich auf subjektiv-öffentliche Rechtspositionen berufen.

Dinglich berechtigt etwa der Inhaber eines **Erbbauerechts** (dazu BVerwG Buchholz 406.19 (Nachbarschutz) Nr. 75; HessVGH BRS 22 Nr. 169) oder aber der **Nießbraucher** (BayVGH BRS 22 Nr. 170) bzw. der **Käufer** eines Grundstücks, auf den der **Besitz sowie Nutzungen und Lasten übergegangen** sind und zu dessen Gunsten eine **Auflassungsvormerkung** in das Grundbuch eingetragen ist (BVerwG, Urt. v. 29.10.1982, aaO; BVerwG NJW 1988, 1228 zum eingetragenen“ Nießbrauchsrecht).

Wer dagegen **lediglich ein obligatorisches Recht** an einem Grundstück von dessen Eigentümer ableitet (vorrangig also der **Mieter oder Pächter**), hat aus dieser Rechtsposition gegen die einem Nachbarn erteilte Baugenehmigung grundsätzlich keine öffentlich-rechtlichen Abwehrrechte. Er kann vielmehr seine Rechtsposition **grundsätzlich nur dem Eigentümer gegenüber** geltend machen. Ein baurechtlicher Nachbarschutz steht nicht einmal einem als Hoferben bereits eingesetzten und den Hof bewirtschaftenden Landwirt zu (BVerwG, Urt. v. 11.5.1989, aaO.). Ebenso wenig folgen aus ehe- oder familienrechtlichen Bindungen oder etwa einem gemeinsamen Wohnsitz nachbarliche Abwehrrechte (BVerwG, Beschl. v. 26.07.1990, aaO.). (vgl. OVG Lüneburg: Urteil vom 22.03.1996 - 1 L 1201/95; BeckRS 1996, 21420).

Allerdings ist der Pächter im Normenkontrollverfahren auch als obligatorisch Berechtigter antragsbefugt, soweit eine seiner Pacht widersprechende Nutzungsart festgelegt wird (vgl. BVerwG, NVwZ 2000, 806).

### B. Anfechtungsrecht des Vormerkungsberechtigten gegenüber Abrissverfügung (vgl. VG Saarlouis, NJOZ 2013, 647)

**Fall:** Die Ehefrau des Kl. ist Alleineigentümerin des Grundstücks Gemarkung L., Flur 2, Parzellen Nrn. 4/8, 5/2, 5/3 und 5/4. Für einen Teil dieses Grundstücks ist zu Gunsten des Kl. im Grundbuch von L. bezüglich der Parzellen Nrn. 5/2, 5/3 und 5/4 eine Auflassungsvormerkung am 27.06.2007 eingetragen. Die Parzelle Nr. 4/8 (P-Weg 3) ist mit einem Wohnhaus bebaut, das von der Ehefrau des Kl. bewohnt wird. Der Kl. verbüßt – soweit zurzeit ersichtlich – derzeit eine Haftstrafe in der JVA A-Stadt.

Mit Bauschein vom 29.04.2009 erteilte der Bekl. der Ehefrau des Kl. und Alleineigentümerin die Genehmigung zum „Neubau eines Unterstandes für Garten- und Hobbygeräte, Errichtung einer gemeinsamen Stützmauer“ als nachträgliche Genehmigung für das Grundstück Gemarkung L., Flur 2, Parzelle Nr. 5/3. Der Bauschein enthält u. a. unter Nr. 4 folgende Auflage:

*„Der im o. g. Bauvorhaben beantragte und genehmigte Unterstand ist ausschließlich zur Unterbringung von Garten- und Hobbygeräten nutzbar, die ohne Zufahrt bzw. Zuwegung einzustellen sind. Die Benutzung der Parzelle Nr. 5/3 aus südlicher Richtung als Zuwegung zu dem im Vorhaben genehmigten Unterstand ist nicht zulässig.“*

Anlässlich einer Ortsbesichtigung am 25.08.2010 stellte der Bekl. fest, dass das Bauvorhaben auf der Parzelle Nr. 5/3 abweichend von der erteilten Baugenehmigung ausgeführt worden war.

Nach Anhörung der Grundstückseigentümerin, Bauherrin und Ehefrau des Kl., forderte der Bekl. diese mit Bescheid vom 14.10.2010 auf, den ohne die erforderliche Baugenehmigung ausgeführten Unterstand auf den Parzellen Nrn. 5/3 und 4/8 innerhalb von acht Wochen nach Unanfechtbarkeit des Bescheids restlos zu beseitigen. Gemäß §82 I SaarlBO sei die Beseitigung anzuordnen, da das Vorhaben die erforderliche Abstandsfläche zum rechtsseitigen Grundstück nicht einhalte und damit § 7 SaarlBO widerspreche. Abweichungsvoraussetzungen nach § 68 I SaarlBO lägen nicht vor. Komme eine nachträgliche Genehmigung nicht in Betracht, so sei anders als durch die angeordnete Beseitigung der Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht auszuräumen. Für den Fall der Nichtbefolgung wurde des Weiteren die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 500 Euro angedroht. Seitens der Adressatin des Bescheids wurde kein Widerspruch gegen die Beseitigungsverfügung eingelegt.

Am 28.10.2010 meldete sich der Kl. bei dem Bekl. und teilte mit, ihm sei durch den Anwalt seiner Ehefrau der Bescheid übermittelt worden. Auf Grund der zu seinen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung lege er Widerspruch gegen den Bescheid ein, den der Rechtsausschuss für den Regionalverband X. den Widerspruch zurückwies. Mit seiner Klage hat der Kl. die ihm zugegangenen Bescheide weiter angegriffen. Wird er damit Erfolg haben?

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

### I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen.

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

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, sofern keine auf- oder abdrängenden Sonderzuweisen eingreifen.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Dies ist nach der modifizierten Subjektstheorie der Fall, wenn die streitentscheidenden Normen einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigten oder verpflichten.

Hier wird um die Rechtmäßigkeit einer Abrissverfügung gestritten. Dabei handelt es sich um eine bauordnungsrechtliche Maßnahme. Deren Rechtmäßigkeit richtet sich nach den Vorschriften des öffentlichen Baurechts, die nach der modifizierten Subjektstheorie ohne weiteres als öffentlich-rechtlich anzusehen sind.

Da hier im Sinne der Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit auch keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist der Rechtsstreit auch nichtverfassungsrechtlich im Sinne des § 40 I 1 VwGO, so dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

#### 2. Statthaftigkeit der Klage

Der Kl. wendet sich gegen eine Bauabrissverfügung. Hierbei handelt es sich ohne Weiteres um einen belastenden Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG, so dass die Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Alt VwGO die statthafte Klageart ist.

#### 3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Der Kl. muss nach § 42 II VwGO auch geltend machen können, in seinen Rechten verletzt zu sein. Bei der Anfechtungsklage greift grundsätzlich die Adressatentheorie, nach welcher der Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes stets in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt sein kann und daher ohne weiteres klagebefugt ist.

*„Eine Betroffenheit in „eigenen Rechten“ könnte sich für den Kl. daher nur dann ergeben, wenn er explizit Adressat der nach § 82 I SaarlGO erlassenen Beseitigungsverfügung wäre. Das ist indes nicht der Fall. Die Verfügung ist ausdrücklich an die Bauherrin des beanstandeten Bauwerks gerichtet. Diese ist zugleich Alleineigentümerin des Grundstücks, auf dem das Gebäude erstellt wurde.“ (VG Saarlouis aaO)*

Allerdings ist der Kl. hier nicht Eigentümer des Grundstücks, auf welchem sich das abzureißende Gebäude befindet und daher auch nicht Adressat der Abrissverfügung. In einem solchen Fall kann die Adressatentheorie keine Anwendung finden.



Vielmehr findet die Möglichkeitstheorie Anwendung, nach welcher eine Klagebefugnis nach § 42 II VwGO anzunehmen ist, wenn die Verletzung des Kl. in einem subjektiv-öffentlichen Recht nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint. Fraglich ist daher, ob sich der Kl. auf eine solche subjektiv-öffentliche Rechtsposition berufen kann.

*„Baurechtliche Regelungen sind grundstücksbezogen. Sie betreffen in der Regel nur den Grundstückseigentümer oder den Inhaber eigentumsähnlicher Rechtspositionen. Ebenso wenig wie die öffentlich-rechtliche Baugenehmigung Dritten als Inhaber privater Rechte grundsätzlich keine privatrechtliche Duldungspflicht auferlegt, wendet sich die baurechtliche Beseitigungsverfügung im Regelfall an den Handlungsstörer (Bauherr) oder an den Zustandsstörer (Grundstückseigentümer). Dabei ist zu beachten, dass die Polizeipflichtigkeit an einer Sache ihre Grenzen in der tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsgewalt des Pflichtigen über diese hat und deshalb zum Beispiel ein Miteigentümer allein zu Eingriffen in die Sachsubstanz oder Verfügungen über die gemeinsame Sache gegen den Willen des anderen Eigentümers nicht befugt ist (§ 744 I BGB). Wird durch eine Beseitigungsverfügung einem Grundstückseigentümer in diesem Sinne etwas rechtlich oder tatsächlich Unmögliches abverlangt, so muss dieses Hindernis im Falle einer Zwangsvollstreckung durch Ausspruch eines Duldungsgebots ausgeräumt werden (VGH München, Bay. Verwaltungsblätter 1997, 248; VGH Kassel, DEV 1996, 383).“ (VG Saarlouis aaO)*

Eine Rechtsbetroffenheit könnte sich für den Kl. deshalb nur daraus ergeben, dass er an dem fraglichen Grundstück eine dem Eigentümer ähnliche dingliche Rechtsposition hat, in die durch die Beseitigungsverfügung eingegriffen wird. Der Kl. beruft sich im vorliegenden Fall auf seine Rechte, die sich daraus ergeben, dass zu seinen Gunsten eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist. Fraglich ist, ob es sich hierbei um eine eigentumsähnliche Rechtsposition im Sinne des Vorstehenden handelt.

*„Wie der Rechtsausschuss für den Regionalverband bereits zutreffend herausgestellt hat, erwirbt der Inhaber einer Auflassungsvormerkung an einem Grundstück eine baurechtlich beachtliche Rechtsposition nur dann, wenn zugleich Besitz, Nutzungen und Lasten auf ihn übergegangen sind. Erst dann stellt ihn die Rechtsprechung einem Grundstückseigentümer gleich (BVerwG, NJW 1983, 1626 = NVwZ 1983, 472 L und NJW 1994, 1233 = NVwZ 1994, 682 L).*

*Vorliegend sind seit Eintragung der Auflassungsvormerkung weder Besitz noch Nutzungen noch Lasten auf den Kl. übergegangen. Derlei wird von ihm auch nicht behauptet und der Umstand, dass es die Ehefrau des Kl. als Alleineigentümerin war, die den am 29.04.2009 erteilten Bauschein beantragt hat, dessen abweichende Ausnutzung nunmehr Gegenstand der Beseitigungsverfügung ist, belegt, dass diese weiterhin die Sachherrschaft über die Bauparzelle Nr. 5/3 hat. Zwar ist der Kl. mit der Grundstückseigentümerin verheiratet, das begründet jedoch nur zivilrechtliche, insbesondere familienrechtliche Rechtsbeziehungen zu der Ehefrau, lässt aber seine Rechtsstellung gegenüber dem Grundstück unberührt. Er hat nicht einmal die rechtliche Befugnis Zwangsmaßnahmen des Bekl. zur Vollstreckung der bestandskräftigen Beseitigungsverfügung zu verhindern.*

*Da der Kl. auch nicht behauptet, den Widerspruch und die Klage im Namen der Adressatin der Beseitigungsverfügung erhoben zu haben und auch dafür ansonsten keinerlei Anhaltspunkte bestehen, ist seine Klagebefugnis zu verneinen.“ (VG Saarlouis aaO)*

Der Kläger kann sich daher auf keine subjektiv-öffentliche Rechtsposition berufen, die verletzt sein könnte.

## II. Ergebnis

Der Kläger ist nicht nach § 42 II VwGO klagebefugt. Die Klage ist unzulässig.

## 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  
§ 439

### Urkundenbeweis Zulässigkeit des Bestreitens mit Nichtwissen (BGH in MDR 2013, 486; Beschluss vom 16.11.2012 – V ZR 179/11)

ZPO

Der **Gegner des Beweisführers** kann die **Echtheit einer Urkunde grds. mit Nichtwissen bestreiten**, wenn er an ihrer Errichtung nicht mitgewirkt hat.

„Von der **Erhebung weiterer Beweise zur Echtheit einer Urkunde** hätte das Gericht nur absehen dürfen, wenn der Gegner des Beweisführers - hier also der Bekl. - die Echtheit der Urkunde nicht oder nicht ausreichend sub-stantiell bestritten hätte. Denn dann gälten sie nach § 439 III i.V.m. I ZPO als anerkannt; ihre Echtheit bedürfte keines Beweises (vgl. § 440 I ZPO). So liegt es hier aber nicht. Der Bekl. hat die Echtheit der vorgelegten Urkunden bestritten und dies mit dem Vorhandensein von zwei unterschiedlichen Originalen der ursprünglichen Vereinbarung und der Vorlage der Änderungsvereinbarung erst im Rechtsstreit begründet. Dieses **Bestreiten reicht aus, weil sich der Bekl. auch mit einem Bestreiten mit Nichtwissen hätte begnügen dürfen** (vgl. dazu: Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 138 Rn 13).“ (BGH aaO)

KSchG  
§§ 1, 6

### Präklusion verspäteten Vorbringens Kündigungsschutzprozess (BAG in BB 2013, 1012; Urteil vom 25.10.2012 – 2 AZR 845/11)

KSchG

Nach **§ 6 S. 1 KSchG** kann sich der **Arbeitnehmer zur Begründung der Unwirksamkeit einer Kündigung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung** erster Instanz **auch auf innerhalb der Frist des § 4 KSchG nicht geltend gemachte Gründe berufen**, sofern er überhaupt **fristgerecht Kündigungsschutzklage erhoben** hat.

„**§ 6 S. 1 KSchG ist damit eine Präklusionsvorschrift** (BAG AP KSchG 1969 § 6 Nr. 6 = EzA KSchG § 6 Nr. 4; Eylert NZA 2012, 9; Raab RdA 2004, 321). Die Präklusionswirkung nach § 6 S. 1 KSchG tritt nicht ein, wenn das Arbeitsgericht seiner Hinweispflicht nach § 6 S. 2 KSchG nicht genügt hat. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer den weiteren Unwirksamkeitsgrund auch noch in zweiter Instanz geltend machen (vgl. für die Befristungskontrollklage BAGE 138, 9; ebenso KR-Friedrich, 10. Aufl., § 6 KSchG Rn 38 m. w. Nachw.).“

Das ArbG hatte der Kl. keinen Hinweis nach § 6 S. 2 KSchG erteilt. Die prozessleitende Anordnung nach § 61a IV ArbGG, auf die zu erwartende Klageerwiderung binnen bestimmter Frist abschließend weiter vorzutragen, erfüllte diese Hinweispflicht nicht.“ (BAG aaO)

StGB  
§ 78c I Nr. 3

### Verfolgungsverjährung Unterbrechung durch Beauftragung eines Sachverständigen (BGH in NJW 2013, 1174; Beschluss vom 29.01.2013 – 2 StR 510/12)

StGB

**Stellt die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten gem. § 170 II 1 StPO ein und führt es sodann gegen Unbekannt weiter**, wird die **Verfolgungsverjährung gegen den (früheren) Beschuldigten nicht durch die Beauftragung eines Sachverständigen** durch die Staatsanwaltschaft oder einen Richter nach § 78c I Nr. 3 StGB unterbrochen.

I. Die **Unterbrechung der Verfolgungsverjährung wirkt** gem. § 78c IV StGB **nur gegenüber demjenigen, auf den sich die Unterbrechungshandlung bezieht**.

„Daraus folgt, dass **nur eine gegen eine bestimmte Person gerichtete, nicht aber eine die Ermittlung des noch unbekanntem Täters bezweckende Untersuchungshandlung geeignet ist, die Verjährung zu unterbrechen** (vgl. BGHSt 42, 283 = NJW 1997, 598 = NStZ 1997, 346). Der Täter muss im Zeitpunkt der Unterbrechungshandlung „der Person nach“ bekannt sein, d. h. er muss – wenn auch nicht unter zutreffendem Namen – als Tatverdächtiger in den Akten genannt sein (vgl. BGH GA 1961, 239; BGH BGHR StGB § 78c Abs. 1 Beschuldiger 1; BGHSt 24, 321 = NJW 1972, 914; BGHSt 42, 283 = NJW 1997, 598 = NStZ 1997, 346; BGH NJW 2007, 2648 = NStZ 2008, 158). Eine Untersuchungshandlung in einem Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt genügt dagegen zur Verjährungsunterbrechung nicht (vgl. RGSt 6, 212; BGHSt 2, 54; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 78c Rn 4; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 78c Rn 5; Rudolphi/Wolter, SK-StGB, 8. Aufl., § 78c Rn 6; Schmid, LK-StGB, 12. Aufl., § 78c Rn 3).“ (BGH aaO)

II. Eine **andere Beurteilung** ist auch **nicht dann geboten, wenn das Verfahren vor der Beauftragung eines Sachverständigen schon einmal gegen den Angekl. gerichtet und dieser als Beschuldigter vernommen worden war**.

„Bei wertender Betrachtung **macht es keinen Unterschied, ob das Ermittlungsverfahren von vornherein gegen Unbekannt geführt oder ob der Beschuldigte vor der Unterbrechungshandlung durch eine Verfahrenseinstellung gem. § 170 II 1 StPO aus dem Kreis der Tatverdächtigen ausgeschieden** worden ist. Wegen der Bedeutung der Verjährung und der **Rechtssicherheit** im Hinblick auf ihren Ablauf (BGH NJW 2007, 2648 = NStZ 2008, 158) ist allein darauf abzustellen, ob

der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Unterbrechungshandlung – hier der Beauftragung der Sachverständigen gem. § 78c I Nr. 3 StGB – aus den Akten als Tatverdächtiger hervorgeht. Hierfür spricht auch, dass die Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung als Ausnahmevorschriften eng auszulegen sind (vgl. BGHSt 28, 381 = NJW 1979, 2414).

Hieran ändert es auch nichts, dass der Angekl. vor der Einstellung des gegen ihn zunächst geführten Ermittlungsverfahrens als Beschuldigter vernommen worden und damit diese in § 78c I Nr. 3 StGB vorgesehene Voraussetzung für die Unterbrechung der Verjährungsfrist erfüllt war; denn vom **Schutzzweck des § 78c I Nr. 3 StGB** aus gesehen ist ein Beschuldigter, gegen den ohne sein Wissen ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde, einem (früheren) Beschuldigten gleichzustellen, dessen Ermittlungsverfahren nach seiner Vernehmung gem. § 170 II 1 StPO eingestellt worden ist. In beiden Fällen hat der Beschuldigte keine Kenntnis von den gegen ihn gerichteten Ermittlungen, obwohl in deren Rahmen – möglicherweise mehrfach – Unterbrechungshandlungen erfolgen können (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 78c Rn 11). Der Umstand, dass das Verfahren mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt und ihm dies – wie hier – mitgeteilt worden ist, gibt einem Beschuldigten gerade keinen Anlass, noch mit weiteren gegen ihn gerichteten Ermittlungen zu rechnen.“ (BGH aaO)

---

**StPO** **BGB**  
**§§ 142 I, 397a III 2** **Nebenklage**  
**Zulässigkeit einer Gruppenvertretung**  
(OLG Hamburg in NSTZ-RR 2013, 153; Beschluss vom 17.12.2012 – 2 Ws 175/12)

Die **gleichzeitige Vertretung mehrerer Nebenkläger durch denselben Rechtsbeistand ist grds. zulässig.**

„Der Senat hält vor dem Hintergrund der hier vorliegenden **besonderen Konstellation**, in der sich zahlreiche nahe Angehörige eines einzigen Getöteten der öffentlichen Klage als Nebenkl. angeschlossen haben, die grds. Überlegungen des LG, jedenfalls bei **gleichgerichteten Interessen der Nebenkl.** diesen für die Wahrung ihrer Nebenklägerrechte nicht jeweils einen eigenen Beistand zu bestellen, für erwägenswert. Die Kosten würden bei einer derartigen Mehrfachvertretung – da der in der gleichen Angelegenheit tätige Nebenklägervertreter lediglich Anspruch auf eine nach VV Nr. 1008 der Anlage 1 zu § 2 II RVG erhöhte Gebühr hat (vgl. hierzu Gerold/Schmidt, RVG, 20. Aufl., VV 1008 Rn 95; OLG Düsseldorf VRS 80, 55) – gegenüber der Einzelvertretung, in der jeder Rechtsanwalt grds. seine Gebühren in voller Höhe abrechnen kann, ganz erheblich reduziert. Dieser Gesichtspunkt dürfte im Rahmen des § 142 I StPO, der auch **fiskalische Interessen schützt** (vgl. Lehmann NSTZ 2012, 188 mwN), nicht nur auf Grund der durch die Einzelvertretung entstehenden, **vermeidbaren Mehrbelastungen der Staatskasse** in die vom Vorsitzenden zu treffenden Ermessenserwägungen einzustellen sein. In gleicher Weise darf nach Auffassung des Senats nicht völlig außer Acht gelassen werden, dass die notwendigen Auslagen der Nebenkl. im Falle seiner Verurteilung regelmäßig dem Angekl. aufzuerlegen sind (§ 472 StPO) und die daraus resultierenden Verbindlichkeiten seiner **späteren Resozialisierung entgegenstehen** können. Dies wird im vorliegenden Fall besonders anschaulich, in dem den Angehörigen des Getöteten durch das LG bereits sechs Rechtsanwälte beigeordnet worden sind, so dass angesichts von bislang terminierten 23 Hauptverhandlungstagen mit hieraus resultierenden, ganz erheblichen Kosten der Nebenklage zu rechnen ist, ohne dass erkennbar ist, dass die Bestellung von personenverschiedenen Rechtsbeiständen in dem erfolgten Umfang für die ersichtlich gleichgelagerte Wahrnehmung der Rechte der Nebenkl. erforderlich oder in irgendeiner Weise für das Verfahren förderlich wäre.“ (OLG Hamburg aaO)

---

**StPO** **StPO**  
**§ 149 II** **Adhäsionsverfahren**  
**Kein Anhörungsrecht für Betreuer**  
(BGH in FamRZ 2013, 547; Beschluss vom 25.09.2012 – 4 StR 354/12)

Die Regelung des **§149 II StPO** ist im Adhäsionsverfahren **nicht analog auf den Betreuer anwendbar.**

„Dass für den Angekl. eine Betreuung eingerichtet ist, die auch den Aufgabenkreis „Abwehr und Geltendmachung von Ansprüchen“ umfasst, stand der vom Landgericht ohne Beteiligung oder Anhörung des Betreuers getroffenen Adhäsionsentscheidung nicht entgegen. Insoweit **unterscheidet sich das Strafverfahrensrecht von der im sachlichen Geltungsbereich der Zivilprozessordnung gem. §§ 51 I, 53 ZPO i.V.m. §§ 1902, 1903 BGB geltenden Rechtslage**, wonach der Betreuer in seinem gerichtlich festgelegten Aufgabenkreis der gesetzliche Vertreter des Betreuten auch vor Gericht ist (BGH NSTZ 1996, 610). Die **Wahrnehmung der Interessen des Angekl. im Strafverfahren liegt allein in den Händen des (notwendigen) Verteidigers** (BGH aaO). Auch eine entsprechende Anwendung von § 149 II StPO auf den Betreuer scheidet aus (BGH NSTZ 2008, 524; Erman/Roth, BGB, 13. Aufl., § 1896 Rn 72; a. A. MüKo-BGB/Schwab, BGB, 5. Aufl., § 1896 Rn 94).“ (BGH aaO)

---

**StPO** **StPO**  
**§ 338 Nr. 1** **Revisionsgrund**  
**Besetzungsrüge**  
(KG in NSTZ-RR 2013, 156; Urteil vom 09.10.2012 – (3) 121 Ss 166/12)

Der Umstand, dass eine **an der Hauptverhandlung als Schöffin beteiligte Muslimin** ein sog. **Hidschab-Kopftuch trug**, hat **nicht** deren **Unfähigkeit zur Bekleidung des Schöffenamtes zur Folge** und kann daher der **Besetzungsrüge nach § 338 Nr. 1 StPO nicht zum Erfolg verhelfen.**

- I. Nach **§ 32 GVG** sind nur solche **Personen unfähig, das Schöffenamt zu bekleiden**, die infolge Richterspruchs die **Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter nicht besitzen**, wegen einer vorsätzlichen Tat **zu einer Freiheitsstrafe von mehr als 6 Monaten verurteilt** worden sind **oder gegen die ein Ermittlungsverfahren wegen einer Tat schwebt, das den Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter zur Folge hat.**

Soweit ein Schöffe, bei dem die Voraussetzungen nach § 32 GVG vorliegen, an einer Hauptverhandlung mitwirkt, begründet dies eine vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts, die mit der Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 1 StPO erfolgreich beanstandet werden kann (Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 32 GVG Rn 6). Der Fall, dass ein nach

§§ 33, 34 GVG **ungeeigneter Schöffe an der Urteilsfindung mitwirkt, kann hingegen die Revision regelmäßig nicht begründen** (Meyer-Goßner, § 33 GVG Rn 8 und § 34 GVG Rn 16).

*"Denn auch ungeeignete Schöffen, wie etwa Religionsdiener und Mitglieder solcher religiösen Vereinigungen, die satzungsgemäß zum gemeinsamen Leben verpflichtet sind (§ 34 Nr. 6 GVG), verlieren die Fähigkeit, das Schöffenamnt zu bekleiden, grds. nicht. Sie sollen bloß nicht zum Schöffenamnt herangezogen werden und dürfen daher bereits in die Vorschlagslisten (§ 36 GVG) nicht aufgenommen werden."* (KG aaO)

- II. Der Fall, dass ein Schöffe ein **bestimmtes Kleidungsstück** trägt, **begründet** auch unter dem Umstand, das es sich dabei um eine religiös begründete Kleidung handelt, wie das beim sog. Hidschab-Kopftuch der Fall ist (BVerfGE 108, 282 = BeckRS 2003, 24120), nach der einschlägigen gesetzlichen Vorschrift des **§ 32 GVG nicht die Unfähigkeit, das Schöffenamnt zu bekleiden**.

*"Dass der Gesetzgeber solche Personen auch nicht grds. vom Schöffenamnt ausschließen will, ergibt sich aus § 34 Nr. 6 GVG, der Ordensleuten und Priestern, die ja ebenfalls aufgrund religiöser Vorschriften eine bestimmte Art von Bekleidung tragen und in dieser unter Umständen an einer gerichtlichen Hauptverhandlung teilnehmen, gerade nicht die Fähigkeit abspricht, das Schöffenamnt zu bekleiden."*

Aus § 32 GVG im Wege einer **verfassungskonformen Auslegung**, die Unfähigkeit einer ein Kopftuch tragenden Muslimin, das Schöffenamnt zu bekleiden, abzuleiten, verbietet sich schon deshalb, weil es im Falle eines Eingriffs in ein vorbehaltlos gewährleitetes Grundrecht einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage bedarf (vgl. BVerfGE 108, 282 ; BVerfG NJW 2008, 2568; Groh NVwZ 2006, 1023). Das der Schöffen zur Seite stehende **Grundrecht der Religionsfreiheit** nach Art. 4 I, II GG garantiert, dass der Einzelne sein gesamtes Verhalten an den für ihn verbindlichen Glaubenslehren ausrichten kann (BVerfGE 32, 98 = NJW 1972, 327), wozu auch die **religiös motivierte Gestaltung des äußeren Erscheinungsbildes durch Kleidung** gehört (BVerfGE 108, 282 ). Soweit die Schöffin in der Hauptverhandlung ein Kopftuch trug, lag dies also im unmittelbaren Schutzbereich des von der Verfassung vorbehaltlos gewährten Grundrechts auf Religionsfreiheit. Eine Einschränkung dieses Grundrechts, welche hier mit dem Ausschluss vom Schöffenamnt verbunden gewesen wäre, wäre somit nur auf Grund eines hinreichend bestimmten Gesetzes möglich, das insoweit nicht vorliegt." (KG aaO)

- III. Auch **§ 44 II DRiG** bestimmt, dass ein ehrenamtlicher Richter vor Ablauf seiner Amtszeit nur unter gesetzlich bestimmten Voraussetzungen abberufen werden kann.

*"Mit dieser Vorschrift wird der ebenfalls zu beachtenden verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art. 101 I 2 GG entsprochen, wonach niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf. Dementsprechend hat der BGH für den Fall der Streichung eines Schöffen von der Schöffenliste bereits entschieden, dass diese nur unter den engen Voraussetzungen des §52 GVG erfolgen kann, die ohne gesetzliche Regelung nicht erweitert werden können (BGHSt 9, 203 = NJW 1956, 1326).*

*Es kann dahingestellt bleiben, ob für Berufsrichter unter dem Gesichtspunkt der staatlichen Neutralitätspflicht die Verpflichtung begründet ist, auf das Tragen von religiös motivierten Bekleidungsstücken zu verzichten, denn die für Berufsrichter geltenden Grundsätze können schon deshalb nicht auf Schöffen übertragen werden, weil diese nicht in einem Beamten- oder einem sonstigen Dienstverhältnis zum Staat stehen, sondern ein Ehrenamt ausüben, wobei sie trotz der Amtsausübung Privatpersonen bleiben (Bader NJW 2007, 2964; Groh, S. 1025f.; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 31 GVG Rn 16). Die Grundsätze des Beamtenrechts sind daher auf sie nicht unmittelbar anzuwenden (Groh, S. 1025).*

*Zudem sieht § 36 II 1 GVG vor, dass in den Vorschlagslisten zur Schöffenwahl alle Gruppen der Bevölkerung nach Geschlecht, Alter, Beruf und sozialer Stellung angemessen zu berücksichtigen sind. Zur Bevölkerung gehören auch Personen unterschiedlicher Religionszugehörigkeit. Sie sind Teil der Gesellschaft und können daher nicht von vornherein vom Schöffenamnt ausgeschlossen werden (so auch Groh, S. 1026). Ein solches Vorgehen wäre sowohl mit dem Grundsatz der staatlichen Neutralität gegenüber Religionen nach Art. 140 GG i.V. mit Art. 136 I WRV als auch mit Art. 33 III GG unvereinbar, wonach der Genuss staatsbürgerlicher Rechte, zu denen ja auch das Recht, das Schöffenamnt auszuüben gehört, unabhängig vom religiösen Bekenntnis ist und niemandem aus seiner Zugehörigkeit zu einem Bekenntnis ein Nachteil erwachsen darf (Gittermann, § 31 GVG, Rn 19)." (KG aaO)*

VwGO  
§ 74

### Zustellung eines Widerspruchsbescheids Übergabeeinschreiben

VwGO

(VGH München in NVwZ 2013, 526; Beschluss vom 24.01.2013 – 12 ZB 12.2324)

- I. Neben der **Zustellung durch Postzustellungsurkunde** und gegen **Empfangsbekanntnis** sieht § 4 VwZG die **Zustellung mittels Einschreiben** – entweder als Übergabeeinschreiben oder als Einschreiben mit Rückschein – vor. Wählt die Behörde eine Zustellung mittels Übergabeeinschreiben, gilt nach § 4 II 2 VwZG das **Dokument am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als zugestellt**, es sei denn, dass es nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Das Eingreifen der **Zustellungsfiktion setzt** daher neben der Kenntnis des Aufgabezeitpunkts des zuzustellenden Schriftstücks **voraus, dass überhaupt eine Zustellung mittels Einschreiben vorliegt**.
- II. Die eingeklebte **Postidentnummer als Zustellnachweis** macht dabei das **wesentliche Charakteristikum einer Einschreibesendung** aus.

*"Dass die Regierung von X. dem Kl. den Widerspruchsbescheid mittels Übergabeeinschreiben übermittelt hat, lässt sich jedoch aus den vorliegenden Akten nicht nachweisen. Die Widerspruchsakte der Regierung von X. enthält diesbzgl. zwar einen kopierten „Zustellungsnachweis bei Einschreibebriefen“, der auch einen Stempel „vers.: 04. Nov. 2011“ trägt und bei dem das Feld „Übergabeeinschreiben“ angekreuzt ist. Indes fehlt dem Zustellnachweis die eingeklebte Postidentnummer, die das wesentliche Charakteristikum einer Einschreibesendung ausmacht (vgl. OVG Münster BeckRS 2004, 23105). Mit diesem „Zustellungsnachweis“ wird folglich weder der Zeitpunkt der Versendung noch der Umstand, dass der Widerspruchsbescheid überhaupt als Übergabeeinschreiben nach § 4 I VwZG zugestellt worden ist, nachgewiesen. Derartige Unklarheiten über die Zustellung des Widerspruchsbescheids gehen stets zu Lasten der Behörde (vgl. Redeker/v. Oertzen, VwGO, 15. Aufl. 2010, §74*

Rn 2). Folglich liegen im vorliegenden Fall die Tatbestandsvoraussetzungen für die Zustellungsfiktion des § 4 II 2 VwZG nicht vor." (VGH München aaO)

- III. Nach § 8 VwZG besteht im Falle des **fehlenden Nachweises der formgerechten Zustellung** eines Dokuments die **Möglichkeit der Heilung durch den tatsächlichen Zugang beim Empfangsberechtigten** (vgl. Eyermann/Rennert, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 74 Rn 10; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 73 Rn 74; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 74 Rn 2; Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/v. Albedyll, VwGO, 2. Aufl. 2002, § 74 Rn 6), wobei **mit dem tatsächlichen Zugang auch die Klagefrist des § 74 I 1 VwGO zu laufen beginnt**.

VwGO  
§ 47 VI

**Normenkontrollverfahren  
Zulässigkeit einer einstw. Anordnung**

VwGO

(VGH München in NVwZ-RR 2013, 392; Beschluss vom 03.01.2013 – 1 NE 12.2151)

Der **Erlass einer einstweiligen Anordnung** ist i. S. von § 47 VI VwGO dann **dringend geboten, wenn ein Erfolg des Normenkontrollantrags absehbar** ist und bei einem Vollzug der angegriffenen Norm **Fakten geschaffen** würden, die **nicht oder nur schwer rückgängig gemacht werden könnten**.

"Da die begehrte Anordnung im **Vorgriff auf die nachfolgende Normenkontrollentscheidung** ergeht, kommt es in erster Linie darauf an, ob nach der **summarischen Prüfung** im Eilverfahren ein **Erfolg des Normenkontrollantrags absehbar** ist (vgl. OVG Lüneburg BeckRS 2006, 20950).

Darüber hinaus bedarf der Erlass einer einstweiligen Anordnung der für den vorläufigen Rechtsschutz typischen **Dringlichkeit**. Davon ist auszugehen, wenn der Vollzug der Norm vor einer Entscheidung in der Hauptsache Auswirkungen befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Ast., betr. Dritter oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die **Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Ast. günstigen Hauptsacheentscheidung** geboten ist (vgl. Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Juli 2005, § 47 Rn 164ff.). Insbes. das **Interesse, irreversible Fakten mit erheblichen Folgen für öffentliche oder private Belange zu verhindern**, die auf der Grundlage einer voraussichtlich unwirksamen Rechtsvorschrift geschaffen würden, stellt einen wichtigen Grund für den Erlass einer einstweiligen Anordnung dar, ohne dass es angesichts des objektiven Charakters des Verfahrens nach § 47 VwGO darauf ankommt, ob durch die angegriffene Norm Belange des Ast. beeinträchtigt werden (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn 393; Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 6. Aufl. 2011, Rn 604)." (VGH München aaO)

VwGO  
§ 42

**Klagebefugnis einer Landesbehörde  
Eisenbahnrechtliche Plangenehmigung des Bundes**

VwGO

(OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2013, 390; Urteil vom 11.12.2012 – 1 K 102/12)

**Landesbehörden sind nicht befugt, eine eisenbahnrechtliche Plangenehmigung des Bundes vor dem VerwG anzugreifen**. Auch die den Landesbehörden gem. Art. 90 II GG eingeräumte Vollzugshoheit im Bereich der Unterhaltung der Bundesstraßen und die ihnen obliegenden Verkehrssicherungspflichten begründen **keine eigene Klagebefugnis i. S. §§ 42, 113 VwGO**.

"Die der Kl. gem. Art. 90 II GG eingeräumte **Vollzugshoheit** im Bereich der Unterhaltung der Bundesfernstraßen **verleiht** ihr zwar **Befugnisse, verschafft** ihr indes **keine eigene Rechtsposition** gegenüber der Bekl., deren Beachtung die Kl. im Wege der verwaltungsgerichtlichen Klage gem. §§ 42, 113 VwGO durchzusetzen vermag (vgl. BVerwGE 82, 17 = NVwZ 1990, 561 – für den Bereich der Landschaftspflege und des Naturschutzes).

Das bundesrechtliche Planfeststellungsrecht sieht eine **Beteiligung von Landesbehörden ausdrücklich nur durch die Möglichkeit der Stellungnahme** der jeweiligen Verwaltungsbehörde vor. Die bundesrechtliche Planfeststellung ersetzt alle nach anderen Rechtsvorschriften erforderlichen Genehmigungen oder Zustimmungen. Das bundesrechtlich geordnete Planfeststellungsverfahren verdrängt damit auch etwaige landesrechtlich normierte Genehmigungsvorbehalte (vgl. BVerwGE 82, 17 = NVwZ 1990, 561). Diese Maßstäbe haben auch für das hier zu Grunde liegende Plangenehmigungsverfahren gem. § 74 VI VwVfG zu gelten, welches gem. § 74 VI 2 VwVfG hinsichtlich seiner Rechtswirkungen der Planfeststellung im Wesentlichen gleichsteht.

Auch die **verfahrensrechtlichen Mitwirkungsrechte**, die im Rahmen des Anhörungsverfahrens gem. § 18 a AEG geltend zu machen sind, **verleihen** der Kl. **keine eigene Klagebefugnis** (BVerwGE 82, 17 = NVwZ 1990, 561).

Danach ist die Kl. als Landesbehörde nicht befugt, die hier streitgegenständliche Plangenehmigung des Bundes vor dem VG anzugreifen. Zwar hat die Kl. – im Rahmen der ihr zur Erfüllung übertragenen Aufgaben der Straßenbaulast – Kompetenzen und auch Verpflichtungen, jedoch dem Bund gegenüber keine eigene Klagebefugnis (vgl. auch: VGH Mannheim NVwZ-RR 1997, 76 – zur Klagebefugnis eines Gemeindeverwaltungsverbandes gegen einen Planfeststellungsänderungsbeschluss des Eisenbahn-Bundesamtes). Hieran vermag auch der Verweis der Kl. auf die Gesetzgebungskompetenz des Landes im Bereich der Gefahrenabwehr nichts zu ändern.

Soweit das Straßengesetz für das Land Sachsen-Anhalt **Aufgaben und Pflichten des Trägers der Straßenbaulast und die Befugnisse der Straßenaufsicht** regelt, betrifft dies Bundesfernstraßen – wie hier – lediglich, soweit dies ausdrücklich bestimmt ist (§ 1 S. 2 SachsAnhStrG) und im Hinblick auf ihre Zugehörigkeit zu den Gegenständen der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 I Nr. 22 GG) nur, **solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat** (Art. 72 I GG). Das FStrG enthält in §§ 3, 4, 20 Regelungen über die Straßenbaulast, die Pflichten der Träger der Straßenbaulast und der Straßenaufsicht. I. Ü. nimmt das Land die Erfüllung der Aufgaben der Straßenbaulast für eine Bundesfernstraße wie auch die Aufgaben der Straßenaufsicht im Auftrag des Bundes wahr (vgl. Art. 90 II GG, § 20 I FStrG). Gesetzesvollzug im Rahmen der Auftragsverwaltung des Bundes stellt **keinen Gesetzesvollzug in einer eigenen Angelegenheit der Länder i. S. des Art. 30 GG** dar (vgl. BVerwG, NVwZ 2010, 1299). Zudem **unterstehen die Landesbehörden im Bereich der Bundesauftragsverwaltung der Bundesaufsicht**, die sich auf die Gesetz- und Zweckmäßigkeit der Ausführung erstreckt (vgl. Art. 85 III, IV GG). Einen Anhaltspunkt

*für die Verfolgung einer eigenen materiell-rechtlichen Rechtsposition des Landes lässt dieses Normengefüge nicht erkennen."* (OVG Magdeburg aaO)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

#### 1. **Jaensch**: Schadensersatz wegen berechtigter Leistungsverweigerung (NJW 2013, 1121)

Das Recht des Unternehmers bzw. des Verkäufers, die **Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern** (§635 III, 439 III BGB), bildet einen **Unterfall zu § 275 II BGB** und ist der **qualitativen Unmöglichkeit** zuzuordnen. - Die **Unverhältnismäßigkeit i. S. von § 251 II 1 BGB analog** bei der Berechnung des Schadensersatzes im Falle der **berechtigten Leistungsverweigerung des Unternehmers** ist nach denselben Kriterien zu beurteilen wie in § 635 III BGB und liegt unterhalb der Schwelle von § 275 II BGB; ein Verschulden des Unternehmers bleibt bei der Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit außer Betracht. - Der Unternehmer ist bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit zur Nacherfüllung verpflichtet; verweigert er die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig, kann der Besteller entweder auf **Nacherfüllung** klagen oder ohne Fristsetzung gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III 281 I, II BGB **Schadensersatz statt der Leistung** verlangen; entsprechend den allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen hat er dabei die Wahl, entweder Ersatz des mangelbedingten Minderwerts (1. Variante) oder der Herstellungskosten (2. Variante) zu verlangen. - Wird die Unverhältnismäßigkeitsschwelle überschritten, und verweigert der Unternehmer die Nacherfüllung gem. § 635 III BGB, ist der Nacherfüllungsanspruch nicht durchsetzbar; der Besteller kann nur Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 283 BGB verlangen; in entsprechender Anwendung von § 251 II 1 BGB beschränkt sich der Schadensersatzanspruch auf den Ersatz des mangelbedingten Minderwerts (1. Variante), der Herstellungszuschlag entfällt. - Zur Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit i. S. von § 251 II 1 BGB analog ist für kaufrechtliche Schadensersatzansprüche **auf die für § 439 III BGB geltenden Kriterien** zurückzugreifen; ein Verschulden des Verkäufers bleibt außer Betracht; der **Herstellungszuschlag bleibt erhalten**; macht der Verkäufer von seinem Totalverweigerungsrecht Gebrauch, kann der Käufer die verhältnismäßigen Kosten nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB als Schadensersatzanspruch statt der Leistung geltend machen; nach dem auf Verbrauchsgüterkaufverträge beschränkten Ansatz des BGH ergibt sich der Kostenersatzanspruch hingegen aus dem Nacherfüllungsanspruch.

#### 2. **Svigac**: Die Schlechtleistung als Lauterkeitsverstoß (NJOZ 2013, 721)

Die **Slechtleistung** ist ebenso wie die ordnungsgemäße Leistung zumindest bei einem Kaufvertrag stets eine **geschäftliche Handlung i. S. des § 2 I Nr. 1 UWG**. - Die Schlechtleistung ist bei einem Kaufvertrag zumindest dann i. S. des § 5 I 1, 2 Nr. 1 UWG irreführend, wenn der Mangel für den Verbraucher nicht offensichtlich ist; eine Irreführung ist ausgeschlossen, wenn der Unternehmer bei der Lieferung darauf hinweist, dass die Ware mangelhaft ist. - Eine **Irreführung über die Mangelfreiheit** ist auch geschäftlich relevant, da sie den Verbraucher spürbar darin beeinträchtigt, eine informierte Entscheidung zu treffen. - Im Fall eines Mangels hat der Leistende die Umstände darzulegen und zu beweisen, aus welchen sich ergibt, dass er bei Anwendung der für ihn geltenden fachlichen Sorgfalt legitimerweise davon ausgehen konnte, dass die Leistung mangelfrei ist; hieran sind aber keine hohen Anforderungen zu stellen.

#### 3. **Lorenz**: Recht des Käufers zur Zurückweisung einer mangelhaften Sache – Voraussetzungen und Grenzen (NJW 2013, 1341)

Der Käufer, dem eine mangelhafte Sache als Erfüllung angeboten wird, kann die Annahme der Kaufsache vom Verkäufer bzw. der Transportperson auch bei unerheblichen Mängeln zurückweisen, sofern der Mangel beherrschbar ist; dies ergibt sich in **direkter Anwendung von § 266 BGB**; **Grenzen setzt allein § 242 BGB**; auch in diesem Rahmen spielt aber der **Rücktrittsausschlussgrund der Unerheblichkeit nach § 323 V 2 BGB** keine Rolle, d. h. der Käufer ist auch nach § 242 BGB nicht allein deshalb daran gehindert, die mangelhafte Sache zurückzuweisen, weil er im Falle der Annahme nicht zurücktreten könnte. - Ist der **Mangel unbeherrschbar** (was regelmäßig nur beim Stückkauf praktisch relevant sein dürfte), hat der Käufer **kein allgemeines Zurückweisungsrecht nach § 266 BGB**; will er die Sache nicht annehmen, muss er vielmehr den Vertrag durch Rücktritt nach § 326 V BGB i.V. mit § 323 BGB beenden; ist der Mangel unerheblich, ist ein solches Rücktrittsrecht auch vor Annahme der Kaufsache ausgeschlossen, d. h. der Käufer muss die mangelhafte Sache annehmen und ist dann in seinen Rechtsbehelfen auf Minderung (§ 441 BGB) und/oder ggf. „kleinen“ Schadensersatz statt der Leistung beschränkt.

#### 4. **Grunsky**: Die Auswirkungen des „urteilsvertretenden Anerkenntnisses“ auf die Verjährung (NJW 2013, 1336)

Durch ein sog. **urteilsvertretendes Anerkenntnis** soll die **verjährungsrechtliche Wirkung eines Anerkenntnisses** (§ § 212 I Nr. 1 BGB) auf 30 Jahre wie bei rechtskräftig festgestellten Ansprüchen **erweitert** werden; die Zulässigkeit und Wirksamkeit derartiger Anerkenntnisse ist von der Rspr. zum alten Verjährungsrecht verschiedentlich in Fallkonstellationen anerkannt worden, in denen es um mögliche Spätschäden bei Verkehrsunfällen ging, die seinerzeit noch nicht eingeklagt werden konnten, da ihr Umfang einstweilen nicht feststand; eine wesentliche Rolle spielt bei dieser Rspr. der Grundsatz der sog. Schadenseinheit, wonach die Verjährung sämtlicher Schadenspositionen in dem Moment zu laufen beginnen soll, in dem eine Position durch Leistungsklage geltend gemacht werden kann. - Nach **altem Verjährungsrecht** scheiterte die Wirksamkeit eines

urteilsvertretenden Anerkenntnisses an § 225 S. 1 BGB a. F., der als zwingende Vorschrift den Ausschluss sowie die Erschwerung der Verjährung durch Rechtsgeschäft ausschloss; bei der Verlängerung der Verjährungsfrist auf 30 Jahre handelt es sich auch nicht etwa um eine nur mittelbare Wirkung des urteilsvertretenden Anerkenntnisses; alle anderen Wirkungen eines derartigen Anerkenntnisses lassen sich vielmehr auch durch ein einfaches, das heißt nicht urteilsvertretendes Anerkenntnis erreichen. - Nach **neuem Verjährungsrecht** steht der Rechtsfigur eines urteilsvertretenden Anerkenntnisses § 202 II BGB entgegen, demzufolge die Verjährung durch Rechtsgeschäft nicht über mehr als 30 Jahre ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden kann. - Unabhängig von den gesetzlichen Hindernissen für ein urteilsvertretendes Anerkenntnis ist nicht ersichtlich, wie ein derartiges Anerkenntnis von einem sonstigen Anerkenntnis unterschieden werden sollte, dem nur die Wirkung eines Neubeginns der Verjährung (§ 202 I Nr. 1 BGB) zukommt. - Der Rspr. zur (ausnahmsweisen) Zulässigkeit eines urteilsvertretenden Anerkenntnisses kann nach Ansicht des Autors nicht gefolgt werden: Ihr ist zwar insofern zuzustimmen, als bei derzeit noch nicht absehbaren Spätfolgen eines Schadensereignisses ein Bedürfnis dafür bestehen kann, dem Geschädigten die Notwendigkeit abzunehmen, ausschließlich aus Verjährungsgründen eine Feststellungsklage zu erheben, doch bedarf es dazu nach neuer Rechtslage keiner Verlängerung der Verjährungsfrist auf 30 Jahre; es reicht aus, je nach den Erfordernissen des Einzelfalls eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist zuzulassen.

5. **Vuia:** Die Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten insbes. nach Verkehrsunfällen (NJW 2013, 1197)

Die durch die Beauftragung eines Sachverständigen entstehenden Kosten gehören schadensrechtlich zum **Herstellungsaufwand**; rechtliche Mängel aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Geschädigten und dem Sachverständigen stehen der Erstattungsfähigkeit daher nicht entgegen. - Der Geschädigte kann die Sachverständigenkosten erstattet verlangen, wenn und soweit er die Einholung eines Gutachtens im Zeitpunkt der **Beauftragung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung** für **erforderlich** halten durfte. - Der Höhe nach ist die Erstattungsfähigkeit nur dann zu verneinen, wenn selbst für einen Laien erkennbar ist, dass der Sachverständige sein Honorar geradezu willkürlich festsetzt, Preis und Leistung in einem auffälligen Missverhältnis zueinander stehen oder dem Geschädigten ein Auswahlverschulden zur Last fällt.

6. **Grohmann:** Die verfestigte Lebensgemeinschaft i.S. des § 1579 Nr. 2 BGB (FamRZ 2013, 670)

Im Rahmen des § 1579 Nr. 2 BGB ist von einer Verfestigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft bereits **nach einjähriger Dauer des Zusammenlebens** auszugehen. Dies entspricht nicht nur den **veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen**, nach denen die nichteheliche Lebensgemeinschaft als dauerhafte Lebensform weitgehend akzeptiert ist, umgekehrt aber kaum Hemmungen bestehen, eine fehlgeschlagene Lebenspartnerschaft nach kurzer Zeit zu beenden; das muss sich im Rahmen der **Billigkeitsentscheidung nach § 1579 Nr. 2 BGB** niederschlagen, genauso wie der Umstand, dass nach der Novellierung des Unterhaltsrechts die naheheliche Solidarität gegenüber der Eigenverantwortung der geschiedenen Ehegatten deutlich zurücksteht. - Mit Blick auf die ähnlich gelagerte Fragestellung im Sozialrecht bei der Feststellung einer Bedarfsgemeinschaft erscheint es angemessen, eine Verfestigung einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft bereits nach einem Jahr des Zusammenlebens anzunehmen; für den Unterhaltsgläubiger bedeutet dies auch keine unzumutbare Beschneidung seiner unterhaltsrechtlichen Ansprüche, denn Voraussetzung des § 1579 Nr. 2 BGB, bei dem anders als bei einem Verwirkungstatbestand der **Unterhaltsanspruch nicht dauerhaft untergeht**, ist das Fortbestehen der verfestigten Lebensgemeinschaft; fällt die verfestigte Lebensgemeinschaft weg oder lockert sich diese, lebt der Unterhaltsanspruch wieder auf.

7. **Strecker:** Pauschale Überstundenabgeltung und Vergütungserwartung bei Überstunden (BB 2013, 949)

Eine **arbeitsvertragliche Regelung**, wonach **sämtliche anfallenden Überstunden mit dem vereinbarten Gehalt abgegolten** sind, ist **unwirksam**. - **Fehlt** es an einer **wirksamen Regelung** zur Überstundenvergütung, ist regelmäßig von einer **objektiven Vergütungserwartung** auszugehen, sodass der Arbeitnehmer **Anspruch auf zusätzliche Vergütung der geleisteten Überstunden** hat. - Eine objektive Vergütungserwartung ist ausnahmsweise nicht anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer **Dienste höherer Art leistet** und/oder eine **deutlich herausgehobene Vergütung** gezahlt wird; dies ist dann der Fall, wenn die Vergütung die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet. - Eine arbeitsvertragliche Regelung, wonach eine nach oben begrenzte Anzahl von Überstunden mit dem vereinbarten Gehalt abgegolten ist, ist wirksam, wenn die Überstundenvergütungsregelung nicht mit der Überstundenanordnungsbefugnis verknüpft, sondern separat geregelt ist, und die Vergütung unter Berücksichtigung der mitabgegoltenen Überstunden nicht die Untergrenze der **Sittenwidrigkeit** erreicht.

8. **Kock:** Unmutsäußerungen und Beleidigungen auf Facebook & Co. als Kündigungsgrund (DB 2013, 934)

Das **Internet** und auch die **Kommunikation über soziale Netzwerke** ist **kein rechtsfreier Raum**; bei groben Beleidigungen handelt es sich um Pflichtverletzungen, die im Internet aufgrund der kontinuierlichen Abrufbarkeit und Perpetuierbarkeit besonders intensiv auf den Betroffenen wirken. - Eine **Kündigung** ist daher i.d.R. **Sogar ohne vorherige Abmahnung möglich**, da der Arbeitnehmer von vornherein nicht damit rechnen kann, dass der Arbeitgeber sein Verhalten billigen würde und dem Arbeitnehmer bewusst sein muss, dass er den Bestand seines Arbeitsverhältnisses riskiert, wenn es sich um schwere Pflichtverletzungen handelt, deren **Rechtswidrigkeit** für ihn **offenkundig** ist und bei denen eine Hinnahe des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist; eine **Ausnahme** gilt bei **Handlungen im Affekt**, hier kommt eine Abmahnung



als milderer Mittel in Betracht. - Bei einer vertraulichen Kommunikation ist eine Kündigung nicht gerechtfertigt, selbst wenn die beleidigenden Äußerungen dennoch zur Kenntnis des Arbeitgebers gelangt; Vertraulichkeit ist jedoch nicht mit einer Äußerung unter Facebook-Freunden gleichzusetzen, insbes. bei einer größeren Anzahl von "Freunden"; diese ist vielmehr auf einen kleinen Kreis von max. 5-6 Personen beschränkt, bei denen der Arbeitnehmer berechtigterweise darauf vertrauen durfte, dass die Vertraulichkeit der Äußerung gewahrt bleibt.

9. **Stück:** Mobbing - Arbeits- und schadensrechtliche Leitlinien aus der aktuellen Rspr. (MDR 2013, 378)
10. **Milger:** Aktuelle Entwicklungen in der BGH-Rspr. zur Wohnraummiete (MDR 2013, 385)

### I. Strafrecht

1. **Schmitt:** Zum Verzicht auf das Verwertungsverbot des § 252 StPO (NStZ 2013, 213)  
„Beweiswürdigungslösungen“ vermögen den **Verlust an Unmittelbarkeit und Beweisführungsqualität** nicht zu ersetzen; vor allem aber ist die mit dem Verzicht auf das Verwertungsverbot verbundene Einschränkung der Verteidigungsrechte mit Rücksicht auf **Art. 6 III d EMRK** und die dazu ergangene Judikatur des EGMR rechtlich problematisch; insoweit erscheint zweifelhaft, ob ausreichende Gründe für die Beschränkung des Befragungsrechts streiten und ob ohne Konventionsverstoß die erforderliche Kompensation auf der Ebene der Beweiswürdigung vorgenommen werden kann. - Gründe des Opferschutzes können gegen diese Bedenken nicht durchgreifend in Stellung gebracht werden: Die **Schonung des Zeugen**, vor allem der Schutz vor Sekundärviktimsierungen durch sich wiederholende Vernehmungen, ist zwar ein legitimes Anliegen, sie ist aber im Kern **weder die Aufgabe von § 52 StPO noch die von § 252 StPO**; der deutsche Strafprozess bietet namentlich Opferzeugen, auch ohne ihnen eine Dispositionsbefugnis über das Verwertungsverbot des § 252 StPO zuzugestehen, eine Reihe von im Laufe der Zeit immer mehr erweiterten Möglichkeiten, sie vor den nachteiligen Folgen einer Vernehmung in öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Angekl. zu bewahren; eines darüber hinausgehenden Schutzes durch eine „zur Manipulation einladende und Art. 6 III d EMRK zuwiderlaufende Aufspaltung der Befugnisse aus § 52 StPO bedarf es nicht; für den Zeugen verbleibende Belastungen müssen zur Wahrung von möglichst zuverlässiger Beweisgewinnung und dem Recht der Verteidigung auf Beweisteilhabe in Kauf genommen werden. - Es spricht deshalb nach Auffassung des Autors insgesamt viel dafür, die in Rspr. und Lit. geäußerten Bedenken zu teilen und dem angehörigen Zeugen die Möglichkeit zu verwehren, über einen Verzicht auf das Verwertungsverbot des § 252 StPO seine Vernehmung in der Hauptverhandlung zu vermeiden und selbst darüber zu entscheiden, auf welche Weise seine Aussage Prozessstoff wird.
2. **Esser:** (Nichts) Neues aus Straßburg - Effektive Verteidigung bei Nichterscheinen des Angeklagten zu Beginn der Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz, § 329 I 1 StPO (StV 2013, 331)
3. **Lammer:** Neuerungen im Recht der Untersuchungshaft - eine erste Bilanz (AnwBl 2013, 325)
4. **Schöch:** Zielkonflikte beim Stalking-Tatbestand (NStZ 2013, 221)

### III. Öffentliches Recht

1. **Thole:** Aktuelle Entwicklungen bei der negativen Feststellungsklage (NJW 2013, 1193)
2. **Lindner:** Darf der Dienstherr im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit die Gründe für die Auswahlentscheidung erstmals vor Gericht vortragen? (NVwZ 2013, 221)  
Der **Dienstherr** ist **verpflichtet, vor der Ernennung des ausgewählten Konkurrenten** die nicht zum Zuge gekommenen Bewerber für die Verleihung eines Amtes im statusrechtlichen Sinne **über die Auswahlentscheidung und die diese tragenden Gründe zu informieren**; unterlässt der Dienstherr diese Mitteilung vollständig, so kann er im Rahmen einer Anfechtungsklage eines übergangenen Bewerbers gegen die Ernennung nicht erstmals im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Auswahlwägungen vortragen oder gar erst anstellen.; dementsprechend ist das **VG prozessual gehindert, erstmals vorgetragene oder vorgenommene Auswahlwägungen** im Hinblick auf die Frage, ob die Auswahlentscheidung den in Art. 33 II GG genannten materiellen Auswahlkriterien gerecht wird, **zu berücksichtigen**. - Ein solches **prozessuales Verwertungsverbot** gilt auch dann, wenn sich aus den erstmals vom Dienstherrn vorgetragenen oder vorgenommenen Auswahlwägungen ergeben sollte, dass diese dem Art. 33 II GG gerecht werden. - Die prozessuale Verwertung der erstmals im gerichtlichen Verfahren vom Dienstherrn vorgenommenen oder vorgetragenen Auswahlwägungen verstößt sowohl gegen § 114 S. 2 VwGO als auch gegen das Grundrecht effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG).
3. **Doering-Striening/Horn:** Der Übergang von Pflichtteilsansprüchen von Sozialhilfebeziehern (NJW 2013, 1276)

4. **Frank:** Probleme beim Übergang von der Fortsetzungsfeststellungsklage zur (unzulässigen) Anfechtungsklage durch den anwaltlich nicht vertretenen Kläger im laufenden Verwaltungsprozess (BayVBI 2013, 200)

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

1. **Dikmen:** Bewirtungskosten in der Anwaltskanzlei (NJW 2013, 1142)
2. **Voßkuhle:** Der Rechtsanwalt und das Bundesverfassungsgericht - Aktuelle Herausforderungen der Verfassungsrechtsprechung (NJW 2013, 1329)
3. **Schwaiger:** Risiken beim Abfindungsvergleich mit der gegnerischen Haftpflichtversicherung (AnwBI 2013, 372)
4. **Zuck:** Die berufsrechtliche Beurteilung des anwaltlichen Masseninkassos (BRAK-Mitt. 2013, 58)

## Prüfung einer Abrissverfügung

### I. Ermächtigungsgrundlage

bauordnungsbehördliche Generalklausel  
(z.B. § 61 I 2 BauO nw)

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit:
2. Form: § 20 OBG nw (Schriftform) / § 39 VwVfG (Begründung)
3. Verfahren: § 28 VwVfG (Anhörung)

### III. materielle Rechtmäßigkeit ( Bsp. Abrissverfügung)

#### 1. Verstoß gegen Genehmigungspflicht (formelle Baurechtswidrigkeit)

##### a) genehmigungsbedürftiges Vorhaben

- bauliche Anlage
- Errichtung/Änderung/Nutzungsänderung/Abbruch

##### b) Ausnahmen von Genehmigungspflicht

##### c) Vorliegen einer erforderlichen Genehmigung

Problem: Rücknahme / Widerruf

#### 2. Ermessenausübung

##### a) Entschließeremessen

##### b) Verhältnismäßigkeit

###### aa) Geeignetheit

###### bb) Erforderlichkeit

Aufforderung zur Einholung einer Genehmigung = gleiche Eignung?

Ist das Vorhaben aktuell genehmigungsfähig oder materiell  
baurechtswidrig? übliches Schema

**Bei Genehmigungsfähigkeit:** Abrissverfügung ist nicht erforderlich, da  
Aufforderung zur Einholung einer Genehmigung ein milderer Mittel  
gleicher Eignung ist.

**Bei materieller Baurechtswidrigkeit:** Abrissverfügung erforderlich

###### cc) Angemessenheit

##### c) sonstige Ermessenserwägungen (insbesondere Bestandsschutz)

Hätte zu irgendeinem Zeitpunkt des Bestandes eine Baugenehmigung erteilt  
werden können?

= War das Vorhaben irgendwann materiell baurechtsmäßig und damit  
genehmigungsfähig? (Stichwort: Bestandsschutz)

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung

Erbrecht

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

|                                    |  |   |
|------------------------------------|--|---|
| <b>Land:</b><br><b>Bad.-Württ.</b> | <b>Prüfer (mit Titel usw.)</b><br><b>Dr. H</b> | <b>Tag d. mündl. Prüfung</b><br><b>15.02.2013</b> |
|------------------------------------|--|---|

### Zur Person:

Dr. H ist ein sehr netter und angenehmer Prüfer, der einem auch immer Hilfestellung gibt, wenn man etwas mal nicht sofort weiß, aber man sollte immer in seiner Vorlesung gewesen sein und dort mitgearbeitet haben, wenn man eine gute Note bekommen will. Außerdem lohnt es sich sehr, seine Skripten durchzuarbeiten.

### Zur Sache:

**Fall:** Ein junges, verheiratetes Elternpaar will ein Testament machen, in dem sie sich gegenseitig bedenken, möchte aber auch sicherstellen, dass vom Vermögen auch noch für den künftigen Nachwuchs genügend bleibt.

#### I. Welche Möglichkeiten bleiben dem Paar?

Erstens kann es im Testament Vor- und Nacherbfolge anordnen, zweitens kann es die Kinder zu Erben des Erstversterbenden einsetzen und für den Längstlebenden ein Nießbrauchsvermächtnis aussetzen, drittens kann es Voll- und Schlusserbfolge (sog. Berliner Testament) anordnen.

#### II. Wo ist die Stellung der Kinder am stärksten und welche Gestaltungsmittel gibt es dazu?

Am stärksten ist die Stellung der Kinder natürlich dann, wenn sie als Erben des Erstversterbenden eingesetzt werden und für den Längstlebenden lediglich ein Nießbrauchsvermächtnis eingeräumt wird, denn hier sind sie Erben und können über den Nachlass nach Belieben verfügen. Bei der Vor- und Nacherbschaft dagegen würden sie erst mit dem Tode des längstlebenden Erben und hätten während ihrer Vorerbenzeit lediglich den Schutz der §§ 2111 ff. und 2136 BGB. Beim Berliner Testament hingegen würden sie im ersten Erbgang völlig übergangen und wären auf den guten Willen des länger lebenden Ehegatten angewiesen, nicht alles zu Lebzeiten zu „verbraten“.

#### III. Was können sie tun, wenn sie im Falle einer Wiederheirat das Vermögen so weit wie möglich in der eigenen Familie halten wollen?

1. Sie können eine sog. Wiederverheiratungsklausel aufnehmen, d.h. dass im Falle der Wiederheirat der Nacherbenfall eintritt. Der Längstlebende ist somit auflösend bedingter Vollerbe und aufschiebend bedingter Vorerbe.
2. Eine zweite Möglichkeit wäre die Aussetzung eines Wiederverheiratungsvermächtnisses, d.h. den Kindern wird im Falle der Wiederheirat ein Vermächtnis in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile ausbezahlt.

#### IV. Was ist, wenn die Ehegatten als Schlusserben eine juristische Person einsetzen, weil sie keine Kinder haben?

Die Beziehung sollte schon verwandtschaftsähnlich sein, d.h. man muss begründen, warum einem Ehegatten, z.B. der Gesangsverein genauso nahe steht, wie ein Verwandter.

#### V. Was können die Eltern bei einem Berliner Testament tun, um zu verhindern, dass Kinder beim Tode des Erstversterbenden Pflichtteilsansprüche geltend machen?

Sie können eine sog. Pflichtteilstrafklausel aufnehmen, die bestimmt, dass derjenige, der beim Tode des Erstversterbenden Pflichtteilsansprüche geltend gemacht hat, beim zweiten Erbgang enterbt wird und gleichzeitig Vermächtnisse für die anderen Kinder in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile anfallen, um damit den zweiten Pflichtteil des „bösen“ Kindes zu verringern („Jastrowsche Klausel“).

Viel Glück und Erfolg!

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Zivilrecht

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

|                                |   |  |
|--------------------------------|---|--|
| <b>Land:</b><br>Sachsen-Anhalt | <b>Prüfer (mit Titel usw.)</b><br>VRi LG Dr.F | <b>Tag d. mündl. Prüfung</b><br>22.02.2013 |
|--------------------------------|---|--|

**Zur Person:**

Herr Dr. F vermittelte, wie in den vorherigen Protokollen bereits dargestellt, einen angenehmen Eindruck, der sich über das Vorgespräch hinaus auch in der Prüfung fortsetzte. Die Bewertung der einzelnen Kandidaten entsprach meines Erachtens der erbrachten Leistung, wobei nicht zu unterschätzen ist, dass Herr Dr. F VRi LG ist. Daher sollte sich der Prüfling im Rahmen der Vorbereitung mit den Besonderheiten des Verfahrens in Familiensachen vertraut gemacht haben (siehe §§ 606 ff. ZPO und FGG) sowie den spezialgesetzlichen Regelungen im Familienrecht.

Bei der Falllösung ist sein Augenmerk auf die Darstellung einer zusammenhängenden Lösung und einer überzeugenden Argumentation gerichtet. Werden Fragen freigegeben, dann sollte der Kandidat sich melden, wenn er eine für ihn sachgerechte Antwort kennt. Aktive Mitarbeit honoriert Herr Dr. F. Die Protokolle bilden einen ersten Anhaltspunkt, wohin die Reise gehen könnte. Auch das Wissen um neue Gesetze ist nicht unschädlich.

**Zur Sache:**

**Fall:** (Anmerkung: Den Fall aus dem Strafrecht bei OstA'in W nahm er zum Anlass, ihn mit einigen Abweichungen für seine Prüfung heranzuziehen – „Stalking“.)

F und M, die sich aus ihrer Kindheit kennen und später geheiratet haben, leben nach ständigen Streitereien noch keine 6 Monate getrennt. Der M suchte trotz der Trennung immer wieder Kontakt zur F. Dazu benutzte er unterschiedliche Wege, um mit ihr in Verbindung zu treten. So rief M die F im Jahre 2004 mehrmals an und ersuchte sie darum, sich mit ihm zu treffen. Sie lehnte jeweils dankend ab und bat ihn, sie zukünftig nicht mehr anzurufen. Unbeeindruckt davon, rief er sie weiterhin an, wobei er nicht nur am Tage sich telefonisch meldete, sondern auch nachts bei ihr anrief. M erklärte unter anderem am Telefon gegenüber der F, dass er auf sie bei ihr zu Hause nach der Arbeit warten werde und sie in ihrer Wohnung mit einem Essen überraschen werde. Darüber verärgert, dass die F sich nicht mit ihm verabedete, bestellte er bei einem Versandhaus mehrere Kleidungsstücke auf den Namen der F und ihrer Anschrift. F fühlt sich dadurch in ihrer Lebensqualität beeinträchtigt.

**I. Was kann die F unternehmen?****1. Welche Anspruchsgrundlagen kommen in Betracht?**

- Unterlassungsanspruch gem. § 1004 BGB
- speziellere Norm könnte hier auch § 1 Gewaltschutzgesetz sein,
- einstweiliger Rechtsschutz gem. §§ 935, 940 ZPO,
- einstweilige Anordnung gem. § 620 ZPO.

**2. Welches Gericht ist sachlich zuständig?**

Bei der Zuständigkeit galt es zunächst zu erkennen, dass hier das Familiengericht entweder beim Amtsgericht (§ 23b GVG) bzw. das OLG gem. § 119 I Nr. 1a GVG zuständig ist (Achtung: LG ist in Familiensachen nicht zuständig!). § 23b I Nr. 8 GVG (+), da F und M innerhalb von 6 Monaten vor der Antragstellung einen gemeinsamen Haushalt geführt haben.

Zudem galt es, die Regelung des § 621 ZPO von der des GVG abzugrenzen und festzustellen, dass Abs. 1 lediglich bestimmt, dass für die dort aufgeführten Sachen (lesen!) das FamG ausschließlich zuständig ist. Die sachliche Zuständigkeit des AG als Familiengericht ergibt sich aus § 23a GVG. § 621 I Nr. 13 ZPO (+), Maßnahmen nach §§ 1 und 2 Gewaltschutzgesetz.

**3. Wie hat sich die F bei Rechtshängigkeit zu verhalten, wenn das Gericht unzuständig ist?**

Einen Antrag auf Verweisung an das zuständige Gericht stellen, § 281 ZPO.

4. Wie lauten die Voraussetzungen des § 1 Gewaltschutzgesetz?

Hier sollte sich der Prüfling mit der Norm des § 1 Gewaltschutzgesetz vertraut machen. Einschlägig war wohl § 1 I Nr. 4 GewSchG, der die Verwendung von Fernkommunikationsmitteln untersagt.

Des Weiteren wurde darauf eingegangen, inwieweit die Strafvorschrift des § 4 GewSchG verfassungsgemäß ist, ohne dies weiter tiefgreifend zu erläutern. Es bestehen wohl rechtsstaatliche Bedenken, da der Bürger in einem Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz keine Strafvorschriften erwartet.

5. Wie ist der Antrag nach § 1 GewSchG zu formulieren?

Der Antrag hat unbestimmt zu erfolgen (entgegen § 253 II Nr. 2 ZPO), da das Gericht auf Antrag die erforderlichen Maßnahmen trifft, wobei die gesetzliche Aufzählung der Maßnahmen nicht abschließend ist.

6. Welche Vorschriften können neben denen der ZPO noch einschlägig sein?

Die des FGG; hier sollte kurz der Unterschied zwischen ZPO und FGG herausgearbeitet werden, der im Wesentlichen darin besteht, dass das FGG den Grundsatz der Amtsermittlung (§ 12 FGG) kennt und bei der Kostenentscheidung die Besonderheit des § 13a FGG zu beachten ist.

7. Welche Voraussetzungen hat der einstweilige Rechtsschutz, konkret der einstweiligen Verfügung und muss das Hauptsacheverfahren anhängig sein?

- Verfügungsanspruch = jeder zivilrechtliche Individualanspruch,
- Verfügungsgrund = Abwendung einer Gefährdung der Gläubigerinteressen muss im Eilverfahren notwendig sein.

Das Hauptsacheverfahren muss nicht anhängig sein. Jedoch kann auf Antrag durch das Gericht angeordnet werden, binnen einer Frist die Klage zu erheben.

8. Welchen einstweiligen Rechtsschutz gibt es noch?

Neben der einstweiligen Verfügung gibt es den Arrest nach §§ 916 ff. ZPO und die einstweilige Anordnung nach §§ 620 ff. ZPO (lesen!).

Dann war die Prüfung zu Ende.

Viel Glück und Erfolg!

# 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! ■**

