



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

36. Jahrg.

September 2011

Heft 09

---

**Aus dem Inhalt:**

- BGH:** Erfüllungsort der Nacherfüllung im Kaufrecht
- BGH:** Vermögensschaden bei betrügerischer Kapitalerhöhung
- BGH:** Aufopferungsanspruch bei gezieltem Rammen eines PKW
- BGH:** Europäisches Zustellrecht
- BGH:** Zustellung an in Klageschrift benannten Beklagtenvertreter
- BVerfG:** Zulässigkeit einer Wohnungsdurchsuchung
- BVerwG:** Verwaltungsrechtsweg bei vorbeugender Strafrechtspflege



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

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

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

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

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Änderungen im Fernabsatzrecht.....	1
------------------------------------	---

### Brandaktuell

BVerfG: Beschränkung des Berufszugangs durch Meisterprüfung (Regelungen der Handwerksordnung verfassungsgemäß).....	3
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH: Erfüllungsort der Nacherfüllung im Kaufrecht (regelmäßig Wohnsitz des Verkäufers).....	4
BGH: Klauselkontrolle in Mobilfunkverträgen (Unwirksamkeit der Sperrung eines Mobilfunkanschlusses).....	8

#### Strafrecht

BGH: Vermögensschaden (betrügerische Kapitalerhöhung).....	11
BGH: sexueller Missbrauch (Unerheblichkeit des Einvernehmens des Opfers) .....	15

#### öffentl. Recht

OVG Münster: Gebot der Rücksichtnahme (Befreiung von nicht nachbarschützenden Festsetzungen).....	18
BGH: Aufopferungsanspruch bei gezieltem Rammen eines Pkw (Schadensersatz des unbeteiligten Dritten).....	21

#### Kurzauslese I

BGH: gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch (Verjährung).....	25
OLG Zweibrücken: Beweislastumkehr (keine uneingeschränkte Geltung beim Tierkauf).....	25
OLG Brandenburg: Grundbuchberichtigung (bei Änderung des Gesellschafterbestands einer GbR).....	25
LG Hamburg: Beseitigungsanspruch (Verjährung).....	27
BGH: Handel mit Betäubungsmitteln (Errichten einer Indoor-Cannabis-Plantage).....	27
OLG München: sexueller Missbrauch von Gefangenen (außerhalb der Dienstzeit / mit Einverständnis des Gefangenen) .....	27
BGH: Urkundenfälschung (durch computertechnische Veränderungen).....	29
OVG Münster: Raucherclub (Voraussetzungen).....	29
OLG Schleswig: Versammlungsfreiheit (kein Privileg ggü. Rechten Dritter).....	31
OLG Frankfurt a.M.: Schutzwaffenverbot bei Versammlungen (Mundschutz).....	31
HessStGH: Untersuchungsausschuss (Rechte von Landtagsmehrheit und -minderheit).....	33

**Entscheidungen Verfahrensrecht**

**Zivilrecht**

BGH:	Europäisches Zustellrecht (Einspruchsfrist bei unzulässiger Inlandszustellung).....	35
BGH:	Zustellung an Beklagtenvertreter (Benennung in der Klageschrift).....	38

**Strafrecht**

BVerfG:	Wohnungsdurchsuchung (Zulässigkeit).....	42
---------	---------------------------------------------	----

**öffentl. Recht**

BVerwG:	Erkennungsdienstliche Unterlagen (Verwaltungsrechtsweg bei vorbeugender Strafrechtspflege).....	45
OVG Lüneburg:	Beamtenrechtliches Konkurrentenverfahren (Rechtsschutz gegen Auswahlentscheidung).....	48

**Kurzauslese II**

BGH:	Ersatzzustellung im Mehrparteienhaus (Wirksamkeit).....	51
OLG Karlsruhe:	Adhäsionsverfahren (Bindungswirkung für Zivilverfahren).....	53
BGH:	Berufungsrücknahme (zulässig bis zum Beginn der Urteilsverkündung).....	53
BGH:	Zeugenvernehmung (Wiederholung der Vereidigung).....	55
VGH Kassel:	erkennungsdienstliche Behandlung (Rechtsweg).....	55
LG Landshut:	Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Zulässigkeit).....	57
OVG Bremen:	Streit um Eröffnung eines (Giro-)Kontos (Rechtsweg).....	57
Bbg VerfG:	Verfassungsbeschwerde (Wiederaufnahmeverfahren).....	59
MV VerfG:	Organstreitverfahren (Antragsfrist).....	59

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	61
-------------------------------------------	----

<b>Übersicht:</b> Leistungskonditionen im Überblick.....	64
----------------------------------------------------------	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung:	Öffentliches Recht.....	65
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	66

## Aus der Gesetzgebung

### Änderungen im Fernabsatzrecht

Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge v. 27.07.2011, In-Kraft-Treten am 04.08.2011 (BGBl I 2011, 1600)

#### I. Allgemeines

Seit zehn Jahren besteht das gesetzliche Widerrufsrecht im Onlinehandel. Der **EuGH** (Az.: C-489/07) hat im Jahre 2009 die **bisher geltenden deutschen Normen zum Wertersatz** wegen Nutzung bzw. Verschlechterungen der Ware während der Widerrufsfrist für **teilweise europarechtswidrig** erklärt. Der Gesetzgeber hat mit der jetzt erfolgten Änderung dieses Urteil umgesetzt. Bisher hatten Verbraucher bei fristgerechtem Widerruf generell Wertersatz für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme einer im Fernabsatz gekauften Sache zu leisten. Die **Neuregelungen** sehen nun vor, dass der **Verbraucher**, der von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht, jedenfalls **keinen Wertersatz für die Nutzung der Sache**, die einer Prüfung wie in einem Ladengeschäft entspricht, **leisten muss**.

#### II. Die neuen Regelungen im Überblick

Geändert wurden die für den Wertersatz im Fernabsatz einschlägigen Vorschriften des BGB (neuer § 312e und § 357 III BGB). Das Gesetz sieht nunmehr vor, dass der **Verbraucher Wertersatz** - sowohl für eine Verschlechterung der Ware als auch für gezogene Nutzungen - **nur noch dann schuldet, wenn** er mit der Ware in einer Art und Weise umgegangen ist, die **über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsfähigkeit hinausgeht**. Außerdem muss der Kunde **auf diese Rechtsfolge schon vor der Bestellung hingewiesen** werden und spätestens unverzüglich nach Vertragsschluss eine **korrekte Widerrufsbelehrung in Textform** (z. B. per E-Mail) erhalten, wenn der Händler den Wertersatz vollumfänglich beanspruchen will.

##### § 312e BGB

(1) *Bei Fernabsatzverträgen über die Lieferung von Waren hat der Verbraucher abweichend von § 357 I Wertersatz für Nutzungen nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt nur zu leisten,*

- 1. soweit er die Ware in einer Art und Weise genutzt hat, die über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht, und*
- 2. wenn er zuvor vom Unternehmer auf diese Rechtsfolge hingewiesen und entsprechend § 360 I oder II über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht belehrt worden ist oder von beidem anderweitig Kenntnis erlangt hat.*

*§ 347 Absatz 1 Satz 1 ist nicht anzuwenden.*

(2) *Bei Fernabsatzverträgen über Dienstleistungen hat der Verbraucher abweichend von § 357 I Wertersatz für die erbrachte Dienstleistung nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt nur zu leisten,*

- 1. wenn er vor Abgabe seiner Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist und*
- 2. wenn er ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung beginnt.*

##### § 357 BGB

(3) *Der Verbraucher hat abweichend von § 346 II 1 Nr. 3 Wertersatz für eine Verschlechterung der Sache zu leisten*

- 1. soweit die Verschlechterung auf einen Umgang mit der Sache zurückzuführen ist, der über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht, und*
- 2. wenn er spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist.*

Bei Fernabsatzverträgen steht ein unverzüglich nach Vertragsschluss in Textform mitgeteilter Hinweis einem solchen bei Vertragsschluss gleich, wenn der Unternehmer den **Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung** in einer dem eingesetzten

Fernkommunikationsmittel entsprechender Weise **über die Wertersatzpflicht unterrichtet** hat. § 346 III 1 Nr. 3 ist nicht anzuwenden, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt worden ist oder hiervon anderweitig Kenntnis erlangt hat.“

Die bisherigen in §§ 312e bis 312g BGB enthaltenen Regelungen finden sich nun in §§ 312g bis 312i BGB.

### III. Konsequenzen für die Praxis

Ein **Unternehmer kann zukünftig** von einem Verbraucher **nur noch Wertersatz für Nutzungen verlangen, die über eine Prüfung der Eigenschaften und Funktionen der Ware hinaus gehen und** dies auch nur dann, wenn der **Verbraucher bei Vertragsabschluss ausreichend und richtig belehrt worden** ist. Die Beweislast dafür, dass eine Nutzung über das Maß einer Prüfung hinausging, trägt der Unternehmer.

Aufgrund der Veränderungen im Widerrufsrecht, die das „Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge“ mit sich bringt, sollten betroffene Unternehmer ihre Widerrufsbelehrungen anpassen, wobei eine **gesetzl. Umstellungsfrist von 3 Monaten** läuft. Danach ist bei Verwendung von alten Widerrufsbelehrungen mit der Versagung des Wertersatzanspruchs aufgrund falscher Belehrung zu rechnen.

**Überarbeitete Versionen der Musterbelehrungen** finden sich **im BGBI** in den Anlagen 1 und 2 zu Art. 246 § 2 III 1 EGBGB und in der Anlage zu Art. 247 § 6 II und § 12 I des EGBGB.

## Brandaktuell

**HandwO § 1      **Beschränkung des Berufszugangs durch Meisterprüfung**      GG**  
**Regelungen der Handwerksordnung verfassungsgemäß**  
**(BVerwG in FD-ArbR 2011, 322136; Urteil vom 31.08.2011 - 8 C 9.10)**

**Fall:** Der Kläger begehrt die Feststellung, einzelne Tätigkeiten mit Bezug zum Dachdeckerhandwerk und anderen Bauberufen ohne Eintragung in die Handwerksrolle selbstständig im stehenden Gewerbe ausüben zu dürfen. Nach einer Berufsausbildung zum Dachdecker und fast zehnjähriger Berufstätigkeit als Geselle wurde der Kläger arbeitslos. Er machte sich selbstständig und bot seinen Kunden unter anderem auch Dacharbeiten an.

Der Kläger wollte gegenüber der Beklagten gerichtlich feststellen zu lassen, dass er zur Ausübung bestimmter Tätigkeiten des Dachdeckerhandwerks auch ohne Eintragung in die Handwerksrolle befugt ist. Nach der Handwerksordnung kann das Dachdeckerhandwerk nur bei Eintragung in die Handwerksrolle ausgeübt werden. Vor dem Verwaltungsgericht und dem Oberverwaltungsgericht hatte die Klage keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Er hält die Vorschriften der Handwerksordnung für verfassungs- und europarechtswidrig. Die Freiheit der Berufswahl werde unverhältnismäßig eingeschränkt. Zudem würden Inländer gegenüber EU-Ausländern diskriminiert.

### I. Verletzung von Art. 12 GG

#### 1. Schutzbereich

Beruf ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung des Lebensunterhalts dient.

Die rechtlichen Vorgaben beschränken den Zugang zum Beruf durch subjektive Berufszugangsschranken und fallen deshalb in den Schutzbereich des Art. 12 I GG ein.

#### 2. Eingriff

Eingriff ist jede mittelbare oder unmittelbare staatliche Maßnahme, welche die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmöglich macht oder erschwert.

Der Zugang zur selbständigen Dachdeckertätigkeit wird durch den Zwang zur Eintragung in die Handwerksrolle, die nur unter engen Voraussetzungen erfolgt, geregelt. Hierdurch wird Personen, die solche subjektiven Zugangsvoraussetzungen nicht erfüllen, der Zugang unmöglich gemacht. Die Beschränkung hat auch ohne weiteres berufsregelnde Tendenz, so dass ein Eingriff vorliegt.

#### 3. Rechtfertigung

Der Eingriff in den Schutzbereich könnte aber gerechtfertigt sein. Der Schutzbereich des Art. 12 I GG steht unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Die getroffene Regelung müsste aber auch verhältnismäßig sein.

*„Dass die Eintragung als Betriebsinhaber oder Betriebsleiter auch nach der Neuregelung der Handwerksordnung und der Abkehr vom strengen «Meisterzwang» nicht nur das Bestehen der Gesellenprüfung voraussetzt, sondern entweder einen Meisterbrief oder ein gleichwertiges Zeugnis (Großer Befähigungsnachweis) oder eine sechsjährige Berufserfahrung als «Altgeselle» mit mindestens vierjähriger Leitungsfunktion verlangt, verletzt nicht die Berufsfreiheit der Betroffenen. Die gesetzliche Beschränkung des Berufszugangs sei verhältnismäßig. Sie sei geeignet und erforderlich, Dritte vor den Gefahren zu schützen, die mit der Ausübung des Dachdeckerhandwerks verbunden sind. Auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Berufszugangsregelung zur Sicherung der hohen Ausbildungsleistung des Handwerks gerechtfertigt und insbesondere erforderlich sein kann, sei es danach nicht mehr angekommen.“ (BVerwG aaO)*

### II. Unzulässige Inländerdiskriminierung

*„Die Zugangsbeschränkung führt auch nicht zu einer unangemessenen Belastung der Betroffenen. Mit der berufspraktischen Qualifizierung als «Altgeselle» eröffnet sie einen Berufszugang, der im Vergleich zur Meisterprüfung regelmäßig weniger belastend ist und im Wesentlichen den Anforderungen entspricht, die im EU-Ausland ausgebildete Handwerker bei einer Niederlassung im Inland erfüllen müssen. In den verbleibenden Abweichungen liegt keine unzulässige Inländerdiskriminierung. Die Berufszugangsregelungen für Handwerker aus dem EU-Ausland ist europarechtlich vorgegeben. Der Gleichheitssatz verpflichtet den Gesetzgeber nicht, den Berufszugang für im Inland ausgebildete Handwerker ebenso auszugestalten.“ (BVerwG aaO)*

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 439

### Erfüllungsort der Nacherfüllung im Kaufrecht regelmäßig Wohnsitz des Verkäufers

BGB

(BGH in NJW 2011, 2278; Urteil vom 13.04.2011 – VIII ZR 220/10)

1. Der **Erfüllungsort der Nacherfüllung** hat im Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches keine eigenständige Regelung erfahren. Für seine Bestimmung gilt daher **die allgemeine Vorschrift des § 269 I BGB**.
2. Danach sind in erster Linie die von den Parteien **getroffenen Vereinbarungen** entscheidend. Fehlen vertragliche Abreden über den Erfüllungsort, ist auf die jeweiligen Umstände, insbesondere die **Natur des Schuldverhältnisses**, abzustellen.
3. Lassen sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist der Erfüllungsort **letztlich an dem Ort anzusiedeln**, an welchem der **Verkäufer** zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen **Wohnsitz** oder seine **gewerbliche Niederlassung** (§ 269 II BGB) hatte.

**Fall:** Die in Frankreich wohnhaften Kl. erwarben mit Kaufvertrag vom 23.02.2008 bei der in P. ansässigen Bekl. einen neuen Camping-Faltanhänger zum Preis von 7370 Euro. In der Auftragsbestätigung vom 25.02.2008 ist unter der Rubrik „Lieferung“ aufgeführt: „ab P., Selbstabholer“. Dennoch lieferte die Bekl. den Anhänger am 30.04.2008 an den Wohnort der Kl. Die Kl., die den Anhänger in einem Urlaub nutzten, rügten in der Folgezeit verschiedene Mängel. Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 04.06.2008 forderten sie die Bekl. unter Fristsetzung zum 18.06.2008 auf, den Faltanhänger abzuholen und die Mängel zu beseitigen. Ein daraufhin vereinbarter Abholtermin bei den Kl. scheiterte. Der Anhänger war entsprechend den Gepflogenheiten in Frankreich, nach denen ein Anhänger über das Zugfahrzeug zugelassen wird, nicht angemeldet, so dass für den Transport ein rotes Überführungskennzeichen erforderlich gewesen wäre. Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 10.07.2008 setzten die Kl. der Bekl. erneut eine Frist zur Abholung des Faltanhängers bis zum 14.07.2008. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist erklärten die Kl. mit Schreiben vom 14.07.2008 die „Wandlung“ des Kaufvertrags. Sie klage nunmehr vor dem zuständigen deutschen Gericht auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Faltanhängers. Besteht ein solcher Anspruch?

Ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Faltanhängers könnte sich aus §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 BGB ergeben.

#### I. Anwendbarkeit von deutschem Kaufrecht

Zunächst müsste überhaupt deutsches Kaufrecht anwendbar sein.

*„Nach Art. 28 I 1 EGBGB in der bis zum 16.12.2009 geltenden Fassung (im Folgenden EGBGB a. F.) unterliegt ein Vertragsverhältnis dem **Recht des Staates**, zu dem es die **engsten Verbindungen** aufweist. Dabei wird gem. Art. 28 II 2 EGBGB a. F. vermutet, dass ein Vertrag, der in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Schuldners der **vertragscharakteristischen Leistung** geschlossen worden ist, zu dem Staat die engsten Verbindungen hat, in dem diese **Vertragspartei ihre (Haupt-)Niederlassung** unterhält.*

*Bei einem **Kaufvertrag** besteht die charakteristische Leistung in der **Übereignung und Übergabe der Kaufsache**, so dass das am **Sitz der Verkäuferin** geltende Recht – hier also deutsches Recht – maßgeblich ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 29 II EGBGB a. F., denn der Kaufvertrag zwischen den Parteien wurde nicht unter den in Art. 29 I EGBGB a. F. genannten Voraussetzungen abgeschlossen.“ (BGH aaO)*

#### II. Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen

Zwischen den Parteien wurde ein **Kaufvertrag** nach § 433 BGB geschlossen. Die **Mangelhaftigkeit** im Zeitpunkt des **Gefahrübergangs** nach § 434 BGB ist unstreitig. Die Kl. haben daher die Sachmängelansprüche nach § 437 BGB.

Hierzu gehört auch das Recht, nach § 437 Nr. 2, 323 I BGB vom Kaufvertrag zurückzutreten und nach § 346 BGB die Rückabwicklung des Kaufvertrages zu verlangen.

Der Rücktritt nach § 323 I BGB setzt jedoch voraus, dass die Kl. der Bekl. eine angemessene **Frist zur Nacherfüllung** nach § 439 BGB gesetzt haben (BGH, NJW 2010, 1448 Rn 10 m. w.N.). Dabei kann der Käufer gem. § 439 I BGB nach seiner Wahl Nacherfüllung durch **Beseitigung des Mangels** oder durch **Lieferung einer mangelfreien Sache** verlangen. Eine entsprechende Frist wurde der Bekl. von den Kl. gesetzt. Fraglich ist jedoch, ob der Bekl. in ordnungsgemäßer Art und Weise die Möglichkeit zur Nacherfüllung gegeben wurde.



Die Kl. haben die Bekl. aufgefordert, den Faltanhänger bei ihnen abzuholen. Dies stellt nur dann eine ordnungsgemäße Einräumung der Möglichkeit zur Nacherfüllung dar, wenn der Erfüllungsort für die Nacherfüllung bei den Kl. liegt.

## 1. Maßstäbe für den Erfüllungsort der Nacherfüllung

Die Bestimmung des Erfüllungsortes der Nacherfüllung beim Kaufvertrag ist **umstritten**.

### a) Belegenheitsort der Sache

Vielfach wird der Erfüllungsort für die Nacherfüllung nach § 439 BGB mit dem bestimmungsgemäßen **aktuellen Belegenheitsort der Sache** gleichgesetzt.

Vgl. OLG München [15. Zivilsenat], NJW 2006, 449 [450]; OLG Celle, NJOZ 2010, 612; AG Menden, NJW 2004, 2171; Büdenbender, in: AnwKomm-BGB, 2005, § 439 Rn 25; Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 439 Rn 13; Erman/Grunewald, BGB, 12. Aufl., § 439 Rn 5; Saenger, in: HK-BGB, 6. Aufl., § 439 Rn 3; Westermann, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl., § 439 Rn 7; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2004, § 439 Rn 9; Schmidt, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl., § 439 Rn 20; Pammler, in: PK-BGB, 5. Aufl., § 439 Rn 41; Huber, NJW 2002, 1004 [1006]; Reinicke/Tiedtke, KaufR, 8. Aufl., Rn 417; Thürmann, NJW 2006, 3457 [3458]; im Grundsatz auch Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 269 Rn 15

### b) Erfüllungsort der Primärleistungspflicht

Nach der Gegenansicht ist der ursprüngliche Erfüllungsort der Primärleistungspflicht auch für den Nachbesserungsanspruch aus § 439 I BGB maßgebend.

Vgl. OLG München [20. Zivilsenat], NJW 2007, 3214; Jauernig/Berger, BGB, 13. Aufl., § 439 Rn 11; Krüger, in: MünchKomm-BGB, § 269 Rn 37; Lorenz, NJW 2009, 1633 [1635]; Muthorst, ZGS 2007, 370; Reinking, NJW 2008, 3608; Skamel, ZGS 2006, 227; Unberath/Cziupka, JZ 2008, 867; Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue SchuldR, 2002, Kap. 5 Rn 154; Kandler, Kauf und Nacherfüllung, 2004, S. 442 ff.

### c) Bestimmung nach den Umständen des Einzelfalles

*„Teilweise wird auch eine differenzierende Betrachtungsweise gefordert, die die Beurteilung des Erfüllungsorts maßgebend von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls (so Palandt/Grüneberg, § 269 Rn 15), insbesondere von der **Interessenlage** und der **Verkehrsanschauung** (Pils, JuS 2008, 767 [769 f.]), abhängig macht. Hierbei sollen vor allem die **Art der Sache**, insbesondere deren **Transportfähigkeit** und **Transportüblichkeit**, sowie die **Verhältnismäßigkeit der Transportkosten** (Pils, JuS 2008, 767) oder etwa der Umfang der Instandsetzungsmaßnahmen (Palandt/Grüneberg, § 269 Rn 15) ausschlaggebend sein.“* (BGH aaO)

### d) Betriebssitz des Händlers bei Nachbesserung (Autokauf)

Eine weitere speziell für den Bereich des Autokaufs vertretene Auffassung sieht in Anwendung der in § 269 I BGB genannten Kriterien bei einem **Nachbesserungsverlangen** wegen der dabei voraussichtlich erforderlichen Diagnose- und Instandsetzungsmaßnahmen regelmäßig den Betriebssitz des Händlers als Erfüllungsort an.

vgl. OLG Köln, SP 2007, 302; OLG München [20. Zivilsenat], NJW 2007, 3214 [3215]; Palandt/Weidenkaff, § 439 Rn 3 a; Ball, NZV 2004, 217 [220 f.]; Reinking/Eggert, Rn 358; Reinking, ZfS 2003, 57 [60]; Skamel, ZGS 2006, 227 [228]

### e) Auffassung des BGH

Der BGH hatte sich zu dieser Frage bislang noch nicht geäußert. In Betracht kommt eine Bestimmung des Erfüllungsortes für die Nacherfüllung nach der allgemeinen Regel des § 269 I BGB.

#### aa) keine spezielle Regelung für Erfüllungsort der Nacherfüllung

##### (1) § 439 I BGB

*„Die in § 439 I BGB verwendete Formulierung, wonach der Käufer im Rahmen der Nacherfüllung die „Lieferung“ einer mangelfreien Sache verlangen kann, lässt **nicht** den Schluss zu, der Gesetzgeber habe hierdurch zum Ausdruck bringen wollen, dass die **Nacherfüllung stets eine Bringschuld** sei, deren Erfüllungsort beim Käufer liege (so aber Staudinger/Matusche-Beckmann, § 439 Rn 9).“* (BGH aaO)

##### (2) § 439 II BGB

*„Auch aus der Bestimmung des § 439 II BGB, nach der der Verkäufer die **zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen**, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits-*

und Materialkosten, **zu tragen hat**, lässt sich keine Regelung über den Erfüllungsort bei der Nacherfüllung ableiten. Die Kostenregelung des § 439 II BGB beruht ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs zur Modernisierung des Schuldrechts auf Art. 3 IV der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, nach dem **die Nacherfüllung für den Verbraucher unentgeltlich**, insbesondere ohne Versand-, Arbeits- und Materialkosten durchzuführen ist (BT-Dr 14/6040, S. 231). Dafür, dass der Gesetzgeber über die Umsetzung der Richtlinie hinaus eine eigenständige Regelung des Erfüllungsorts für Nacherfüllungsansprüche treffen wollte, bestehen keine tragfähigen Anhaltspunkte (vgl. OLG München NJW 2007, 3214 [3215]; Reinking, NJW 2008, 3608 [3609]; Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Kap. 5 Rn 154). Entgegen einzelnen Stimmen im Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung kann die **Kostentragungsregelung** des § 439 II BGB auch **nicht als Auslegungshilfe** für die Bestimmung des bei der Nacherfüllung maßgeblichen Erfüllungsorts herangezogen werden [wird ausgeführt].“ (BGH aaO)

## bb) Rückgriff auf Grundsätze zum Erfüllungsort der Rückgewähransprüche nach erfolgtem Rücktritt

Man könnte jedoch für die Bestimmung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung auf die Grundsätze zurückgreifen, die zum Erfüllungsort für die Rückgewähransprüche nach Rücktritt entwickelt wurden. Dieser wird vielfach an dem Ort angesiedelt wird, an dem sich die Sache vertragsgemäß befindet (vgl. Palandt/Grüneberg, § 269 Rn 16; Krüger, in: MünchKomm-BGB, § 269 Rn 41; zum alten Schuldrecht auch Senat, BGHZ 87, 104 [109] = NJW 1983, 1479.

„Das Rücktrittsrecht und das Nacherfüllungsrecht sind in ihrem **dogmatischen** Ausgangspunkt und ihren **Rechtsfolgen so verschieden**, dass es an einer **Vergleichbarkeit** der beiden Rechte fehlt.

Während Nachbesserung und Ersatzlieferung der **Herbeiführung des Leistungserfolgs** im Rahmen des fortbestehenden Vertrags dienen, geht es beim Rücktritt um die **Rückabwicklung des Vertrags** (vgl. etwa Reinking, NJW 2008, 3606 [3609]; Skamel, ZGS 2006, 227 [229 f.]). Dasselbe gilt für die Regelung des § 357 II BGB, die für den **Widerruf** ausdrücklich eine **Rücksendepflicht** des Verbrauchers statuiert. Das Widerrufsrecht nach § 355 BGB ist ein besonders ausgestaltetes Rücktrittsrecht (vgl. Senat, NJW-RR 2004, 1058 = BB 2004, 1246 [unter II 2 b] m. w. Nachw.). Auch hier gilt daher, dass sich der Vertrag im Falle der Ausübung eines Widerrufsrechts in ein **Rückabwicklungsverhältnis** umwandelt (Senat, NJW-RR 2004, 1058), weswegen keine Vergleichbarkeit mit der Nacherfüllung nach § 439 I BGB besteht (Reinking, NJW 2008, 3608 [3609]).“ (BGH aaO)

Ein Rückgriff auf die Bestimmung des Erfüllungsortes beim Rückabwicklungsverhältnis kommt daher nicht in Betracht.

## cc) Anwendbarkeit des § 269 I BGB

„Da die Frage des Erfüllungsorts bei der Nacherfüllung **im Kaufrecht keine eigenständige Regelung** erfahren hat, ist für dessen Bestimmung die allgemeine Vorschrift des **§ 269 I BGB maßgebend** (OLG Köln, SP 2007, 302; Ball, NZV 2004, 217; Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Kap. 5 Rn 154; vgl. im Ansatz auch OLG München, NJW 2006, 449 [450]; Büdenbender, in: AnwKomm-BGB, § 439 Rn 25; Erman/Grünwald, § 439 Rn 5; Unberath/Cziupka, JZ 2008, 867 [872]; Skamel, DAR 2004, 565 [568]; für das Werkvertragsrecht vgl. BGH, NJW-RR 2008, 724 Rn 11).

Danach sind in erster Linie die von den Parteien **getroffenen Vereinbarungen entscheidend**. Fehlen – wie hier – vertragliche Abreden über den Erfüllungsort, ist auf die jeweiligen Umstände, insbesondere auf die **Natur des Schuldverhältnisses** abzustellen. Lassen sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der **Schuldner** zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen **Wohnsitz** bzw. seine **gewerbliche Niederlassung** (§ 269 II BGB) hatte.“ (BGH aaO)

## 2. Bestimmung des Erfüllungsortes bei Fehlen von Vereinbarungen

Fehlen Vereinbarungen zum Erfüllungsort kommt es auf die Natur des Schuldverhältnisses und die Umstände des Einzelfalles an. Weder kann davon ausgegangen werden, dass es stets auf den Belegenheitsort der Sache ankommt noch, dass stets auf den Sitz der Verkäufers abzustellen ist.

„Zu den beim Fehlen vertraglicher Vereinbarungen maßgebenden Umständen zählen anerkanntermaßen die **Ortsgebundenheit** und **Art der vorzunehmenden Leistung** (Jauernig/Stadler, § 269 Rn 8; Krüger, in: MünchKomm-BGB, § 269 Rn 18; Kerwer, in: PK-BGB, § 269 Rn 16; Unberath, in: BeckOK-BGB, 18. Edition, Stand 1. 2. 2009, § 269 Rn 13; vgl. hierzu auch BGH, NJW 1988, 966, zum Erfüllungsort eines Anspruchs auf Erteilung eines Buchauszugs), die Verkehrssitte, örtliche Gepflogenheiten und eventuelle Handelsbräuche (Erman/Ebert, § 269 Rn 12; Palandt/Grüneberg, § 269 Rn 12; Staudinger/Bittner, BGB, Neu-

bearb. 2009, § 269 Rn 18). Diese Maßstäbe finden auch beim Nacherfüllungsanspruch Anwendung. Sein Erfüllungsort entzieht **sich einer allgemeinen Festlegung**. Insbesondere kann nicht mit dem Argument, er sei im Hinblick auf die dogmatische Verwandtschaft von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch (§ 433 I 1, § 439 BGB) stets mit dem Erfüllungsort des Anspruchs aus § 433 I 1 BGB identisch, auf eine an den jeweiligen Umständen ausgerichtete Prüfung verzichtet werden. Umgekehrt kann der Erfüllungsort der Nacherfüllung beim Kauf – anders als der BGH dies für das Werkvertragsrecht entschieden hat (BGH, NJW-RR 2008, 724 Rn 13) – nicht **generell** mit dem **Belegenheitsort der beweglichen Sache** gleichgesetzt werden. Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung (OLG München, NJW 2006, 449 [450]; vgl. auch OLG Celle, NJOZ 2010, 612 Rn 27 für den Fahrzeugkauf) ist für die Ermittlung des Erfüllungsorts nicht allein der Umstand entscheidend, dass die Kaufsache nach Abschluss des Kaufvertrags dem Käufer übergeben wurde und sich daher – für beide Vertragsparteien vorhersehbar – bestimmungsgemäß nicht mehr beim Verkäufer befindet. Eine solche Anknüpfung ist schon deswegen nicht tragfähig, weil damit nur ein einzelner Gesichtspunkt und nicht – wie von § 269 I BGB gefordert – alle prägenden Umstände des betroffenen Schuldverhältnisses als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden.“ (BGH aaO)

Dem steht auch nicht Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entgegen.

„Die Richtlinie erfordert es nicht, als Erfüllungsort der Nacherfüllung stets den Belegenheitsort der Sache anzusehen. Die nach der Richtlinie eröffneten Wertungsspielräume werden im Rahmen der nach § 269 I BGB zu berücksichtigenden Umstände bei richtlinienkonformer Auslegung gewahrt und sachgerecht ausgeschöpft. [wird ausgeführt].“ (BGH aaO)

Schließlich widerspricht auch die **Rechtsnatur des Nacherfüllungsanspruchs** nicht einer beim Fehlen einer Parteivereinbarung von den jeweiligen Umständen des Schuldverhältnisses abhängigen Ermittlung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung nach § 269 I BGB.

„Zwar handelt es sich beim Nacherfüllungsanspruch aus § 439 I BGB um eine **Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs** aus § 433 I BGB (BT-Dr 14/6040, S. 221). Der Käufer soll mit der Nacherfüllung das erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat (BGH NJW 2008, 2837 Rn 18; NJW 2008, 2837; BGHZ 162, 219 [227] = NJW 2005, 1348); dem Verkäufer soll eine „**letzte Chance**“ eingeräumt werden... Grundsätzlich gilt daher, dass der Nacherfüllungsanspruch nicht weiter geht als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch (vgl. Senat, BGHZ 162, 219 [227] = NJW 2005, 1348 Rn 18; Skamel, ZGS 2006, 227 [229]; Oechsler, § 2 Rn 139).

Jedoch folgt hieraus **nicht**, dass der **Erfüllungsort des Nacherfüllungsanspruchs** zwingend mit demjenigen des Primärleistungsanspruchs **übereinstimmt** (so aber Unberath/Cziupka, JZ 2009, 313; Reinking, NJW 2008, 3608 [3610]; Kandler, S. 443 f.; Leible, in: Gebauer/Wiedmann, Kap. 10 Rn 90). Der Unterschied zum Erfüllungsanspruch besteht – neben der speziellen Verjährungsfrist des § 438 BGB – im Wesentlichen darin, dass **Gegenstand** des Nacherfüllungsanspruchs nicht mehr die erstmalige Lieferung einer mangelfreien Kaufsache ist, sondern die **Herstellung ihrer Mangelfreiheit** durch Nachbesserung oder durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (BT-Dr 14/6040, S. 221; Ball, NZV 2004, 217).“ (BGH aaO)

### 3. Anwendung auf den Fall

Eine Vereinbarung über den Erfüllungsort liegt nicht vor. Es hat daher eine einzelfallbezogene Prüfung stattzufinden.

„Das Nacherfüllungsverlangen der Kl. betrifft Mängel eines **Camping-Faltanhängers**, deren Beseitigung – ähnlich wie die Vornahme von Reparaturen bei Kraftfahrzeugen – den **Einsatz von geschultem Personal und Werkstatttechnik** erfordert. Dies macht grundsätzlich die **Verbringung** des Anhängers in eine mit geeigneten Vorrichtungen ausgestattete Werkstatt des Verkäufers **notwendig**. Für die Kl. stellt es auch keine erhebliche Unannehmlichkeit dar, den Anhänger an den Firmensitz der Bekl. zu verbringen. Der Sitz der Bekl. liegt **nicht so weit vom Wohnort der Kl. entfernt**, dass ein Transport des Anhängers zwischen diesen beiden Orten (oder wenigstens dessen Organisation) den Kl. nicht zuzumuten wäre. Auch beim Kauf des Anhängers hatten sie sich ursprünglich für eine Selbstabholung entschieden. Nach den Umständen ist die von den Kl. verlangte Nacherfüllung daher am Sitz der Bekl. zu erfüllen, so dass die Kl. den Anhänger zum Zwecke der Nacherfüllung dorthin hätten verbringen müssen.“ (BGH aaO)

Die Verpflichtung des Verkäufers zur Nacherfüllung ist auf die Vornahme der hierzu erforderlichen Handlungen am Erfüllungsort begrenzt. Erfüllungsort der Nacherfüllung war vorliegend der Firmensitz der Bekl. in P. Die Bekl. war also nicht verpflichtet, den Faltanhänger bei den Kl. in Frankreich abzuholen.

„Zwar haben die Kl. der Bekl. eine Frist zur Beseitigung der gerügten Mängel gesetzt. Sie sind hiermit jedoch ihrer Obliegenheit, der Bekl. Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben nicht in gehöriger Weise nachgekommen, da sie den Faltanhänger für die Mängelbeseitigung nicht zum Sitz der Bekl. verbracht, sondern die Bekl. zur Abholung des Anhängers in Frankreich aufgefordert haben.“ (BGH aaO)

**Ergebnis:** Die Voraussetzungen des § 323 I BGB für einen wirksamen Rücktritt lagen nicht vor. Der Anspruch auf Rückzahlung Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Faltanhängers besteht nicht.

## Klauselkontrolle in Mobilfunkverträgen

### Unwirksamkeit der Sperrung eines Mobilfunkanschlusses

(BGH in MMR 2011, 520; Urteil vom 17.02.2011 – III ZR 35/10)

Die in Mobilfunkverträgen verwendete Klausel „Ist der Kunde mit Zahlungsverpflichtungen in Höhe von mindestens **15,50 Euro in Verzug**, kann c. den **Mobilfunkanschluss** auf Kosten des Kunden **sperr**en.“ ist unwirksam.

#### A. Grundlagenwissen: Prüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen

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

1. Vertragsbedingung
2. Vorformuliert für eine Vielzahl von Verträgen (**Beachte:** § 310 III Nr. 2 BGB)
3. Vom Verwender der anderen Partei gestellt (**Beachte:** § 310 III Nr. 1 BGB)

##### II. Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB

1. sachlicher Anwendungsbereich, § 310 IV BGB
2. persönlicher Anwendungsbereich, § 310 I, II BGB

##### III. Einbeziehung in den Vertrag gemäß § 305 II BGB

1. Hinweis auf die AGB bei Vertragsschluss, § 305 II Nr. 1 BGB
  - a) ausdrücklich
  - b) ausnahmsweise deutlich sichtbarer Aushang
2. Möglichkeit in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen, § 305 II Nr. 2 BGB
3. Einverständnis des Konsumenten, § 305 II BGB
4. Keine überraschende Klausel i.S.d. § 305c I BGB
5. Keine anders lautende Individualabrede, § 305b BGB

##### IV. Inhaltskontrolle

##### 1. Auslegung der AGB-Klausel nach den eigens hierfür geltenden Grundsätzen

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

- a) Objektive Auslegung aus der Sicht des Durchschnittskunden
- b) Unklarheitenregel, § 305c II BGB (zu Lasten des Verwenders)

##### 2. Subsumtion der Klausel

- a) Abweichen vom dispositivem Recht oder Ergänzung dispositiver Normen, § 307 III BGB
- b) Verstoß gegen die §§ 307 – 309 BGB, Prüfungsreihenfolge ist zu beachten. Zu beginnen ist mit der speziellsten Norm, die nächste ist nur dann zu prüfen, wenn die Subsumtion unter die jeweils vorher geprüfte Vorschrift nicht zu einer Nichtigkeit der Klausel geführt hat.

Reihenfolge : § 309 BGB; § 308 BGB; § 307 BGB

Sofern kein Verstoß gegen die §§ 307 – 309 BGB vorliegt, ist die Klausel wirksam.

#### B. Unzulässigkeit der Sperrung eines Mobiltelefonanschlusses wegen geringem Zahlungsrückstand (BGH in NJW 2011, 2122)

**Fall:** Mit einer Unterlassungsklage hat der Kläger die Klausel der Bekl. in Nr. 11.2 S. 1 ihrer AGB angegriffen:

„Ist der Kunde mit Zahlungsverpflichtungen in Höhe von mindestens 15,50 Euro in Verzug, kann c. den Mobilfunkanschluss auf Kosten des Kunden sperren.“

Ist die Klausel zulässig?

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

Bei der Klausel handelt es sich um eine Vertragsbedingung der Bekl., die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert ist und von der Bekl. als Verwenderin den Vertragspartnern gestellt wird, so dass es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung nach § 305 I BGB handelt.

## II. Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB

Sowohl der sachliche Anwendungsbereich des § 310 IV BGB als auch der persönliche Anwendungsbereich gem. § 310 I, II BGB ist bei Klauseln von Mobilfunkanbietern gegenüber ihren Kunden ohne weiteres eröffnet.

## III. Einbeziehung in den Vertrag gemäß § 305 II BGB

Es ist auch davon auszugehen, dass die Klausel nach Maßgabe des § 305 II BGB wirksam in den Vertrag einbezogen wird und es sich um keine überraschende Klausel i.S.d. § 305c I BGB handelt sowie keine anders lautende Individualabrede nach § 305b BGB getroffen wurde.

## IV. Inhaltskontrolle

Die beanstandete Klausel muss auch der Inhaltskontrolle unterliegen und ihr standhalten.

### 1. Anwendbarkeit der §§ 307 ff. BGB

Eine der Inhaltskontrolle unterliegende Vertragsbedingung ist nach § 307 III BGB nur dann gegeben, wenn die Regelung von dispositivem Recht oder dieses ergänzt.

*„Die Klausel unterliegt nach § 307 III 1 BGB der Inhaltskontrolle, da sie das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht nach §§ 320, 321 BGB ergänzt.“* (BGH aaO)

### 2. Vereinbarkeit mit den §§ 307 ff. BGB

Die Vertragsbedingung unterliegt weder den Regeln über Klauseln ohne Wertungsmöglichkeit nach § 309 BGB noch denen über Klausel mit Wertungsmöglichkeit nach § 308 BGB. Es könnte aber ein Verstoß gegen § 307 I, II BGB vorliegen.

Nach § 307 I 1, II Nr. 1 BGB ist eine Klausel dann unwirksam, wenn sie die jeweiligen Vertragspartner der Bekl. entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

#### a) Grundgedanke der gesetzlichen Regelung

*„Bei der in Nr. 11.2 S. 1 der AGB geregelten Sperre des Mobilfunkanschlusses handelt es sich der Sache nach um ein Zurückbehaltungsrecht im Hinblick auf eine Vergütung für bereits zeitlich vorangegangene erbrachte Mobilfunkdienstleistungen, mit der sich der Kunde in Verzug befindet. Gesetzliches Leitbild, an dem die hier fragliche Klausel zu messen ist, sind die §§ 320, 321, 273 BGB. Bei einer Sperre des Mobilfunkanschlusses handelt es sich nicht um eine Beendigung des Vertragsverhältnisses, sondern lediglich um eine grundsätzlich auf vorübergehende Dauer angelegte Suspendierung der Leistungsverpflichtung der Bekl. Das Recht zur Sperre entfällt, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Das beruht ebenso wie bei den gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechten nach dem BGB auf dem Grundgedanken, dass jede Vertragspartei das Recht hat, die ihr obliegende Leistung zu verweigern, bis die ihr gebührende Gegenleistung erbracht ist (vgl. Senat, NJW 2009, 1334 Rn 18).“* (BGH aaO)

#### b) Anwendung auf den Fall

Die Mobilfunkdienstleistungen der Bekl. stehen im Gegenseitigkeitsverhältnis zu den vom Kunden zu zahlenden Entgelten für deren Erbringung. In den Blick zu nehmen sind daher insbesondere §§ 320, 321 BGB.

##### aa) Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts wegen Vorleistungspflicht

Grundsätzlich ist bei Mobilfunkverträgen der Anbieter vorleistungspflichtig, so dass ein Zurückbehaltungsrecht der Bekl. schon deshalb ausgeschlossen sein könnte.

*„Trotz Vorleistungspflicht kann der Bekl. ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB zustehen. Dies beruht darauf, dass es sich bei einem Mobilfunkvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt (vgl. Senat, NJW 2003, 1237 [1238] = NZM 2003, 367), das inhaltlich ei-*

nem Dauerlieferungsvertrag entspricht. Denn die Bekl. muss **ständig leistungsbereit** sein, um die einzelnen vom Kunden abzurufenden, vergütungspflichtigen Dienstleistungen zu erbringen, ohne dass diese zuvor genau bestimmt sind (vgl. zum Dauerlieferungsvertrag Staudinger/Otto, BGB, Neubearb. 2009, § 320 Rn 44; Emmerich, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl., § 320 Rn 7). Die **synallagmatische Verknüpfung** der Leistungspflichten der Vertragsparteien des Mobilfunkvertrags ist deshalb hinsichtlich aller zu erbringender Teilleistungen beider Parteien gegeben. Dementsprechend ist es möglich, das **Zurückbehaltungsrecht** nach § 320 I BGB **hinsichtlich noch zu erbringender Mobilfunkdienstleistungen** auszuüben, auch wenn die mit ihr zeitlich korrespondierende (Teil-)Zahlungsforderung noch nicht entstanden oder fällig geworden ist) es genügt, dass die (fällige) **Zahlung für zeitlich nicht korrespondierende vorangegangene zeitliche Abschnitte nicht erbracht** worden ist (Schöpflin, BB 1997, 110; Köhler, Der Mobilfunkvertrag, 2005, S. 205; Kropf/Harder, in: Spindler, Teil 5 Rn 164; vgl. auch Blank, Die Rechtsbeziehungen zwischen Anbietern und Endkunden im Sprachtelefondienst nach der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes, 2002, S. 196 f.; a. A. Eckert, in: Schuster, S. 535 f. Rn 107; Grosskopf/Taubert, CR 1998, 603 [609]: § 273 BGB ist einschlägig).“ (BGH aaO)

#### bb) Abweichung der Klausel von § 320 II BGB

Allerdings könnte ein Zurückbehaltungsrecht nach der angegriffenen Klausel nach Treu und Glauben von § 320 II BGB abweichen. Danach darf ein Gläubiger nicht seine gesamte Leistung zurückbehalten, wenn nur ein verhältnismäßig geringfügiger Teil der Gegenleistung offen steht.

„Die Klausel Nr. 11.2 nennt hier einen **festen Betrag in Höhe von 15,50 Euro**. Nach Meinung der Bekl. soll dieser – absolut gesehen kleine – Betrag deshalb als nicht verhältnismäßig geringfügig anzusehen sein, weil er dem **monatlichen Netto-Durchschnittsumsatz** aus Mobilfunkaufzeitverträgen mit Privatkunden entspreche. Dem ist zum einen entgegen zu halten, dass Durchschnittswerte lediglich einen Mittelwert darstellen, der in nicht wenigen Fällen erheblich überschritten wird.

Zum anderen kommt entscheidend hinzu, dass die Bekl. mit dem Betrag von 15,50 Euro in ihren AGB **nur knapp über 20 % des Betrags** als Voraussetzung für die Sperrung angesetzt hat, den der Gesetzgeber im **Festnetzbereich** in § 45 k II 1 TKG in Höhe von **75 Euro** festgeschrieben hat. Zwar ist § 45 k II TKG nicht auf Mobilfunkverträge anwendbar (Senat, NJW 2009, 1334 Rn 18). Gleichwohl kann die **Wertung des Gesetzgebers bei Telefondienstleistungsverträgen im Festnetzbereich** bei der Beurteilung der Angemessenheit Allgemeiner Geschäftsbedingungen für den Mobilfunkbereich nicht außer Acht gelassen werden (vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 307 Rn 167; jew. zu § 19 TKV LG München I, CR 2008, 31 [32] = BeckRS 2008, 1936; Köhler, S. 205; Kropf/Harder, in: Spindler, Teil 5 Rn 164; wohl auch Grosskopf/Taubert, CR 1998, 608; a. A. Kessel, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2008, § 45 k Rn 9; Eckert, in: Schuster, S. 534 ff., Rn 107). Hierbei ist insbesondere im Blick zu behalten, dass **kein sachlicher Grund** dafür vorhanden ist, die vom Gesetzgeber für angemessen erachtete Summe **bei Mobilfunkverträgen deutlich geringer** anzusetzen. Die Interessenlage bei beiden Verträgen weicht nicht in entscheidender Weise voneinander ab. Die Beeinträchtigung der Kundeninteressen durch die Sperrung des Mobilfunkvertrags kann **nicht mit der Begründung** als wesentlich geringer erachtet werden, bei dem Mobilfunkgerät handele es sich **grundsätzlich** um ein **Zweitgerät** und der Kunde werde daher durch die Sperrung nicht gänzlich vom Telefonverkehr ausgeschlossen. Auf Grund der Verbreitung des Mobilfunks kann **nicht mehr generell angenommen** werden, es bestehe im Regelfall daneben **noch ein Festnetzanschluss**. Mobilfunkunternehmen richten ihre Werbung auch gerade darauf aus, mit Festnetzdienstleistungen in Konkurrenz zu treten (vgl. LG München I, CR 2008, 31 [32] = BeckRS 2008, 1936). Im Übrigen bringt für viele Kunden, die häufig unterwegs sind und immer erreichbar sein müssen, die **Sperrung des Mobilfunkanschlusses keine geringeren Nachteile** mit sich als die Sperrung ihres Festnetzanschlusses. Darüber hinaus können Mobilfunkdienstleistungen jedenfalls nicht als durchgehend preislich günstiger bezeichnet werden, so dass es auch insoweit nicht gerechtfertigt ist, im Mobilfunkbereich von den vom Gesetzgeber als angemessen angesehenen Werten im Festnetzbereich erheblich nach unten abzuweichen.

Dieser Wertung kann die Bekl. auch nicht mit dem Argument begegnen, dass bereits bei einem Verzug von 15,50 Euro der Schluss gerechtfertigt sei, ihr Anspruch auf die Gegenleistung sei wegen mangelnder Leistungsfähigkeit als gefährdet anzusehen (§ 321 I 1 BGB). Ein solcher Schluss ist insbesondere dann nicht gerechtfertigt, wenn es sich um eine Teilleistung handelt, die sich – wie hier – als geringfügig i. S. des § 320 II BGB darstellt.“ (BGH aaO)

Die Klausel ist daher mit der gesetzlichen Wertung des § 320 II BGB nicht zu vereinbaren und benachteiligt die Kunden nach Treu und Glauben unangemessen. Sie ist daher nach § 307 I, II Nr. 1 BGB unwirksam.

StGB  
§ 174c

**sexueller Missbrauch**  
**Unerheblichkeit des Einvernehmens des Opfers**  
 (BGH in NJW 2011, 1891; Urteil vom 14.04.2011 – 4 StR 669/10)

StGB

1. Einer **Strafbarkeit wegen sexuellen Missbrauchs** unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses nach § 174 c I StGB **steht allein das Einvernehmen des Opfers** mit der vom Täter vorgenommenen sexuellen Handlung **nicht entgegen**.
2. An einem **Missbrauch** i. S. des § 174 c StGB **fehlt** es ausnahmsweise dann, **wenn der Täter** im konkreten Fall **nicht eine** auf Grund des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses **bestehende Autoritäts- oder Vertrauensstellung** gegenüber dem Opfer zur Vornahme der sexuellen Handlung **ausnutzt**.

**Fall:** Der Angekl. schloss 1996 eine Ausbildung zum Heilpraktiker ab und erhielt im selben Jahr die Erlaubnis, „die Heilkunde auszuüben, ohne über eine ärztliche Approbation zu verfügen“. Den Beruf übte er in der Folgezeit aus. Bis zum Jahr 2002 absolvierte er ferner eine Ausbildung zum Osteopathen. Heute bezeichnet sich der Angekl. zudem als Schamane. Anfang 2004 begab sich die Zeugin F erstmals zum Angekl. Grund hierfür war ihr – auch nach Aufsuchen von „Schulmedizinern“ und eines Heilpraktikers – unerfüllt gebliebener Kinderwunsch; sie sah eine Behandlung durch den Angekl. als den „letzten Versuch“ an, ihren Wunsch zu erfüllen. Der Angekl. „behandelte“ die Zeugin an insgesamt neun Tagen, wobei er mit ihrer Zustimmung u. a. mindestens drei Mal ein „Vaginaltouché“ durchführte. Hierbei handelt es sich um eine – wie bei der Osteopathie im Allgemeinen – in Deutschland nicht anerkannte „Behandlung“ durch eine „Mobilisierung“ des „Vaginalraums“ u. a. durch das Einführen eines oder mehrerer Finger in die Scheide der Patientin. Bei einer Gelegenheit versuchte der Angekl. zudem, mit seiner Zunge in den Mund der Zeugin einzudringen. Außerdem wollte der Angekl. ferner den Oralverkehr von der Zeugin an sich vornehmen lassen. Hierzu führte er sein Glied an den Mund der unbedeckten, auf Anweisung des Angekl. mit geschlossenen Augen auf der Liege des Behandlungsraums liegenden Zeugin heran, wobei er jeweils ihre Lippen berührte. Zu einem Eindringen kam es jedoch nicht, weil die Zeugin, die mit einem Oralverkehr nicht einverstanden war, ihren Kopf zur Seite drehte.

Zudem hatte der Angekl. auch die Zeugin N, die wegen starker Rückenschmerzen zum Angekl. gekommen war, „behandelt“. Während der „Behandlung“ der jeweils vollständig entkleideten Zeugin nahm der Angekl. u. a. „Vaginaltouchés“ vor und veranlasste die Zeugin – ebenfalls mit ihrer Zustimmung – mehrmals dazu, an ihm den Oralverkehr durchzuführen. Anlässlich eines weiteren Behandlungstermins entkleidete sich auch der Angekl. vollständig und vollzog – ohne Kondom – mit der Zeugin den Geschlechtsverkehr. Die Zeugin war hiermit einverstanden und fühlte sich „geborgen und ganz entspannt“; insgesamt kam es in mindestens vier weiteren Fällen zum einvernehmlichen Geschlechtsverkehr zwischen dem Angekl. und der Zeugin.

Der Angekl. könnte sich wegen **sexuellem Missbrauchs unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses** nach § 174 c StGB strafbar gemacht haben.

**Einer Strafbarkeit** wegen sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses nach § 174 c I StGB **steht allein das Einvernehmen des Opfers** mit der vom Täter vorgenommenen sexuellen Handlung **nicht entgegen, denn** ein solches **Einvernehmen schließt weder als Einverständnis den Tatbestand noch als Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Tat aus**.

I. Dieses Ergebnis wird schon durch den **Willen des Gesetzgebers** belegt.

1. Zur ursprünglichen Fassung von § 174 c I StGB verweisen die **Gesetzesmaterialien** (BT-Dr 13/8267, S. 7) ausdrücklich darauf, dass eine Strafbarkeit des Täters nach dieser Vorschrift nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass das Opfer den sexuellen Handlungen zugestimmt hat; „denn wegen der Eigenart der tatbestandlich eingegrenzten Verhältnisse **kann das Opfer regelmäßig nicht frei über sexuelle Kontakte zu der Autoritätsperson entscheiden**“.

*„Zwar bezogen sich diese „tatbestandlich eingegrenzten Verhältnisse“ nach der damals geltenden Gesetzesfassung auf Beratungs-, Behandlungs- und Betreuungsverhältnisse mit Personen, die geistig oder seelisch erkrankt waren oder an entsprechenden Behinderungen litten. Der Gesetzgeber hatte aber schon damals die Einbeziehung körperlich erkrankter oder behinderter Opfer in den Straftatbestand erwogen, war aber zunächst – unter dem Vorbehalt einer Überprüfung auf Grund neuer Erkenntnisse – davon ausgegangen, dass bei körperlichen Leiden „eine tiefgreifende Einschränkung der freien Selbstbestimmung, wie sie bei geistig oder seelisch kranken oder behinderten Personen“ vorliegt, in der Regel nicht gegeben ist (BT-Dr 13/8267, S. 6 u. Anl. 2 u. 3; vgl. zu dem Vorschlag, auch körperliche Leiden einzubeziehen, insbesondere die Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats, BR-Dr 295/1/97, S. 3, und die Stellungnahme des Bundesrats, BR-Dr 295/97 [Beschl.], S. 3; zur Gesetzesgeschichte auch Zauner, Sexueller Missbrauch unter*

*Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses, § 174 c StGB, S. 7 ff.; Bungart, Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen, 2005, S. 41 ff., 65, 68.*“ (BGH aaO)

2. Letztere Ansicht hat der Gesetzgeber bei der Einbeziehung körperlich kranker oder behinderter Menschen in den Anwendungsbereich des § 174 c I StGB im Jahr 2003 aufgegeben, ohne hierbei seine Auffassung zur **Unbeachtlichkeit einer Zustimmung des Opfers** geändert zu haben.

*„Denn „auch bei körperlichen Krankheiten oder Behinderungen (kann) zwischen Therapeuten und insbesondere mehrfach behinderten Patienten eine **Abhängigkeit** bestehen, die durch **Überlegenheit des Therapeuten und besonderes Vertrauen des hilfesuchenden Patienten gekennzeichnet** ist. Dieses **Vertrauensverhältnis muss** ebenso wie bei psychischen Krankheiten oder Behinderungen vor sexuellen Übergriffen **geschützt werden**“ (BT-Dr 15/350, S. 16). Dem Gesetzgeber kam es mithin darauf an, sexuelle Kontakte in Beratungs-, Behandlungs- und Betreuungsverhältnissen generell und selbst bei einem Einverständnis des Patienten als missbräuchlich auszuschließen (Laubenthal, Sexualstraftaten, 2000, Rn 276; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 174 c Rn 5; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 174 c Rn 7).*“ (BGH aaO)

- II. Auch nach dem **Wortlaut von § 174 c I StGB** schließt ein bloßes Einverständnis des Opfers mit der sexuellen Handlung den Tatbestand dieser Strafvorschrift nicht aus.

*„§ 174 c StGB erfordert – schon nach seinem Wortlaut – **keine Nötigung des Opfers**. Anknüpfungspunkt für einen tatbestandlichen Ausschluss der Strafbarkeit bei einvernehmlichen sexuellen Handlungen könnte daher allein der in § 174 c I StGB geforderte „Missbrauch“ sein (vgl. MüKo-StGB/Renzikowski, § 174 c Rn 24 ff.; Hörnle, LK-StGB, 12. Aufl., § 174 c Rn 22).*

*Indes knüpft dieser „Missbrauch“ an das Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis an; er ist auf den Täter bezogen und liegt vor, wenn dieser „die Gelegenheit, die seine durch das Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis begründete Vertrauensstellung bietet, unter Verletzung der damit verbundenen Pflichten bewusst zu sexuellen Kontakten mit den ihm anvertrauten Personen ausnutzt“ (BT-Dr 13/8267, S. 7; ferner OLG Karlsruhe BeckRS 2009, 20082 m. w. Nachw.). Das erst während eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses erklärte **Einvernehmen des Opfers mit der sexuellen Handlung ist aber für die Begründung des Vertrauensverhältnisses ohne Bedeutung**, es setzt dieses – zumindest regelmäßig – vielmehr voraus (im Ergebnis ebenso OLG Karlsruhe BeckRS 2009, 20082; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 174 c Rn 7; Fischer, StGB, 58. Aufl., § 174 c Rn 10; Zauner aaO, S. 109 f., 111 f., 139 f.).“ (BGH aaO)*

- III. Auch bei **§§ 174 I Nr. 2, 174 a I, 174 b StGB**, die ebenfalls sexuelle Handlungen in einem Obhutsverhältnis unter Strafe stellen und dabei an einen „Missbrauch“ – aber nicht eine Nötigung – anknüpfen, wird allein dem **Einverständnis des Opfers mit der sexuellen Handlung keine tatbestandsausschließende Wirkung** beigemessen.

*vgl. BT-Dr VI/1552, S. 16; BT-Dr VI/3521, S. 20, 22 ff., 26, 28 f.; BGHSt 2, 93 = NJW 1952, 477; BGHSt 28, 365 = NJW 1979, 2054; Fischer, § 174 Rn 15, § 174 a Rn 10; MüKo-StGB/Renzikowski, § 174 a Rn 17, § 174 b Rn 15, jew. m. w. Nachw.*

*„Eine im Schrifttum teilweise vorgeschlagene **Differenzierung zwischen geistigen** (tatbestandsausschließendes Einverständnis nicht möglich) **und körperlichen Krankheiten oder Behinderungen** (bei denen ein tatbestandsausschließendes Einverständnis möglich sein soll; vgl. etwa MüKo-StGB/Renzikowski, § 174 c Rn 27 f.; Sick/Renzikowski, Festschr. f. Schroeder, 2006, S. 603; Schönke/Schröder, 28. Aufl., § 174 c Rn 6) **lässt sich** auch unter dem Blickwinkel des Selbstbestimmungsrechts des Patienten in solch pauschaler Weise **nicht rechtfertigen** (vgl. auch Hörnle, LK-StGB, § 174 c Rn 19 ff.) und würde schon deshalb weitere Probleme aufwerfen, weil die Einbeziehung körperlich erkrankter oder behinderter Personen in den Anwendungsbereich des § 174 c I StGB gerade deshalb vorgenommen wurde, weil „körperliche und seelische Krankheiten insbesondere bei mehrfach behinderten Patienten oft so eng miteinander verzahnt sind, dass eine Erkennung, Heilung oder Linderung nur unter einem Gesichtspunkt nicht möglich ist“ (BT-Dr 15/350, S. 16; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 174 c Rn 7 f., nimmt deshalb trotz Einverständnisses des Opfers einen Missbrauch stets an, wenn zumindest auch ein psychischer Defekt beim Opfer vorliegt).“ (BGH aaO)*

- IV. Der **Schutzzweck des § 174 c I StGB** gebietet es ebenfalls nicht, allein auf Grund des Einvernehmens des Opfers mit der sexuellen Handlung die Straflosigkeit des Täters anzunehmen.

1. Dabei kann dahinstehen, ob eine Zustimmung des Patienten schon deshalb unbeachtlich ist, weil § 174 c StGB auch zur Einhaltung von Berufspflichten anhalten soll, also das Interesse der Allgemeinheit an einer sachgerechten Behandlung sowie das **Vertrauen in die Lauterkeit einer Berufsgruppe schützt**, und schon deshalb für den Einzelnen nicht disponibel ist.

*vgl. Frommel, NK-StGB, 3. Aufl., § 174 c Rn 10; Zauner, S. 37, 112, 140; zu diesem Schutzzweck auch OLG Karlsruhe BeckRS 2009, 20082; Schönke/Schröder, § 174 c Rn 1; Laubenthal, Rn 269; a. A. Renzikowski NSTz 2010, 694; Bungart, S. 216*



2. Auch der von § 174 c StGB jedenfalls vorrangig bezweckte **Schutz der Selbstbestimmung des Opfers** steht bei dessen Einvernehmen mit der sexuellen Handlung der Strafbarkeit des Täters nicht von vornherein entgegen.

*„Denn der Gesetzgeber hat in den §§ 174 ff. StGB gerade nicht eine allein gegen den Willen oder ohne Einverständnis des Opfers an ihm vorgenommene sexuelle Handlung unter Strafe gestellt, sondern hat hierbei auf – im Wesentlichen äußere – Umstände abgestellt, bei deren Vorliegen er ersichtlich davon ausging, es liege selbst bei einer Zustimmung des Opfers keine selbstbestimmte und autonome Entscheidung, sondern ein strafwürdiges und strafbares Verhalten des Täters vor (vgl. BT-Dr VI/3521, S. 18 f.; Fischer ZStW 112, 75).*

*Auch bei § 174 c StGB kam es dem Gesetzgeber – wie oben ausgeführt – dementsprechend darauf an, sexuelle Kontakte in Beratungs-, Behandlungs- und Betreuungsverhältnissen als missbräuchlich auszuschließen, weil er die freie Selbstbestimmung in dem maßgeblich vom Täter beeinflussten Vertrauens- und Abhängigkeitsverhältnis des Kranken oder Behinderten und seiner sich daraus ergebenden Schutz- und Hilfsbedürftigkeit generell als beeinträchtigt ansah (vgl. dazu auch BT-Dr 13/8267, S. 4 sowie Fischer ZStW 112 [2000], 75).“ (BGH aaO)*

- V. Auf dieser Grundlage **fehlt es an einem Missbrauch i. S. des § 174 c I StGB (lediglich dann, wenn der Täter im konkreten Fall nicht eine auf Grund des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses bestehende Autoritäts- oder Vertrauensstellung gegenüber dem Opfer zur Vornahme der sexuellen Handlung ausgenutzt hat.**

vgl. auch BGHSt 28, 365 = NJW 1979, 2054 (zu § 174 StGB); NSTZ 1999, 29; NSTZ 1999, 349 (beide zu § 174 a StGB)

1. Der Tatrichter muss daher für eine Verurteilung nach dieser Vorschrift zwar nicht (positiv) feststellen, dass das Opfer im konkreten Tatzeitpunkt vom Angekl. abhängig war oder dass der Täter eine Hilflosigkeit oder die Bedürftigkeit des Opfers ausgenutzt hat (so ausdr. BT-Dr 13/8267, S. 7; vgl. ferner OLG Karlsruhe BeckRS 2009, 20082). Auch kann er im Regelfall davon ausgehen, dass bei sexuellen Handlungen in einem Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis dessen Missbrauch vorliegt (vgl. dazu etwa BGH NSTZ-RR 2009, 14). Liegen aber Hinweise dafür vor, dass der Angekl. ausnahmsweise nicht seine auf das Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis gegründete Vertrauensstellung zur Vornahme der sexuellen Handlung ausgenutzt hat, so muss er diesen Hinweisen nachgehen und im Falle einer Verurteilung darlegen, dass ein solches Ausnutzen in dem von ihm zu beurteilenden Fall gegeben war (vgl. BGH NSTZ 2009, 324).
2. Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, ist auf Grund einer **Gesamtwürdigung der den jeweiligen Einzelfall kennzeichnenden Umstände** festzustellen (vgl. hierzu auch OLG Karlsruhe BeckRS 2009, 20082; Bungart, S. 221 f.; zu § 174 a StGB ferner BGH NSTZ 1999, 29; NSTZ 1999, 349).
  - a) Hierfür ist **eine vom Opfer dem Täter gegenüber zum Ausdruck gebrachte Zustimmung zu der sexuellen Handlung eine gewichtige**, regelmäßig sogar unerlässliche **Voraussetzung**, sofern sie nicht – wie etwa bei nahe an die Widerstandsunfähigkeit i. S. des § 179 StGB heranreichenden krankheits- oder behandlungsbedingten Zuständen – von vornherein als zu beachtende Willenserklärung ausscheidet (vgl. Hörnle, LK-StGB, § 174 c Rn 2, 4, 23 m. w. Nachw.). Jedoch genügt ein Einverständnis allein – wie oben ausgeführt – nicht, um einen Missbrauch auszuschließen. Vielmehr **müssen weitere Umstände hinzukommen**, auf Grund derer davon auszugehen ist, dass eine auf Grund des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses regelmäßig gegebene Vertrauensbeziehung entweder tatsächlich nicht bestand oder für die Hinnahme der sexuellen Handlung ohne Bedeutung war (vgl. auch BT-Dr VI/3521, S. 26, 27 [zu § 174 a StGB]; BGH NSTZ 1999, 349 [zu § 174 a StGB]).
  - b) Solche **besonderen Umstände** können etwa vorliegen bei **einvernehmlichen sexuellen Handlungen des Ehepartners oder Lebensgefährten während eines Betreuungsverhältnisses** oder bei **einer von dem Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis unabhängigen „Liebesbeziehung“** und in deren Folge nur gelegentlich der Behandlung oder nach deren Abschluss vorgenommenen sexuellen Handlung.

vgl. BT-Dr VI/3521, S. 22 [zu § 174 StGB]; BGH NSTZ 1999, 349 [zu § 174 a StGB]; MüKo-StGB/Renzikowski, § 174 c Rn 28; Schönke/Schröder, § 174 c Rn 6; Lackner/Kühl, § 174 c Rn 5; Bunting, S. 222; dazu aber auch BT-Dr VI/3521, S. 26; OLG Karlsruhe BeckRS 2009, 20082

Hat der Täter dagegen bspw. vorgegeben, die **sexuelle Handlung sei medizinisch notwendig oder Teil der Therapie** (OLG Karlsruhe BeckRS 2009, 20082; Hörnle, LK-StGB § 174 c Rn 23; Fischer, § 174 c Rn 10 a; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 174 c Rn 8; MüKo-StGB/Renzikowski, § 174 c Rn 25, 28) bzw. hat er gar **behandlungsbezogene Nachteile beim Zurückweisen seines Ansinnens in den Raum gestellt** (Satzger/Schmitt/Widmaier, § 174 c Rn 8; Hörnle, LK-StGB, § 174 c Rn 23) oder hat er eine schutzlose Lage des Opfers – etwa die einer auf seine Aufforderung hin unnötig vollständig entkleideten Frau – zur Vornahme der sexuellen Handlung ausgenutzt (vgl. Hörnle, LK-StGB, § 174 c Rn 23), so **liegt ein Missbrauch** i. S. des § 174 c I StGB **auch dann vor, wenn das Opfer mit dem Sexualkontakt einverstanden war.**

*„[Vorliegend legen] die von der Strafkammer getroffenen Feststellungen nahe, dass ein Missbrauch des Behandlungsverhältnisses schon deshalb vorliegt, weil der Angekl. nicht nur das diesem regelmäßig innewohnende Vertrauen der Patientin ausgenutzt, sondern er ihr gegenüber ersichtlich den Eindruck erweckt hat, die sexuellen Handlungen seien Teil der Therapie.“ (BGH aaO)*

(BGH in NZG 2011, 874; Beschluss vom 14.04.2011 – 2 StR 616/10)

1. Beim **Eingehen von Risikogeschäften** ist im Rahmen der **Feststellung des Vorliegens eines Vermögensschadens** auch eine **täuschungs- und irrumsbedingte Verlustgefahr zu berücksichtigen**, die über die vertraglich zu Grunde gelegte hinausgeht. Ein darin liegender Minderwert des im Synallagma Erlangten ist unter **wirtschaftlicher Betrachtungsweise** zu bewerten, wobei dieser Minderwert konkret festzustellen und zu beziffern ist.
2. Sofern genaue Feststellungen zur Einschätzung dieses Risikos nicht möglich sind, sind **Mindestfeststellungen** zu treffen, um den dadurch bedingten Minderwert und den insofern eingetretenen **wirtschaftlichen Schaden unter Beachtung des Zweifelsatzes zu schätzen**.

**Fall:** Der Angekl. erwarb im Jahr 2001 eine nicht börsennotierte vermögenslose AG und wurde deren alleiniger Vorstand. Von 2002 bis 2005 ließ er durch Telefonverkäufer Aktien der AG an Privatanleger vertreiben. Im Tatzeitraum vereinnahmte die AG auf diese Weise ca. 8,3 Mio. Euro. Davon entnahm der Angeklagte ca. 7,7 Mio. Euro, um seinen Lebensunterhalt zu finanzieren und die Provisionen der Telefonverkäufer zu bezahlen. Die Aktien wurden auf Grund mehrerer Kapitalerhöhungen ausgegeben, von denen jedoch nur die erste auch in das Handelsregister eingetragen wurde. Bei den späteren Kapitalerhöhungen konnten die erforderlichen Einlagezahlungen nicht nachgewiesen werden bzw. es fehlte bereits an wirksamen Kapitalerhöhungsbeschlüssen. Die AG, die laut Prospekt ein junges, im Aufbau befindliches Immobilienunternehmen darstellte, entfaltete zunächst keine operativen Tätigkeiten. Erst nachdem bereits gegen ihn ermittelt wurde, wurde der Angekl. tätig, da er die Notwendigkeit erkannte, gewisse Bemühungen hinsichtlich des prospektierten Börsengangs und des Immobilienerwerbs gegenüber den Anlegern darstellen zu können. Pläne des Angekl., den „Börsenmantel“ der K-AG, die nach einem abgeschlossenen Insolvenzverfahren von allen Verbindlichkeiten bereinigt war, zu übernehmen, scheiterten. Ende Dezember 2002 kam es zum einzigen Immobilienerwerb der L-AG im Tatzeitraum, als diese 90% der Anteile der Firma AT-GmbH, die Eigentümerin dreier M-Hotels war, übernahm. Den ratenweise zu zahlenden Kaufpreis von 3,1 Mio. Euro erbrachte die L-AG nur unvollständig, so dass die CRE-AG (ehemals K-AG) im Oktober 2004 die von der L-AG gehaltenen Anteile an der AT-GmbH erwarb. Nach Ablauf der Eintragsfrist für die zweite Kapitalerhöhung war die L-AG im März 2003 außer Stande, den erforderlichen Bareinlagebetrag nachzuweisen. Infolgedessen entfiel die Wirkung der Zeichnungserklärungen der Anleger, denen deshalb Rückzahlungsansprüche gegen die L-AG in Höhe der von ihnen geleisteten Zahlungen zustanden. Hierdurch wurde die L-AG zahlungsunfähig. Um eine Insolvenz der Gesellschaft zu verhindern, ließ der Angekl. gleichwohl den Vertrieb von Vorzugsaktien fortsetzen. In den Zeichnungsscheinen der Anleger ließ er mit fiktiven Daten zwei weitere Kapitalerhöhungsbeschlüsse ausweisen, die tatsächlich nie gefasst worden waren. In der Folge unterbreitete die Mehrheitseignerin der CRE-AG der L-AG ein bedingtes Übernahmeangebot, das letztlich nicht zu Stande kam. Gleichwohl ließ der Angekl. weiterhin Anleger mit einer unmittelbar bevorstehenden Übernahme durch die CRE-AG werben. Erst Anfang Januar 2005 stellte er schließlich den telefonischen Aktienverkauf ein. Im Jahr 2005 wurde die AG schließlich von einem anderen Unternehmen übernommen, wobei die Aktionäre Aktien der übernehmenden AG erhielten.

Der Angekl. könnte sich wegen **Betruges nach § 263 StGB** strafbar gemacht haben. Dies setzt zunächst das **Vorliegen eines Vermögensschadens** voraus.

- I. Ein Schaden i. S. von § 263 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt (sog. **Prinzip der Gesamtsaldierung**, BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NSTZ 2009, 330 m. w. Nachw.).
  1. **Maßgeblich ist** dabei der **Zeitpunkt der Vermögensverfügung**, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach der Verfügung (BGHSt 30, 388 = NJW 1982, 1165 = NSTZ 1983, 72; BGH wistra 1993, 265; wistra 1995, 222; NSTZ 1999, 353; BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NSTZ 2009, 330).

Bei der – hier vorliegenden – Konstellation eines **Betrugs durch Abschluss eines Vertrags** ist der **Vermögensvergleich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beziehen** (Eingehungsschaden). Zu vergleichen sind die wirtschaftlichen Werte der beiderseitigen Vertragspflichten (BGH BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 10).

2. Ein **Schaden** liegt demnach vor, wenn **die von dem Getäuschten eingegangene Verpflichtung wertmäßig höher ist als die ihm dafür gewährte Gegenleistung** unter Berücksichtigung aller mit ihr verbundenen, zur Zeit der Vermögensverfügung gegebenen Gewinnmöglichkeiten (BGHSt 30, 388 [390] = NJW 1982, 1165 = NStZ 1983, 72).
3. Beim Eingehen von **Risikogeschäften** ist dabei auch eine **täuschungs- und irrumsbedingte Verlustgefahr zu berücksichtigen**, die über die vertraglich zu Grunde gelegte hinausgeht. Ein darin liegender Minderwert des im Synallagma Erlangten ist unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu bewerten (vgl. BGHSt 53, 198 = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330; zur Frage der Entbehrlichkeit des Begriffs des Gefährdungsschadens vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl., § 263 Rn 157f.). Entsprechend der Rspr. des BVerfG (BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 = NStZ 2010, 626 = NZG 2010, 1143) ist dieser **Minderwert konkret festzustellen** und ggf. unter Beauftragung eines Sachverständigen zur wirtschaftlichen Schadensfeststellung zu beziffern.

Sofern genaue Feststellungen zur Einschätzung dieses Risikos nicht möglich sind, sind **Mindestfeststellungen** zu treffen, um den dadurch bedingten Minderwert und den insofern eingetretenen **wirtschaftlichen Schaden unter Beachtung des Zweifelsatzes zu schätzen**. Dieser zunächst durch die **rein rechnerische Gegenüberstellung der wirtschaftlichen Werte der gegenseitigen vertraglichen Ansprüche** bestimmte Schaden materialisiert sich mit der Erbringung der versprochenen Leistung des Tatopfers (Erfüllungsschaden) und bemisst sich nach deren vollen wirtschaftlichen Wert, wenn die Gegenleistung völlig ausbleibt, bzw. nach der Differenz zwischen dem wirtschaftlichen Wert der Leistung und demjenigen der Gegenleistung, soweit eine solche vom Täter erbracht wird (BGH BeckRS 2011, 3180).

II. Gemessen daran ist ein Vermögensschaden für Zeichnungen bis März 2003 (anders ab April 2003) nicht hinreichend nachgewiesen.

1. Für die Beurteilung, ob und in welcher Höhe bei Abschluss der Zeichnungsverträge ein Schaden eingetreten ist, ist der Wert der erworbenen Vorzugsaktien der L-AG – zum jeweiligen Zeichnungszeitpunkt – maßgebend und dem jeweils zu zahlenden Kaufpreis gegenüberzustellen. **Entsprach der Aktienwert dem Gegenwert des Kaufpreises liegt kein Schaden vor**. Ob und ggf. in welcher Höhe die gezeichneten Aktien zum Zeitpunkt der jeweiligen Zeichnung tatsächlich einen wirtschaftlichen Wert hatten, lässt sich den Feststellungen jedoch nicht entnehmen:

*„Ein Schaden in Höhe der jeweiligen Anlagesumme – wovon das LG trotz Annahme eines Vermögensgefährdungsschadens offenbar ausgeht – besteht nur dann, wenn die Aktie zum jeweiligen Zeichnungszeitpunkt wertlos war. Zu Beginn des Tatzeitraums (Januar 2002) könnte dies der Fall gewesen sein, da die L-AG zunächst kein operatives Geschäft betrieb und die Dividendenzahlungen in erster Linie als Anreiz für den Erwerb weiterer Aktienpakete dienten. Ob zu dieser Zeit unter **Berücksichtigung der Angaben im Emissionsprospekt** ein Ertragswert des Unternehmens und damit eine sich daraus ergebende Werthaltigkeit der Aktie festgestellt werden kann, erscheint deshalb zweifelhaft.*

*Soweit auf Grund der dauernden Einzahlung von Anlagegeldern, die dem Handelsregister bei der Eintragung auch noch in Höhe von 1,547 Mio. Euro im Jahr 2002 nachgewiesen werden konnten, Barvermögen der Gesellschaft vorhanden war, könnte dies freilich gegen die vollständige Wertlosigkeit der gezeichneten Aktien sprechen. Zu bedenken ist allerdings auch, dass die durch Täuschung veranlasste Zeichnung von Aktien zur Anfangszeit mit den Fällen sog. Schneeball-Systeme vergleichbar sein könnte, bei denen Neu-Anlagen zumindest auch verwendet werden, um früheren Anlegern angebliche Gewinne oder Zinsen aus-zuzahlen. Hier nimmt die Rspr. ohne weitere Differenzierung auch für die Erstanleger einen Schaden in Höhe des gesamten eingezahlten Kapitals an, da ihre Chance sich allein auf die Begehung weiterer Straftaten stütze und ihre Gewinnerwartung daher von vornherein wertlos sei (vgl. BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330; krit. hierzu Fischer, StGB, 58. Aufl., § 263 Rn 130).*

*Der Senat braucht dies hier nicht zu entscheiden: Denn jedenfalls ab Mai 2002 ist die Annahme einer vollständigen Wertlosigkeit der Anlage zumindest zweifelhaft. Zu diesem Zeitpunkt begann die L-AG – orientiert an den Planvorgaben des Emissionsprospekts – mit der **Aufnahme eines Geschäftsbetriebs**, in dessen Folge es im Dezember 2002 zum Erwerb der Anteile an der AT-GmbH kam. Daneben zahlte die L-AG im August 2002 125 000 Euro an DSI, im September 2002 1,3 Mio. Euro an FC zum Zwecke der (letztlich allerdings gescheiterten) Übernahme des „Börsenmantels“ der K-AG und erwarb im November 2002 Aktien der K-AG im Wert von 185 000 Euro. Hinzu kommt, dass die L-AG für die (vorübergehende) Übernahme der AT-Anteile jedenfalls größere Teile des ratenweise zu zahlenden Kaufpreises aufgebracht hat. Schließlich weisen die spätere Veräußerung der AT-GmbH-Anteile und die wirtschaftlich nicht näher nachzuvollziehende Übernahme von werthaltigen DSI-Aktien mit dem darauf erfolgten Tausch von L-Vorzugsaktien in DSI-*

Aktien darauf hin, dass die L-AG offenbar nicht ohne Wert war. Dies legt – auch wenn es sich dabei um nach der Zeichnung der Aktien liegende Umstände handelt – nahe, dass jedenfalls ein vollständiger Wertverlust der L-Aktie ab Mai 2002 nicht gegeben war.“ (BGH aaO)

2. Es hätte daher den Wert der Aktie (als Anteil an einem zu bestimmenden Unternehmenswert) zum jeweiligen Zeichnungszeitpunkt ermittelt werden müssen, um unter Gegenüberstellung zu den jeweiligen Erwerbspreisen die erforderliche Saldierung vornehmen und die Schadenshöhe in jedem Einzelfall konkret beziffern zu können. Es hätte dabei auch das – täuschungs- und irrtumsbedingt überhöhte – **Risiko des Aktienerwerbs und den dadurch verursachten Minderwert bewertend berücksichtigen** müssen.

„Die **Bewertung von Unternehmen bzw. Aktien erfordert zwar komplexe wirtschaftliche Analysen** (vgl. hierzu etwa Großfeld, *Recht d. Unternehmensbewertung*, 6. Aufl., Rn 202 ff.; Peemöller, *Praxishdb. d. Unternehmensbewertung*, 3. Aufl., Rn 201 ff.), insbes. dann, wenn das Unternehmen – wie vorliegend der Fall – nicht börsennotiert ist und es sich um ein junges Unternehmen handelt (hierzu näher Peemöller aaO, Rn 601 ff.). Dies beruht insbes. darauf, dass der Ertragswert eines Unternehmens auch in die Zukunft reichende Entwicklungen, unter Berücksichtigung von Prospektangaben, erfasst (vgl. näher Großfeld aaO, Rn 982 ff.). Die Einschätzung von Risiken bei der Bewertung im Wirtschaftsleben ist jedoch kaufmännischer Alltag (vgl. im Zusammenhang mit der Bewertung von Forderungen BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 = NSTZ 2010, 626 = NZG 2010, 1143; zu Anlagen auch BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NSTZ 2009, 330, jew. m. w. Nachw.). Das LG hätte sich deshalb sachverständiger Hilfe bedienen können, um unter Beachtung der gängigen betriebswirtschaftlichen Bewertungskriterien den Aktienwert in jedem der Einzelfälle feststellen zu können.“ (BGH aaO)

- III. Auch für die Zeit bis März 2003 hinsichtlich der **Zahlung der Anlagegelder** kann das Vorliegen eines Vermögensschadens nicht angenommen werden.

„Zwar ist es ab der zweiten Kapitalerhöhung nicht mehr zu einer Eintragung in das Handelsregister gekommen, so dass die Anleger keine Aktien erwarben. **Erfolgt die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister nicht bis zum Ende der Eintragsfrist, entfällt entsprechend § 158 II BGB die Wirkung der Zeichnung** (BGHZ 140, 258 = NJW 1999, 1252 = NZG 1999, 495; Hüffer, *AktG*, 9. Aufl., § 185 Rn 14; MüKo-AktG/Peifer, 2. Aufl., § 185 Rn 25) mit der Folge, dass die Anleger keine Aktionärstellung erlangen und bereits gezahlte Anlagegelder zurückzugewähren sind. Hätte der Angekl. bereits bei der jeweiligen Zeichnung der Aktien durch die Anleger die Vorstellung gehabt, dass es mangels fehlenden Nachweises gegenüber dem RegisterGer. nicht zur Eintragung in das Handelsregister kommen könnte, wäre mit der täuschungsbedingten Zahlung der Anlagegelder angesichts eines in Kauf genommenen Entfallens der Gegenleistung ein Schaden anzunehmen. Dahingehende Feststellungen lassen sich dem Urteil des LG jedoch nicht entnehmen.“ (BGH aaO)

- IV. Für die ab April 2003 gezeichneten Anlagen, bei denen der Angekl. **Kapitalerhöhungen vortäuschte**, denen kein entsprechender Beschluss der Hauptversammlung zu Grunde lag, ist das **Vorliegen eines Vermögensschadens zu bejahen**.

„Es kann dahinstehen, ob die Zeichnungserklärungen der Anleger und die Annahme durch die L-AG vor diesem Hintergrund überhaupt zu wirksamen wechselseitigen Verpflichtungen geführt haben (vgl. hierzu Hüffer, § 185 Rn 27; Lutter, *Kölner Komm. z. AktG*, 2. Aufl., § 185 Rn 36; MüKo-AktG/Peifer, 3. Aufl., § 185 Rn 62), die im Rahmen der Schadensfeststellung zu saldieren wären. Da der Angekl. in den Zeichnungsscheinen **fiktive Kapitalerhöhungsbeschlüsse** angegeben hat und damit **erkennbar von Anfang an nicht die Absicht hatte, wirksame Kapitalerhöhungen durchzuführen**, ist den Anlegern spätestens mit Erbringung der Zahlungen in dieser Höhe ein endgültiger Schaden entstanden. Sie hatten **keine Aussicht, Aktionär zu werden**, so dass ein **Schaden in Höhe der jeweiligen Zeichnungssumme** vorlag. Der den Anlegern zustehende Anspruch auf Rückerstattung bereits geleisteter Einlagen stellt insoweit keine unmittelbare Schadenskompensation, sondern lediglich einen möglichen Schadensausgleich dar, der die Annahme eines Schadens unberührt lässt.“ (BGH aaO)

BauGB

**Gebot der Rücksichtnahme**

BauR

§ 31 II

**Befreiung von nicht nachbarschützenden Festsetzungen**

BauNVO

§ 15 I

(OVG Münster in DÖV 2011, 494; Beschluss vom 17.02.2011 – 7 B 1803/10)

1. Festsetzungen zum **Maß der baulichen Nutzung** und **zu den überbaubaren Grundstücksflächen** entfalten in aller Regel keine Schutzwirkung zugunsten von Nachbarn, sondern erfolgen **ausschließlich aus städtebaulichen Gründen**.
2. § 31 II BauGB ist nicht generell drittschützend. Drittschutz kommt nur in Betracht bei einer rechtswidrigen Befreiung von einer nachbarschützenden Festsetzung oder wenn ansonsten die **nachbarlichen Interessen nicht hinreichend berücksichtigt** worden sind.
3. Alle übrigen denkbaren Fehler einer Befreiung machen diese und die auf ihr beruhende Baugenehmigung zwar objektiv rechtswidrig, vermitteln dem Nachbarn aber **keinen Abwehranspruch**.
4. Ein über das Rücksichtnahmegebot hinausgehender Anspruch auf Einhaltung von nicht nachbarschützenden Festsetzungen besteht nicht.
5. Grundsätzlich enthält **§ 15 I 1 BauNVO** nicht nur das Rücksichtnahmegebot, sondern kann auch einen **Anspruch auf Erhaltung der typischen Prägung eines Baugebiets** vermitteln
6. **§ 15 I 1 BauNVO** gilt nur für die Festsetzungen zur Art der Nutzung und ist im Hinblick auf das im Bebauungsplan festgesetzte **Maß der baulichen Nutzung grundsätzlich nicht** anwendbar ist.
7. Nachbarrechtswidrig ist eine Baugenehmigung nicht schon dann, wenn sie unbestimmt ist. Dies setzt vielmehr voraus, dass die **Unbestimmtheit nachbarrechtsrelevante Merkmale** betrifft und infolgedessen bei der Ausführung des Bauvorhabens eine **Verletzung von Nachbarrechten nicht auszuschließen** ist.

**Fall:** Die Bekl. erteilte dem Beigeladenen unter dem 25.11.2010 eine Baugenehmigung für die Errichtung eines Wohnhauses und einer Garage auf dem Grundstück Gemarkung M., Flur ..., Flurstück ... (X.-Weg ...) in E. unter Erteilung einer auf denselben Tag datierenden Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans ... 207, Änderung Nr. 2, hinsichtlich Baugrenze und Geschosshöhe. Hiergegen erhob der Kl. als Nachbar Klage mit dem Vorbringen, die Baugenehmigung sei zu unbestimmt hinsichtlich der Grundflächenzahl und bezüglich der Höhen des Vorhabens. Die Beigeladenen beanspruchten - wie ein Vergleich mit anderen Vorhaben in der Nachbarschaft zeige - ein „Höchstmaß an Fläche und Höhe in alle erdenklichen Himmelsrichtungen“. Das Vorhaben sei erdrückend. Zudem habe er einen Anspruch aus § 15 BauNVO auf Erhaltung des Gebietscharakters.

Die Gebäude des Kl. und des Beigeladenen liegen in einer Entfernung von mehr als 10 m zueinander. Die Firsthöhe des Hauses der Kl. über NN übersteigt diejenige des geplanten Hauses der Beigeladenen um mehr als 1 m.

Kann sich der Kl. mit dieser Begründung auf die Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung unter Erteilung der Befreiungen berufen?

Die Drittanfechtungsklage des Kl. kann nur Erfolg haben, wenn sich die mögliche Rechtswidrigkeit der angefochtenen Baugenehmigung gerade auf die Verletzung nachbarschützender Regelungen bezieht, da nur dann die nach § 113 I 1 VwGO erforderliche Rechtsverletzung des Kl. denkbar ist. Der Kl. bezieht sich hier auf Grund und **Geschlossflächenzahlen** sowie **Baugrenzen** und **Geschosshöhen**. Hierbei handelt es sich um Regelungen nach §§ 16 ff. BauNVO zum Maß der baulichen Nutzung sowie zu den überbaubaren Grundstücksflächen

#### **I. Nachbarschutz durch Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung und zu den überbaubaren Grundstücksflächen**

Fraglich ist, ob Festsetzungen im Bebauungsplan zum Maß der baulichen Nutzung Schutzwirkung auch für die Nachbarn entfalten.

*„Indes hat das Verwaltungsgericht unter Hinweis auf entsprechende höchstrichterliche und obergerichtliche Rechtsprechung ausgeführt, dass die damit angesprochenen Festsetzungen zum **Maß der baulichen Nutzung** und **zu den überbaubaren Grundstücksflächen** in aller Regel keine Schutzwirkung zugunsten von Nachbarn entfalten, sondern **ausschließlich aus städtebaulichen Gründen** erfolgen.“*

Eine **drittschützende Wirkung** derartiger Festsetzungen sei **nur dann anzunehmen**, wenn sich aus den Festsetzungen des Bebauungsplans, seiner Begründung oder anderweitigen Materialien über die **Willensbildung des zuständigen Beschlussorgans** hinreichende Anhaltspunkte dafür ergäben, dass der Satzungsgeber eine solche Wirkung gewollt habe. Ausgehend von diesen zutreffenden Maßstäben hat das Verwaltungsgericht eine drittschützende Wirkung der Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung und zu den überbaubaren Grundstücksflächen **mit eingehender und überzeugender Begründung verneint**. Auf die entsprechenden Ausführungen Seiten 6 - 9 des Beschlussabdrucks nimmt der Senat Bezug.“ (OVG Münster aaO)

## II. Nachbarschutz im Rahmen der Erteilung von Befreiungen nach § 31 II BauGB

Soweit im Einzelfall Befreiungen von den Festsetzungen des Bebauungsplanes nach § 31 II BauGB erteilt werden, kommt es in erster Linie darauf an, ob die Befreiung von nachbarschützenden Normen erfolgt ist. Ist dies nicht der Fall, könnte auf die Belange der Nachbarn deshalb Rücksicht zu nehmen sein, weil § 31 II BauGB die Würdigung nachbarlicher Belange bei der Erteilung der Befreiung vorsieht.

### 1. keine generelle nachbarschützende Wirkung

„Entgegen der Annahme der Beschwerde ist **mitnichten die gesamte Vorschrift drittschützend**. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, besteht Drittschutz des Nachbarn bei einer rechtswidrigen Befreiung von einer nicht nachbarschützenden Festsetzung - wie hier - nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung vielmehr nur, wenn seine **nachbarlichen Interessen nicht hinreichend berücksichtigt** worden sind; alle übrigen denkbaren Fehler einer Befreiung machen diese und die auf ihr beruhende Baugenehmigung zwar objektiv rechtswidrig, vermitteln dem Nachbarn aber **keinen Abwehrenspruch**, weil seine eigenen Rechte nicht berührt werden.“ (OVG Münster aaO)

§ 31 II BauGB hat damit keine generell nachbarschützende Wirkung, so dass sich der Kl. auch nicht auf jedweden Rechtsanwendungsfehler bei der Erteilung der Befreiung für den Beigeladenen berufen kann.

### 2. Berücksichtigung nachbarlicher Belange im Rahmen des § 31 II BauGB

Allerdings sind die nachbarlichen Belange nach dem Wortlaut des § 31 II BauGB in die Erwägungen zur Erteilung einer Befreiung mit einzubeziehen.

„Unter welchen Voraussetzungen eine Befreiung die Rechte des Nachbarn verletzt, ist dabei nach den Maßstäben zu beantworten, die das Bundesverwaltungsgericht zum **Gebot der Rücksichtnahme** entwickelt hat (vgl. BVerwG, Beschluss vom 08.07.1998 - 4 B 64.98 -, BauR 1998, 1206 = BRS 60 Nr. 183, und Urteil vom 19.09.1986 - 4 C 8.84 -, BauR 1987, 70 = BRS 46 Nr. 173).

Die Bewertung des Verwaltungsgerichts, eine **Rücksichtslosigkeit des Vorhabens** der Beigeladenen sei namentlich im Hinblick auf die gerügte **Massivität und Höhe des Bauvorhabens** nicht gegeben, wird durch das Beschwerdevorbringen nicht in Frage gestellt. Soweit die Antragsteller bemängeln, dass das Vorhaben hinsichtlich Höhe, Grundflächenzahl, Geschossflächenzahl, Geschosszahl und zu überbauender Grundstücksfläche „**in der Umgebung ohne Beispiel**“ sei, zielt ihr Vortrag im Wesentlichen auf die Behauptung einer Kumulierung von Verstößen gegen die entsprechenden Festsetzungen des maßgeblichen Bebauungsplans; diese Kumulierung habe das Verwaltungsgericht nicht hinreichend gewürdigt. Sie verkennen auch hier, dass ihnen ein **über das Rücksichtnahmegebot hinausgehender Anspruch auf Einhaltung dieser nicht nachbarschützenden Festsetzungen nicht zusteht**. Für die entscheidende Frage, ob die Antragsteller durch das Maß des auf dem Grundstück der Beigeladenen geplanten Hauses rücksichtslos, d. h. **unzumutbaren Beeinträchtigungen ausgesetzt** sein werden, gibt die Aufzählung von angeblichen Rechtsverstößen nichts her. Derartige Beeinträchtigungen setzt auch die von der Beschwerde zitierte Rechtsprechung (BVerwG, Urteil vom 6. Oktober 1989 - 4 C 14.87 -, BauR 1989, 710 = BRS 49 Nr. 188; VGH Bad.-Württ., Beschlüsse vom 8. November 2007 - 3 S 1923/07 -, BRS 71 Nr. 171, und vom 16. Februar 1990 - 3 S 155/90 -, juris,) voraus.

Diese hebt (zwar) hervor, dass die im Rahmen der Prüfung des Rücksichtnahmegebots **abzuwägenden Interessen** der Beteiligten ein **unterschiedliches Gewicht** haben können je nach dem, ob es um ein Vorhaben geht, das den Festsetzungen eines Bebauungsplans entspricht, oder ob es um ein Vorhaben geht, das von diesen Festsetzungen abweicht; handele es sich um ein befreiungsbedürftiges und zudem möglicherweise nicht befreiungsfähiges Vorhaben, so könne die **Schwelle rücksichtsloser Betroffenheit** schon bei **Nachteilen von etwas geringerer Intensität erreicht** sein als dann, wenn das beanstandete Vorhaben mit den Festsetzungen des Bebauungsplans übereinstimmt. Erforderlich sind aber auch nach diesen Maßstäben **Nachteile**, die dem Nachbarn bei der Bewertung der gegenläufigen Interessen **unzumutbar** sind.

„Dass die Antragsteller solche Nachteile zu befürchten hätten, zeigt die Beschwerde nicht auf.“ (OVG Münster aaO)

Die Klage kann daher auch nicht auf eine Verletzung von sich aus § 31 II BauGB ergebenden nachbarlichen Belangen gestützt werden.

### 3. Gebot der Rücksichtnahme, § 15 BauNVO

Der Kl. kann jedoch grundsätzlich eine Verletzung des in § 15 BauNVO verankerten Gebotes der Rücksichtnahme rügen. Er macht insofern einen **Anspruch auf Erhaltung des Gebietscharakters** geltend, den er aus § 15 BauNVO herleitet.

Grundsätzlich enthält **§ 15 I 1 BauNVO** nicht nur das Rücksichtnahmegebot, sondern kann auch einen **Anspruch auf Erhaltung der typischen Prägung eines Baugebiets** vermitteln (vgl. BVerwG, Beschluss vom 13.05.2002 - 4 B 86.01 -, BauR 2002, 1499 = BRS 65 Nr. 66; Hamb. OVG, Beschlüsse vom 05.06.2009 - 2 Bs 26/09 -, BRS 74 Nr. 90, und vom 04.05.2009 - 2 Bs 154/08)

*„Das ändert aber nichts daran, dass § 15 I 1 BauNVO im Hinblick auf das im Bebauungsplan festgesetzte - hier allein in Rede stehende - Maß der baulichen Nutzung grundsätzlich nicht anwendbar ist. Eine bauliche Anlage kann zwar auch nach ihrer Größe der Eigenart des Baugebiets im Sinne dieser Vorschrift widersprechen. Das bedeutet indes nicht, dass § 15 I 1 BauNVO auch die Maßfestsetzungen ergänzt. Wenn die Norm bestimmt, dass ein Vorhaben im Einzelfall auch unzulässig ist, wenn es wegen seines Umfangs der Eigenart eines bestimmten Baugebiets widerspricht, so geht sie vielmehr davon aus, dass im Einzelfall „Quantität in Qualität umschlagen“, d. h. die Größe einer baulichen Anlage die Art der baulichen Nutzung erfassen kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.03.1995 - 4 C 3.94 -, BauR 1995, 508 = BRS 57 Nr. 175; Hamb. OVG, Beschluss vom 04.05.2009 - 2 Bs 154/08 -, aaO).*

*Nach diesen Maßgaben ist ein Widerspruch des Vorhabens zur Eigenart des Baugebiets mit der Beschwerde auch nicht ansatzweise dargetan. [wird ausgeführt]“ (OVG Münster aaO)*

### III. Nachbarschutz wegen unzureichender Bestimmtheit

Fraglich ist, ob der Kl. sich auf eine unzureichende Bestimmtheit der Baugenehmigung und der erteilten Befreiungen berufen kann.

*„Nachbarrechtswidrig ist eine Baugenehmigung nicht schon dann, wenn sie unbestimmt ist. Dies setzt vielmehr voraus, dass die - hier einmal unterstellte - Unbestimmtheit nachbarrechtsrelevante Merkmale betrifft und infolgedessen bei der Ausführung des Bauvorhabens eine Verletzung von Nachbarrechten nicht auszuschließen ist (vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 30.05.2005 - 10 A 2017/03 -, BRS 69 Nr. 163, vom 02.10.1998 11 B 845/98 -, BRS 60 Nr. 207, und vom 16.07.1997 - 7 B 1585/97 -, juris.)*

*Hierfür zeigt die Beschwerde nichts auf. Die als unbestimmt gerügten Angaben zur Geschossflächenzahl, zur Grundflächenzahl und zu den Höhen des Vorhabens betreffen das Maß der baulichen Nutzung und damit - wie noch auszuführen sein wird - nicht nachbarrechtsrelevante Merkmale. Soweit die Antragsteller darüber hinaus meinen, die Berechnung der Abstandflächen sei nicht nachvollziehbar, beziehen sie sich auf die südlichen, südwestlichen und östlichen Terrassen des Vorhabens. Dass die zugeordneten Abstandflächen auf das nordwestlich des Grundstücks der Beigeladenen gelegene Grundstück der Antragsteller fallen könnten, ist angesichts dieser Lage jedoch ausgeschlossen.“ (OVG Münster aaO)*

**Ergebnis:** Die Regelungen, auf deren Verletzung der Kl. die Rüge der Rechtswidrigkeit der dem Beigeladenen erteilten Baugenehmigung stützt, sind demnach allesamt nicht nachbarschützend und vermögen die Klage nicht zu begründen.



SOG Nds     **Aufopferungsanspruch bei gezieltem Rammen eines Pkw**     POR  
§ 80 I                                     **Schadensersatz des unbeteiligten Dritten**

(BGH in DÖV 2011, 620; Urteil vom 03.03.2011 – III ZR 174/10)

1. Wird jemand rechtmäßig als **nichtverantwortliche Person** nach § 8 Nds. SOG in Anspruch genommen, so besteht ein Schadensersatzanspruch nach § 80 I Nds. SOG.
2. Diese Vorschrift ist entsprechend anwendbar, wenn jemand bei Vorliegen einer **Anscheinsgefahr oder eines Gefahrenverdachts** in Anspruch genommen wird.
3. Eine Erweiterung des Anwendungsbereiches auf Schäden, die **unbeteiligten Dritten** entstehen, kommt nicht in Betracht.
4. Unbeteiligte Dritten können ihren Schaden nach den Grundsätzen des **allgemeinen Aufopferungsanspruchs** nach Preußischem Allgemeinen Landrecht geltend machen.
5. Der allgemeine Aufopferungsanspruch setzt voraus, dass jemandem **ein unzumutbares Sonderopfer** auferlegt wird.

**Fall** Der Kläger begehrt vom beklagten Land den Ausgleich von Schäden, die anlässlich eines Polizeieinsatzes an einem ihm zuvor entwendeten Pkw entstanden sind.

Der Kläger ist selbständiger Autohändler. In der Nacht vom 18. zum 19.10.2006 wurden bei einem Einbruch in seine Geschäftsräume ein Autoschlüssel und der dazu gehörige Pkw VW Touran entwendet. Das Fahrzeug wurde in die Niederlande verbracht und dort mit niederländischen Kennzeichen versehen. Im November 2006 reisten der Täter und ein weiterer Mittäter mit dem Fahrzeug in die Bundesrepublik ein und begingen mehrere Einbruchdiebstähle. Am 08.11.2006 wurden sie bei einem Einbruchdiebstahl auf dem Gelände eines Autohauses entdeckt. Die Polizei nahm mit mehreren Streifenwagen unter der Inanspruchnahme von Sonderrechten die Verfolgung auf und versuchte, die flüchtenden Täter durch Errichtung einer Straßensperre zum Anhalten zu bewegen. Nachdem dies zweimal misslungen war, brachten die Polizeibeamten das von den Tätern benutzte Fahrzeug durch kontrolliertes Rammen zum Anhalten. Erst anschließend wurde festgestellt, dass es sich bei dem Fluchtfahrzeug um das gestohlene Fahrzeug des Klägers handelte.

An dem Fahrzeug entstand durch die Aktion der Polizeibeamten - unter Einschluss aufgewendeter Gutachterkosten von 976,94 € - ein Schaden von 12.741,64 €. Aus dem sichergestellten Vermögen der Täter erhielt der Kläger 6.650 €. Der weitergehende Schaden von 6.091,64 €, der bei den Tätern nicht einbringlich ist, ist Gegenstand der Zug um Zug gegen Abtretung der gegen die Täter gerichteten Schadensersatzansprüche erhobenen Klage.

Hat der Kläger einen entsprechenden Schadensersatzanspruch gegen das Land?

**I. Anspruch wegen Inanspruchnahme als nichtverantwortliche Person aus § 80 I 1 Nds. SOG**

Der Kläger könnte einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 80 I 1 Nds. SOG haben.

**1. Inanspruchnahme als Nichtstörer nach § 8 Nds. SOG**

Im Falle einer rechtmäßigen Inanspruchnahme als nichtverantwortliche Person nach § 8 Nds. SOG ist der betroffenen Person bei Eintritt eines Schadens ein angemessener Ausgleich zu gewähren. Der Kläger könnte als Nichtstörer in Anspruch genommen worden sein.

„§ 8 Nds. SOG, der mit ‚Inanspruchnahme nichtverantwortlicher Personen‘ überschrieben ist, sieht vor, dass die Verwaltungsbehörden und die Polizei unter bestimmten Voraussetzungen Maßnahmen gegen andere Personen als die nach §§ 6 oder 7 Verantwortlichen richten können. Bei diesen handelt es sich um **Verhaltens- und Zustandsstörer**, die im Hinblick auf ihre Verantwortlichkeit ihre polizeiliche Inanspruchnahme **ohne eine Entschädigung** hinnehmen müssen (vgl. Senatsurteil vom 20. Januar 1966 - III ZR 109/64, BGHZ 45, 23, 25).

Die Bestimmungen der §§ 6 bis 8 Nds. SOG gehen davon aus, dass wegen einer Gefahr **Maßnahmen gegen eine (verantwortliche oder nichtverantwortliche) Person zu richten sind**. Das waren in der vorliegenden Situation **die Täter**, die nach § 6 Nds. SOG **als Verhaltensstörer** von der Polizei in Anspruch genommen wurden. Dass die Polizei, worauf die Revision entscheidend abstellen will, durch **kontrolliertes Rammen**, also gezielt, auf das Fahrzeug des Klägers eingewirkt hat, **bedeutet nicht**, dass sie den **Kläger** nach § 7 Nds. SOG als Zustandsstörer oder nach § 8 Abs. 1 Nds. SOG **als nichtverantwortliche Person in Anspruch genommen hätte**.

Von dem **Zustand des Fahrzeugs ging keine Gefahr aus**, sondern nur von seiner konkreten Verwendung als Fluchtmittel durch die Täter, deren Inanspruchnahme im Sinne des § 8 I Nr. 2 Nds. SOG möglich war. Im Übrigen ist nach § 7 II 2 Nds. SOG eine **Inanspruchnahme des Eigentümers** einer Sache als Zustandsstörer **ausgeschlossen**, wenn - wie hier - die **tatsächliche Gewalt ohne seinen Willen** durch eine andere Person ausgeübt wird.“ (BGH aaO)

Die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme des Klägers als nichtverantwortliche Person nach § 8 Nds. SOG liegen daher nicht vor.

## 2. Inanspruchnahme bei Anscheinsgefahr und Gefahrenverdacht

Eine Anwendung des § 80 I 1 Nds. SOG kommt aber dann in Betracht, wenn die Polizei bei der ex ante Betrachtung von einer Gefahr ausging, die tatsächlich nicht bestand.

„[Der Senat hat] zu § 39 I Buchst. a OBG NRW, der ähnlich wie § 80 I 1 Nds. SOG formuliert ist, entschieden, es liege auch dann eine Inanspruchnahme nach § 19 OBG NRW - also wie bei § 8 Nds. SOG die einer nicht verantwortlichen Person - vor, wenn sich bei der **Inanspruchnahme** des Eigentümers einer Sache als Zustandsstörer oder einer Person als Handlungsstörer **nachträglich herausstelle**, dass die **zu beseitigende Gefahr in Wirklichkeit nicht bestanden habe** (vgl. Urteile vom 12.03.1992 - III ZR 128/91, BGHZ 117, 303, 307 f; vom 23.06.1994 - III ZR 54/93, BGHZ 126, 279, 283 f; zu § 59 Abs. 1 Nr. 1 ASOG Bln vgl. Senatsurteil vom 11.07.1996 - III ZR 133/95, NJW 1996, 3151, 3152). Dabei hat er es im Sinne eines gerechten Interessenausgleichs für erforderlich angesehen, wenn ein Einschreiten der Ordnungsbehörde bereits aufgrund eines durch Tatsachen begründeten **Verdachts oder Anscheins einer Gefahr** hingenommen werden müsse, die **Entschädigungsvorschrift** des § 39 Abs. 1 Buchst. a OBG NRW **entsprechend weit zu verstehen** und den wegen der Anscheinsgefahr in Anspruch genommenen Betroffenen wie einen Nichtstörer zu entschädigen, wenn sich entgegen der Annahme beim Eingriff nachträglich herausstelle, dass die Gefahr in Wirklichkeit nicht bestanden habe.“ (BGH aaO)

Fraglich ist aber, ob ein solcher Fall hier überhaupt vorliegt. Tatsächlich wurden die Maßnahmen überhaupt nicht, auch nicht im Rahmen des Anscheins oder des Verdachts einer Gefahr, gegen den Kläger gerichtet.

„Von der vorerwähnten Konstellation, in der der Geschädigte als Störer in Anspruch genommen wurde, unterscheidet sich der hier zu beurteilende Fall dadurch, dass der **Kläger** - abgesehen davon, dass er durch das Verhalten der Polizei an seinem Fahrzeug einen Schaden erlitten hat - **im Sinne des Polizeirechts unbeteiligter Dritter** gewesen ist. Denn er ist **weder Verhaltens- noch Zustandsstörer noch hat ihn die Polizei als Nichtverantwortlichen** unter den besonderen, engeren Eingriffsvoraussetzungen des § 8 I Nds. SOG in Anspruch genommen.“ (BGH aaO)

Eine Heranziehung des § 80 I 1 Nds. SOG kommt daher auch nicht ausnahmsweise wegen Handelns aufgrund einer Anscheinsgefahr oder eines Gefahrenverdachts in Betracht.

## II. Anspruch aus enteignendem Eingriff

Grundsätzlich könnte aber auch über die Regelung des § 80 I Nds. SOG hinaus dem Kläger ein Anspruch aus einem enteignenden Eingriff zustehen.

### 1. Rechtsgrundlage

Einige Polizeigesetze der Länder sehen ausdrücklich einen **Entschädigungs- oder Ausgleichsanspruch** vor, wenn ein **unbeteiligter Dritter** durch eine rechtmäßige Maßnahme der Ordnungsbehörde oder der Polizei einen Schaden erleidet (vgl. Art. 70 Abs. 2 BayPAG, § 59 Abs. 1 Nr. 2 ASOG Bln, § 73 SOG M-V, § 222 LVwG SH; vgl. auch § 51 Abs. 2 Nr. 2 BPolG). Dabei sind diese Ansprüche im Einzelnen unterschiedlich ausgestaltet. Eine solche Regelung fehlt im Nds. SOG. Fraglich ist, ob dies dahingehend auszulegen ist, das unbeteiligte Dritte die Entstehung von Schäden ausgleichslos hinnehmen muss.

„Die Regelungen in den Polizeigesetzen der Länder gehen auf den aus § 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten entwickelten und von § 70 Preuß. PVG aufgenommenen **Aufopferungsgedanken** zurück, dass bei rechtmäßigen beeinträchtigenden Eingriffen der Staatsgewalt, die für den Betroffenen mit einem **Sonderopfer** verbunden sind, ein Entschädigungsanspruch gegen den Staat gegeben ist (vgl. eingehend hierzu Drews/Wacke/ Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 649 ff; Rachor in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, L 32, 40; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2005, Rn. 691; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl. 2008, § 15 Rn. 4 ff; 27; Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2009, Rn. 468). Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, dass ein solcher **Anspruch aus enteignendem Eingriff** - anders als es der Senat für das Verhältnis eines Anspruchs aus enteignungsgleichem Eingriff zum Ersatzanspruch wegen rechtswidrigen Verhaltens einer Ordnungsbehörde (vgl. Senatsurteile vom 02.10.1978 - III ZR 9/77, BGHZ 72, 273, 276 f; vom

12.10.1978 - III ZR 162/76, NJW 1979, 34, 36) oder zum Staatshaftungsanspruch aus § 1 StHG-DDR (vgl. Senatsbeschluss vom 19.12.1995 - III ZR 190/94, NVwZ-RR 1997, 204, 205) entschieden hat - **nicht deshalb ausgeschlossen** ist, weil **Entschädigungsansprüche** wegen rechtmäßiger polizeilicher Maßnahmen in § 80 I 1 Nds. SOG **abschließend geregelt** wären (so aber Waechter, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 831 zu § 80 Abs. 1 Satz 1 NGefAG; OLG Hamm, NJW 1988, 1096 zu § 39 Abs. 1 Buchst. a OBG NRW; OLG Koblenz, NZV 1997, 180 zu § 68 POG RP). Dagegen spricht schon § 80 III 3 Nds. SOG.“ (BGH aaO)

Fraglich ist jedoch, auf welcher rechtlichen Grundlage in solchen Fälle eine Entscheidung zu gewähren ist.

„**Umstritten** ist lediglich, ob ein solcher Entschädigungsanspruch eines unbeteiligten Dritten seine **Grundlage** in einer **erweiternden Anwendung** der für Nichtstörer geltenden Vorschriften, hier des **§ 80 I 1 Nds. SOG**, findet (so Drews/Wacke/Vogel/Martens, aaO S. 666 f zu § 45 des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes; im Ergebnis wohl auch Schenke aaO Rn. 691; ohne Präferenz Götz aaO Rn. 27) oder auf die **Anwendung der allgemeinen Aufopferungsgrundsätze** zu stützen ist (so Rachor aaO Rn. L 40).“ (BGH aaO)

Der BGH schließt sich in seiner Entscheidung der Auffassung an, dass die Entschädigung unter Anwendung des allgemeinen Aufopferungsanspruchs zu gewähren ist.

„Zwar wird die **"Sonderopfersituation"** eines Nichtstörers und eines unbeteiligten Dritten vielfach vergleichbar sein. Es besteht jedoch ein **grundlegender Unterschied** in der Vorgehensweise der Polizei, ob sie im Sinn des § 8 Nds. SOG eine nicht verantwortliche Person zur Beseitigung einer Gefahr heranzieht oder ob jemand betroffen wird, der **außerhalb dieser durch die Polizei wahrnehmbaren Zusammenhänge** steht.“ (BGH aaO)

## 2. Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen

Ein Anspruch des Klägers setzt demnach voraus, dass er durch das gezielte Rammen seines Fahrzeugs ein unzumutbares Sonderopfer erlitten hat.

„Bereits **durch den Diebstahl** war ohne Zutun der Polizei eine Situation entstanden, in der das **Eigentumsrecht des Klägers erheblich beeinträchtigt** war. Es war in Frage gestellt, ob der Kläger jemals wieder in den Besitz des Fahrzeugs gelangen würde. Darüber hinaus bestand auch die **gesteigerte Gefahr**, dass der **Dieb** oder ein sonstiger unberechtigter Fahrer das Fahrzeug **ohne jede Rücksichtnahme auf die Belange des Eigentümers gebrauchen** würde (vgl. insoweit auch OLG Hamm aaO). Diese Gefahr hatte sich bereits vor dem Rammen des Fahrzeugs verwirklicht, da der Täter ein **rücksichtsloses**, nicht nur Leib und Leben anderer Verkehrsteilnehmer, sondern auch das Eigentum des Klägers gefährdendes **Fahrverhalten** an den Tag gelegt und so das Rammen (als ultima ratio) herausgefordert hatte.

Das gezielte Rammen hatte zwar eine erhebliche Beschädigung des Fahrzeugs zur Folge. Zugleich aber wurde hierdurch erreicht, dass der Kläger sein Eigentum - wenn auch im Wert gemindert - zurückerlangte und seine gegen den Dieb bestehenden deliktischen Ansprüche geltend machen und teilweise auch realisieren konnte.“ (BGH aaO)

Trotz der beträchtlichen Substanzverletzung am Fahrzeug ist dem Kläger daher **kein Sonderopfer** auferlegt worden, das die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren überschreite. Hierbei kann nicht außer Betracht bleiben, dass der Kläger **durch den substanzverletzenden Eingriff** die **Sachherrschaft** über das Fahrzeug, das seinem Zugriff gänzlich entzogen gewesen sei, erst **wiedererlangt** habe.

Ein Entschädigungsanspruch nach den Grundsätzen zum enteignenden Eingriff steht dem Kläger folglich nicht zu.

**Ergebnis:** Der Kläger hat keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Beklagte wegen des durch das gezielte Rammen seines Fahrzeugs entstandenen Sachschadens.



## Kurzauslese I

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

**BGB** **BGB**  
**§§ 195, 739** **gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch**  
**Verjährung**  
 (BGH in MDR 2011, 866; Urteil vom 10.05.2011 – II ZR 227/09)

Der Anspruch der Gesellschaft gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter aus § 739 BGB verjährt nach § 195 BGB.

„Für Ansprüche nach § 739 BGB galt die dreißigjährige Verjährungsfrist des § 195 BGB a. F. und damit greift hier nunmehr – gem. Art. 229 § 6 I 1, IV 1 EGBGB – die kenntnisabhängige dreijährige Verjährungsfrist nach § 195 BGB n. F. ein (vgl. BGH NZG 2010, 1020 = NZM 2010, 718 = NJW-RR 2010, 1401 = ZIP 2010, 1637).

Eine entsprechende Anwendung der §§ 159, 160 HGB auf den Anspruch aus § 739 BGB kommt nicht in Betracht (a. A. Karsten Schmidt DB 2010, 2093; Habersack, Großkomm. z. HGB, 5. Aufl., § 159 Rn 13). Ein zeitlicher Gleichlauf von Innen- und Außenhaftung ist gesetzlich nicht vorgesehen und wegen der Unterschiedlichkeit ihrer Zusammensetzung und Herleitung auch nicht geboten. Die Innenhaftung aus § 739 BGB beruht nicht, jedenfalls nicht zwingend auf einer Unterdeckung wegen bestehender, durch das Gesellschaftsvermögen nicht gedeckter Gesellschaftsschulden, für die der Ausgeschiedene gegenüber den Gesellschaftsgläubigern persönlich haftet. Sie besteht z. B. ebenso im Falle einer schuldenfreien Gesellschaft, wenn der ausgeschiedene Gesellschafter Überentnahmen getätigt hat, die er nach § 739 BGB erstatten muss.“ (BGH aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

**BGB** **BGB**  
**§ 476** **Beweislastumkehr**  
**keine uneingeschränkte Geltung beim Tierkauf**  
 (OLG Zweibrücken in NJW-RR 2011, 1074; Urteil vom 13.01.2011 – 4 U 34/10)

Die Regelung des § 476 BGB gilt beim Tierkauf nicht uneingeschränkt.

„Zwar gilt die Vorschrift auch beim Tierkauf (BGH NJW 2006, 2250). Allerdings kann die Vorschrift nicht uneingeschränkt auf den Tierkauf angewendet werden, weil Tiere keine Sachen sind, sondern während ihrer Lebenszeit einer ständigen Entwicklung und Veränderung ihrer körperlichen und gesundheitlichen Verfassung unterliegen, welche nicht nur von Alter und Anlagen, sondern auch von ihrer Haltung beeinflusst werden. Es ist deshalb eine differenzierte Beurteilung je nach der Art der Erkrankung oder des sonstigen Mangels erforderlich (BGH NJW 2006, 2250), wobei allein eine Ungewissheit über den Entstehungszeitpunkt einer Beeinträchtigung die Vermutensregelung des § 476 BGB noch nicht ausschließt, weil diese sonst gerade in den Fällen leerliefe, in denen der Entstehungszeitpunkt nicht zuverlässig festgestellt werden kann (BGH NJW 2005, 3490; BGH NJW 2007, 2621).“ (OLG Zweibrücken aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

**BGB** **BGB**  
**§§ 894, 899a** **Grundbuchberichtigung**  
**bei Änderung des Gesellschafterbestands einer GbR**  
 (OLG Brandenburg in NJW-RR 2011, 1036; Beschluss vom 27.04.2011 – 5 Wx 89/10)

Die Vermutung des § 899a BGB, nach der diejenigen Personen GbR-Gesellschafter sind, die nach § 47 II 1 GBO eingetragen sind, und darüber hinaus weitere Gesellschafter nicht vorhanden sind, gilt auch in den Fällen, in denen nach Ausscheiden eines Gesellschafters und/oder Eintritt eines neuen Gesellschafters das Grundbuch unrichtig geworden und nach § 894 BGB zu berichtigen ist.

„Im Zuge der Änderung der Grundbuchordnung nach Anerkennung der formellen Grundbuchfähigkeit der GbR durch den BGH (BGHZ 179, 102 = NJW 2009, 594) durch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte in Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG – BGBI I, Nr. 53, 2713) wurde nicht nur in § 47 II GBO geregelt, wie die Eintragung einer GbR zu erfolgen hat, wenn für diese ein Recht im Grundbuch eingetragen werden soll. Es wurde materiell-rechtlich eine neue Vorschrift, nämlich § 899a in das BGB eingefügt. Danach wird in Ansehung des eingetragenen Rechts einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 II 1 GBO eingetragen sind und darüber hinaus weitere Gesellschafter nicht vorhanden sind.

Diese Vermutung gilt auch in den Fällen, in denen nach Ausscheiden eines Gesellschafters und/oder Eintritt eines neuen Gesellschafters das Grundbuch unrichtig geworden und nach § 894 BGB zu berichtigen ist (so OLG München NJW-RR 2010, 1667; OLG Zweibrücken Rpfleger 2010, 208 und FGPrax 2010, 286; vgl. auch Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl., § 899a BGB Rn 9).

Bei der Grundbuchberichtigung handelt es sich, auch wenn deren Grundlage eine Änderung im Gesellschafterbestand einer GbR ist, um eine Maßnahme „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ und damit um eine Maßnahme, die in den Anwendungsbereich des § 899a BGB fällt. Der Umstand, dass der Erwerb oder der Verlust der Gesellschafterstellung selbst materiell-rechtlich nicht unter den Anwendungsbereich des § 899a BGB fällt, steht dem nicht entgegen (a. A. Bestelmeyer Rpfleger 2010, 169). Die Vermutungswirkung beschränkt sich allein darauf, dass hinsichtlich des eingetragenen Rechts vermutet wird, dass die eingetragenen Gesellschafter die alleinigen Gesellschafter der GbR sind und weitere Gesellschafter nicht existieren. Auf der Grundlage dieser Vermutungswirkung ist dann zu prüfen, ob es zu einer Änderung im Gesellschafterbestand der GbR und damit zu einer Unrichtigkeit des Grundbuchs i. S. des § 894 BGB gekommen ist.



Durch dieses Verständnis des § 899a BGB ist schließlich sichergestellt, dass die von § 891 BGB ausgehende **Grundbuchpraxis vor Anerkennung der Rechts- und Grundbuchfähigkeit der GbR im Wesentlichen unverändert beibehalten** wird (Demharter NZM 2009, 502; BT-Dr 16/13437, S. 26; DNotI-Report 2010, 145 m. w. Nachw.).“ (OLG Brandenburg aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§ 1004 I

### Beseitigungsanspruch Verjährung

BGB

(LG Hamburg in ZMR 2011, 460; Urteil vom 22.12.2010 – 318 S 207/09)

1. Der **Beseitigungsanspruch aus § 1004 I 1 BGB** ist ein **Anspruch, der der Verjährung unterliegt**, denn dieser Beseitigungsanspruch ist gerade **kein Anspruch aus eingetragenen Recht i.S. des § 902 BGB, der von der Verjährung ausgenommen ist**.

„Der Beseitigungsanspruch aus § 1004 I 1 BGB ist ein Anspruch, der nach höchst- und obergerichtlicher Rspr. der Verjährung unterliegt (vgl. BGH NJW 2007, 2183; OLG Hamm NZM 2007, 624; OLG Köln BeckRS 2006, 06150; i. d. Sinne auch Schmid NZM 2009, 605).

Diese Auffassung teilt auch die Kammer, ebenso wie die Annahme, dass § 902 BGB in der hiesigen Konstellation keinerlei Anwendung findet (so auch OLG München NZM 2009, 33). Der Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB ist gerade kein Anspruch aus eingetragenen Recht i. S. des § 902 BGB, der von der Verjährung ausgenommen ist. Das **Grundbuch gibt Auskunft darüber, wer Eigentümer eines Grundstücks ist, nicht aber darüber, welche Ansprüche ihm zustehen**. In § 902 I 2 BGB wird die **Verjährung von Schadensersatzansprüchen ausdrücklich zugelassen**, was dem Rechtsgedanken zu Grunde liegt, dass das Grundbuch über deren Bestand keine Auskunft gibt. Ebenso wenig gibt dieses darüber Auskunft, ob dem Eigentümer Beseitigungsansprüche nach § 1004 BGB zustehen. Durch die Verjährung eines solchen Anspruchs wird der Inhalt des Grundbuchs nicht tangiert.“ (LG Hamburg aaO).

2. **Anderes gilt für die Verjährung eines Unterlassungsanspruchs gem. § 1004 I 2 BGB**: Dieser **Anspruch entsteht mit jeder neuen Störungshandlung erneut** und unterliegt sodann jeweils einer eigenständigen (neuen) Verjährung.

„Die Verjährung eines Beseitigungsanspruchs nach § 1004 I 1 BGB ist zu unterscheiden von der Verjährung eines Unterlassungsanspruchs gem. § 1004 I 2 BGB. Während erstere mit der Beendigung der Einrichtung der Störungsquelle zu laufen beginnt (so etwa auch Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 9. Aufl. 2010, § 15 Rn 33), entsteht der Unterlassungsanspruch mit jeder neuen Störungshandlung erneut und unterliegt sodann jeweils einer eigenständigen (neuen) Verjährung (vgl. dazu etwa BGH NJW 1990, 2555).“ (LG Hamburg aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BtMG  
§ 29 I 1 Nr.1

### Handel mit Betäubungsmitteln Errichten einer Indoor-Cannabis-Plantage

BtMG

(BGH in NSTz 2011, 459; Beschluss vom 15.02.2011 –3 StR 491/10)

Das **Anmieten eines Gebäudes zum Betrieb einer Indoor-Plantage wird vom Begriff des Handeltreibens** jedenfalls dann **nicht erfasst, wenn es nicht mit Blick auf ein konkretes Umsatzgeschäft erfolgt**.

„Zwar kann die Aufzucht von Cannabispflanzen durchaus den Tatbestand des Handeltreibens erfüllen, wenn der **Anbau auf die gewinnbringende Veräußerung der herzustellenden Betäubungsmittel zielt** (vgl. BGH BGHR BtMG § 29a I Nr. 2 Handeltreiben 5; und BGH BGHR BtMG § 29a I Nr. 2 Handeltreiben 4; BGH NSTz 2006, 578). Auch ein versuchter Anbau, zu dem es regelmäßig erst mit dem Heranschaffen des Saatgutes an die vorbereitete Fläche kommt (vgl. Weber, BtMG, 3. Aufl., § 29 Rn 60; Körner, BtMG, 6. Aufl., § 29 Rn 82; Franke/Wienroeder, BtMG, 3. Aufl., § 29 Rn 7; Joachimski/Haumer, BtMG, 7. Aufl., § 29 Rn 10), liegt nicht vor.

Unter dem strafrechtlichen Aspekt des Anbaus von Betäubungsmitteln i.S.d. § 29 I Nr. 1 BtMG liegt daher in der Anmietung des Hauses lediglich eine **straflose Vorbereitungshandlung**. Entgegen der Ansicht des GBA kann aus der weiten Auslegung, den der Begriff des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in der Rspr. erfahren hat, nicht geschlossen werden, dass das Anmieten des Hauses dennoch für die Haupttäter allein deswegen bereits vollendetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge darstellt, weil geplant war, in dem Haus Cannabis anzubauen, das gewinnbringend weiterveräußert werden sollte. Allein dieser Plan ändert nichts daran, dass es sich bei der Anmietung des Hauses bei **wertender Betrachtung** lediglich um eine typische Vorbereitungshandlung weit im Vorfeld des beabsichtigten Güterumsatzes handelt (vgl. Weber aaO, Rn 455 u. 558).“ (BGH aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB  
§ 174a I

### sexueller Missbrauch von Gefangenen außerhalb der Dienstzeit / mit Einverständnis des Gefangenen

StGB

(OLG München in NSTz 2011, 464; Beschluss vom 28.06.2010 – 5 St RR (1) 34/10)

Der **Tatbestand des § 174a StGB** kann auch dann **verwirklicht** sein, wenn der **Missbrauch** des Gefangenen **außerhalb der Dienstzeit** erfolgt ist und der **Gefangene** mit der Vornahme der sexuellen Handlung **einverstanden** war.

1. Je ausgeprägter das **Abhängigkeitsverhältnis** ist, je mehr Befugnisse und Weisungsrechte dem Täter gegenüber dem Gefangenen zustehen, umso näher wird im Allgemeinen die Annahme tatbestandlichen Verhaltens liegen, wenn es zu sexuellen Handlungen kommt.

Umgekehrt sind, je geringer und schwächer die Befugnisse des Verantwortlichen gegenüber dem Gefangenen sind, je weniger deren Beziehung durch ein Über-Unterordnungsverhältnis geprägt ist, um so eher Fälle denkbar, in denen die **Stellung des Täters für die Mitwirkung des Gefangenen an den sexuellen Handlungen ohne Bedeutung** ist oder in ihrer Bedeutung in den Hintergrund tritt, mit der Folge, dass die Annahme eines Miss-





brauchs ausscheidet. Gleiches kann gelten, wenn die sexuellen Handlungen im Rahmen einer **echten Liebesbeziehung** vorgenommen werden (BGH NStZ 1999, 349).

„[Hier war] das **Über-Unterordnungsverhältnis zwischen der Angekl. und dem Gefangenen deutlich ausgeprägt**: Im Rahmen ihrer Tätigkeit – als Sozialarbeiterin und Leiterin des Deutschunterrichts – unterstanden die Gefangenen ihrer Aufsicht und Leitung. Darüber hinaus hatte die Angekl. eine **weitgehende „Schlüsselgewalt“** inne. Es liegt deshalb bereits die Annahme eines Missbrauchs ihrer Stellung nahe. Darüber hinaus hat die Angekl. in ihrem Unterricht über sexuell bezogene Themen gesprochen, [woraus] sich eine sexuelle Beziehung zwischen ihr und dem Gefangenen ergab. Die StrK hat ferner festgestellt, dass die Angekl. eine **innere Verknüpfung zwischen den sexuellen Kontakten und Vergünstigungen für den Gefangenen hergestellt hat**, wodurch sie gleichzeitig ein **Druckmittel** in den Händen hatte, diesen zu der Durchführung von Drogengeschäften zu bewegen. Die Schlussfolgerung, die Angekl. habe ihre Stellung gegenüber dem ihr anvertrauten Gefangenen zu sexuellen Handlungen missbraucht, erweist sich deshalb nicht als rechtsfehlerhaft. Aus einer Gesamtschau ergibt sich vielmehr ein zielgerichtetes Vorgehen der Angekl. von der Themenwahl ihres Deutschunterrichts über die Aufnahme privater, auch intimer Gespräche hin zur Durchführung des Geschlechtsverkehrs, um den Gefangenen G zur Durchführung von Drogengeschäften zu bewegen.“ (OLG München aaO)

II. Unerheblich ist, ob die **Tat außerhalb der Dienstzeit** begangen wurde.

„Taten nach § 174a I StGB können nämlich auch außerhalb der Dienstzeit begangen werden (Fischer, 57. Aufl., § 174a Rn 6). Die **dienstliche Stellung** der Angekl. **blieb davon unberührt**.“ (OLG München aaO)

III. Der Tatbestandsverwirklichung steht auch nicht entgegen, wenn der **Gefangene** mit den sexuellen Handlungen **einverstanden war**.

„In diesen Fällen **richtet sich das Delikt des § 174a I StGB nicht gegen die sexuelle Selbstbestimmung des Gefangenen, sondern erschüttert die Ziele des Strafvollzugs und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Objektivität der für die Gefangenen zuständigen Personen** (Schönke/Schröder-Lenckner/Perron/Eisele, 27. Aufl., § 174a Rn 1, 6 mwN).“ (OLG München aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB  
§§ 263, 267

**Urkundenfälschung**  
durch computertechnische Veränderungen  
(BGH in NStZ-RR 2011, 213; Beschluss vom 09.03.2011 – 2 StR 428/10)

StGB

Im Wege computertechnischer Maßnahmen, wie z.B. der Veränderung eingescannter Dokumente, kann grds. eine **(unechte) Urkunde hergestellt werden, wenn die Reproduktion den Anschein einer von einem bestimmten Aussteller herrührenden Gedankenäußerung vermittelt**, also einer Originalurkunde so ähnlich ist, dass die Möglichkeit einer Verwechslung nicht ausgeschlossen werden kann.

„Urkunden i.S. des § 267 I StGB sind verkörperte Erklärungen, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweise zu erbringen, und die ihren Aussteller erkennen lassen. **Einer bloßen Fotokopie ist, sofern sie nach außen als Reproduktion erscheint, mangels Beweiseignung sowie Erkennbarkeit des Ausstellers demgegenüber kein Urkundencharakter beizumessen** (st. Rspr., vgl. BGHSt 20, 17 = NJW 1964, 2427; BGHSt 24, 140 = NJW 1971, 1812 m. w. Nachw.; BGH wistra 1993, 225; BGH wistra 2010, 226). Zwar kann im Wege **computertechnischer Maßnahmen** wie der Veränderung eingescannter Dokumente grds. eine (unechte) Urkunde hergestellt werden. **Dafür muss die Reproduktion jedoch einer Originalurkunde so ähnlich sein, dass die Möglichkeit einer Verwechslung nicht ausgeschlossen werden kann** (vgl. BGH wistra 2010, 184 = NStZ 2010, 703 m. w. Nachw.; Fischer, StGB, 58. Aufl., § 267 Rn 22).

Daran fehlt es hier: Die Ausdrücke der Computerdatei des gescannten Personalausweises wiesen nicht die typischen Authentizitätsmerkmale auf, die einen Originalausweis prägen. Sie sollten nach ihrem Dokumentationszweck wie Kopien verwendet werden und spiegelten erkennbar lediglich ein Abbild eines Personalausweises wider.

Da der von den Ausdrücken der Computerdatei jeweils abgebildete Personalausweis tatsächlich nicht existierte und diesbzgl. somit zu keinem Zeitpunkt eine falsche Urkunde vorgelegen hat, erfüllt die Verwendung dieser Ausdrücke auch nicht den Tatbestand der Urkundenfälschung in Form des Gebrauchens einer unechten Urkunde (vgl. Fischer, § 267 Rn 37).“ (BGH aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

NW NRSchG  
§§ 3 VII, 4 I 4

**Raucherclub**  
Voraussetzungen  
(OVG Münster in NVwZ-RR 2011, 517; Beschluss vom 15.04.2011 – 4 B 7/11)

öfFR

Vom **generellen Rauchverbot** sind (nur) **Räumlichkeiten von Vereinen und Gesellschaften ausgenommen, deren ausschließlicher Zweck der gemeinschaftliche Konsum von Tabakwaren ist**; nach § 4 I 4 NWNRSchG gilt diese Regelung für Gaststätten entsprechend und soll dem besonderen Charakter von Zusammenkünften mit einem solchen ausschließlichen Zweck Rechnung tragen.

I. Das NWNichtraucherschutzgesetz (NWNRSchG) bezweckt den **wirksamen Schutz der Bürgerinnen und Bürger vor den erheblichen Gesundheitsgefahren durch Rauchen in der Öffentlichkeit** (vgl. LT-Dr 14/4834, S. 15; OVG Münster BeckRS 2011, 49620; so auch: Breitkopf/Stollmann NWVBI 2008, 125; Reich, Komm.-NWNRSchG, Einf. Rn 5).

„Dieser Schutzzweck sowie die allgemeine Auslegungsregel, wonach Ausnahmenvorschriften grds. eng auszulegen sind, gebieten es, die Bestimmung des § 3 VII NWNRSchG restriktiv zu verstehen. Danach sind vom generellen Rauchverbot (nur) **Räumlichkeiten von Vereinen und Gesellschaften ausgenommen, deren ausschließlicher Zweck der gemeinschaftliche Konsum von Tabakwaren ist**; nach § 4 I 4 NWNRSchG gilt die Regelung für Gaststätten entsprechend. Sie soll dem **besonderen Charakter von Zusammenkünften mit einem solchen ausschließlichen Zweck** Rechnung tragen. Vor Augen standen dem Gesetzgeber in erster Linie **Zigarren- oder Wasserpfeifenclubs**. Dabei ging er davon aus, dass deren Clubabende **geschlossenen Gesellschaften** vergleichbar sind (vgl. Ebert NVwZ 2010, 26; Breitkopf/Stollmann, NWNRSchG, 2. Aufl. 2010, S. 30; Reich, NWNRSchG, § 3 Rn 28).



Ein solcher Raucherclub besteht hier nicht: Ziel des Vereins ist nicht ausschließlich der gemeinschaftliche Konsum von Tabakwaren. Dies ergibt sich zum einen aus der Vereinssatzung (§ 2), zum anderen aus den tatsächlichen Gegebenheiten. Danach seien die ca. 1000 Mitglieder in erster Linie an der Beibehaltung der traditionellen Kneipenkultur interessiert.“ (OVG Münster aaO)

- II. Die Frage, ob ein Raucherclub i. S. von § 3 VII NWNRSchG vorliegt, ist abgesehen davon nicht allein auf Grund der **Vereinssatzung** zu beantworten, denn dies würde Umgehungsstrategien in weitem Umfang ermöglichen und den Sinn und Zweck des Gesetzes konterkarieren.

„Dies wird nicht zuletzt durch die Überlegung bestätigt, dass ein **Raucherclub** i. S. von § 3 VII NWNRSchG **selbst keine Gaststätte betreiben dürfte**. Denn dann verfolgte er einen weiteren – unzulässigen – Zweck, nämlich den der gewerblichen Tätigkeit. Der Sache nach ändert sich an dieser Unzulässigkeit jedoch nichts, wenn der Gaststättenbetrieb nur in anderer Trägerschaft, aber zu den umsatzstärksten Zeiten ausschließlich zu Gunsten des Vereins stattfindet.

Zudem wird für die den Raucherclubs strukturell **vergleichbaren geschlossenen Gesellschaften** das Rauchverbot in Gaststätten nur dann aufgehoben, wenn diese ihnen „im Einzelfall“ ausschließlich zur Verfügung stehen (§ 4 I 5 NWNRSchG). Dies spricht dafür, dass auch ein Raucherclub die Gaststätte nur während eines quantitativ und qualitativ untergeordneten Anteils der Betriebszeiten in Anspruch nehmen darf, um unter die Ausnahmevorschrift der §§ 3 VII, 4 I 4 NWNRSchG zu fallen.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass auch die **verfassungsrechtlich gebotene Ausnahmeregelung für sog. Einraumkneipen** (vgl. BVerfGE 121, 317 = NJW 2008, 2409 = NVwZ 2008, 987) nach § 4 II NWNRSchG **nur unter restriktiven Voraussetzungen** zum Tragen kommt. Hierzu gehören neben der Größe des Gastraums insbesondere das Verbot der Ausgabe zubereiteter Speisen und des Zutritts für Minderjährige. Es ist aber kein Grund zu erkennen, warum allein durch die Eröffnung eines weder nach seiner Mitgliederstruktur noch auf Grund sonstiger Anforderungen beschränkten „Raucherclubs“ diese Anforderungen entfallen sollten.“ (OVG Münster aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG  
Art. 8

**Versammlungsfreiheit  
kein Privileg ggü. Rechten Dritter**

GG

(OLG Schleswig in NVwZ-RR 2011, 523; Urteil vom 25.02.2011 – 1 U 39/10)

Das **Grundrecht der Versammlungsfreiheit führt nicht zu dem Privileg, sich unabhängig und einschränkungslos gegenüber den Rechten Dritter in beliebiger Form zu versammeln.**

„Nach der generellen Systematik des Grundrechtskatalogs berechtigt die in die **Schrankensystematik** der anderen Grundrechte eingebundene Versammlungsfreiheit grds. nicht dazu, eine Versammlung gegen den Willen des Eigentümers auf einem Privatgrundstück durchzuführen. Art. 8 GG beinhaltet in erster Linie ein **Abwehrrecht gegen den Staat** (BVerfG NJW 1985, 2395), welches grds. etwa nur das Recht einräumt, eine im Allgemeingebrauch stehende Straße mit zu benutzen (BVerfG NJW 1987, 43), aber **keine Rechte gegenüber einem Eigentümer verleiht, der eine Versammlung auf seinem Grundstück nicht dulden will.**

Zwar gilt dies für von der öffentlichen Hand beherrschte oder in deren Alleineigentum stehende Unternehmen des Privatrechts nicht mehr uneingeschränkt. Allerdings beschränkt sich deren unmittelbare Grundrechtsbindung auf **Bereiche, die der Öffentlichkeit allgemein zugänglich oder dem öffentlichen Verkehr allgemein gewidmet** worden sind (vgl. BVerfG NJW 2011, 1201). Wenn solche Orte nicht betroffen sind, können auch diese Unternehmen grds. andere von jeder Einwirkung auf ihre Grundstücke gem. § 903 BGB ausschließen. Art. 8 GG garantiert die Beteiligung an einer geistigen Auseinandersetzung. In solch einer Beteiligung erschöpft sich auch grds. die Rolle dieses Grundrechts im Zusammenhang mit der öffentlichen Meinungsbildung. Die Versammlungsfreiheit kann Verhaltensweisen, die dem Einzelnen verboten sind, nicht deshalb rechtfertigen, weil sie in der Form einer Versammlung praktiziert werden. Sie gibt einem Versammlungsteilnehmer nicht das Recht, im Rahmen der Versammlung Dinge zu tun, die er als Einzelner nicht tun dürfte. Der **Rahmen der verfassungsrechtlich geschützten Versammlungsfreiheit wird dort verlassen**, wo es nicht mehr nur um die geistige Auseinandersetzung, die Artikulierung der gegensätzlichen Standpunkte im Meinungskampf und die Kundbarmachung des Protestes geht, sondern **wo die Aktionen darauf angelegt sind, durch zielgerichtete Ausübung von Zwang Dritte in rechtlich erheblicher Weise daran zu hindern, ihre geschützten Rechtsgüter zu nutzen.** Das Recht der Versammlungsfreiheit deckt grds. nicht Maßnahmen, die nicht zur Überzeugung der Gegenseite im Meinungskampf, sondern dazu führen sollen, dass sich die Gegenseite ohne Möglichkeit zu eigener freier Willensentscheidung einem auf sie ausgeübten Zwang beugt. Es gibt kein wie auch immer geartetes Versammlungsprivileg, das es erlaube, sich unabhängig und einschränkungslos gegenüber den Rechten Dritter in einer Form zu versammeln, wie immer es dem Teilnehmer beliebt (vgl. BayObLG NVwZ 1995, 311) oder in der etwa auf **schützenswerte Rechtspositionen Dritter unverhältnismäßiger Druck** ausgeübt würde.“ (OLG Schleswig aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VersG  
§ 81b

**Schutzwaffenverbot bei Versammlungen  
Mundschutz**

StrafR

(OLG Frankfurt a.M. in NStZ-RR 2011, 257; Urteil vom 11.04.2011 – 2 Ss 36/11)

Der auf den Kaufläichen der Zähne getragene **Mundschutz ist eine Schutzwaffe im technischen Sinne i.S. von §§ 17a I, 27 II Nr. 1 VersG.**

„Schutzwaffen im technischen Sinn sind nach ihrer **Zweckbestimmung**, ihren **Konstruktionsmerkmalen** oder ihren **besonderen Eigenschaften** von vornherein dazu bestimmt, dem **Schutz des Körpers gegen Angriffsmittel bei kämpferischen Auseinandersetzungen** zu dienen. Dazu gehören vornehmlich Schutzschilde, Panzerungen sowie Schutzwaffen aus dem polizeilichen oder militärischen Bereich oder aus dem Bereich von Kampfsportarten. In der Mitführung solcher Schutzwaffen sieht der Gesetzgeber ein sicheres und ausreichendes **Indiz für offenkundige Gewaltbereitschaft** (BT-Dr 10/3580, S. 4; Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, 16. Aufl. § 17a Rn 14; Wache, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche NebenG, § 17a VersG Rn 3).

Diese Gewaltbereitschaft muss nicht sichtbar nach außen in Erscheinung treten, so dass **auch unsichtbare Schutzwaffen** – z.B. eine unter der Kleidung getragene Schutzweste – **von dem Verbot umfasst** sind (Ott, Wächter, Heinhold, 7. Aufl., § 17a Rn 9). Der hier in Rede stehende Zahnschutz, der auf den Kaufläichen der Zähne getragen wird, wird bei bestimmten Kampfsportarten – etwa beim Boxen – zum Schutz der Mundpartie vor den Auswirkungen eines Schlages eines Kontrahenten eingesetzt und ist damit als **Schutzwaffe i.S. des § 17a I VersG einzustufen** (vgl. LG Dresden, Beschluss v. 28.02.2007, 3 Qs 20/07 – juris; a.A. LG Cottbus NStZ-RR



2007, 282). Die Differenzierung, dass sich der Mundschutz lediglich zur Vermeidung schwerer Zahnverletzungen eigne, nicht jedoch eine Dämpfung der Schläge erreiche und daher keine Schutzwaffe darstelle, findet im Gesetz keine Stütze. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob das Tragen eines Mundschutzes geeignet ist, eine offenkundige stimulierende Wirkung auf andere Versammlungsteilnehmer auszuüben.

**Beim Mitführen von Schutzwaffen im technischen Sinn wird Gewaltbereitschaft und damit die Gefahr unfriedlichen Verhaltens unwiderleglich vermutet.** Ob der Gewahrsamsinhaber die Schutzwaffe tatsächlich bestimmungsgemäß verwenden will, ist unerheblich. Die subjektive Bestimmung zu dem Zweck, unmittelbaren Zwang „eines Trägers von Hoheitsbefugnissen“ abzuwehren, ist nur für Schutzwaffen im nichttechnischen Sinn gefordert (Dietel/Gintzel/Kniesel, § 17a Rn 20).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG

## Untersuchungsausschuss

GG

Art. 44

### Rechte von Landtagsmehrheit und -minderheit

(HessStGH in NVwZ 2011, 938; Urteil vom 13.04.2011 – P St 2290)

Das **Recht, den Gegenstand eines Untersuchungsausschusses zu bestimmen, steht nicht der „Einsetzungsminderheit im Ausschuss“**, sondern **der qualifizierten Minderheit im Landtag insgesamt zu**. Die zu dieser Minderheit gehörenden **Abgeordneten sind daher** – unabhängig von ihrer Mitgliedschaft im Ausschuss – auch hinsichtlich eines Beweisbeschlusses des Untersuchungsausschusses **prozessführungsbefugt**, wenn sie geltend machen, durch diesen werde ihr Recht auf Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes verletzt.

- I. Eine **ausdrückliche Regelung der Rechte von Einsetzungsminderheit und -mehrheit kennt das hessische Landesrecht nicht**.

**Art. 92 HV** selbst schweigt zu der Frage. Ein Untersuchungsausschussgesetz gibt es in Hessen anders als in vielen Ländern und im Bund nicht (vgl. die Übersicht bei Glauben/Brockner, Das Recht der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse in Bund und Ländern, 2005, S. 99). Auch die Geschäftsordnung des Landtags, auf die Art. 92 I 3 HV, allerdings ohnehin nur wegen des Verfahrens der Untersuchungsausschüsse und der Zahl ihrer Mitglieder, verweist, ist insoweit unergiebig. Dem hessischen Recht lässt sich daher anders als dem Bundesrecht kein „absolutes Bepackungsverbot“ (Pofalla DÖV 2004, 335) entnehmen.

- II. Möglichkeiten und Grenzen der Änderung des Untersuchungsauftrags einer Minderheitenenquôte durch die Mehrheit sind somit allein aus der Verfassung und vor allem im Hinblick auf den **Zweck des Untersuchungsrechts** zu bestimmen.

„Art. 92 I 1 HV sieht in **Übereinstimmung mit dem Grundgesetz und den übrigen Landesverfassungen vor, dass das Parlament auf Verlangen einer Minderheit seiner Mitglieder zur Einsetzung eines Untersuchungsausschusses verpflichtet ist**. Diese verfassungsrechtliche Verpflichtung des Parlaments und der ihr korrespondierende Anspruch der Einsetzungsminderheit sind **Ausdruck des im Demokratieprinzip und im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Minderheitenschutzes**. Durch das Untersuchungsrecht erhalten das Parlament und insbesondere die parlamentarische Opposition die Möglichkeit, unabhängig von Regierung, Behörden und Gerichten mit hoheitlichen Mitteln, wie sie sonst nur Gerichten und besonderen Behörden zur Verfügung stehen, selbstständig die Sachverhalte zu prüfen, die sie in **Erfüllung ihres Verfassungsauftrags als Vertretung des Volkes für aufklärungsbedürftig halten** (vgl. BVerfGE 105, 197; BVerfGE 67, 100). Das Untersuchungsrecht ist damit eines der wichtigsten, wenn nicht das wichtigste Mittel der Legislative zur parlamentarischen Kontrolle der Exekutive.

Dieser Kontrolle kommt wegen des **Gewaltenteilungsgrundsatzes** besonderes Gewicht zu. Das Untersuchungsrecht hat darüber hinaus gerade als Recht der Minderheit Bedeutung dadurch erlangt, dass es sich im Zuge der historischen Entwicklung der Parlamente nicht mehr in erster Linie im Spannungsverhältnis von Parlament und Regierung entfaltet, sondern in der **Auseinandersetzung zwischen Regierung und der sie tragenden Parlamentsmehrheit einerseits und der Parlamentsminderheit andererseits**. Die **Sicherstellung demokratischer Kontrolle der Exekutive durch eine parlamentarische Minderheit** hat daher der zentrale Gesichtspunkt bei der Auslegung des Art. 92 HV zu sein (vgl. zu entsprechenden Überlegungen im Rahmen von Art. 44 GG auch BVerfGE 124, 78 und zu Art. 15 der Schleswig-Holsteinischen Landessatzung BVerfGE 49, 70).

Eine **effektive Kontrolle des Regierungshandelns** ist aber nur möglich, wenn es im Grundsatz der Minderheit überlassen bleibt, den Untersuchungsgegenstand zu bestimmen (vgl. dazu aus der insoweit übereinstimmenden Rspr. und Lit. BVerfGE 49, 70; RG als StGH für das Deutsche Reich RGZ 116, Anh. S. 45; Hbg VerfG NVwZ-RR 2007, 289; VerfGH NRW NVwZ 2002, 75; Schneider, AK-GG, Art. 44 Rn 5; Schneider/Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, S. 1245; Schliesky AöR 126 (2001), 244).“ (Hess StGH)

Daher ist - in inhaltlicher Übereinstimmung mit der Entscheidung des BVerfGE 49, 70 - für das hessische Verfassungsrecht davon auszugehen, dass die Mehrheit den Untersuchungsausschuss grds. nicht gegen den Willen der Minderheit mit der Beantwortung von Zusatzfragen beauftragen darf.



**Entscheidungen Verfahrensrecht**ZPO  
§ 183, 184, 189**Europäisches Zustellrecht**  
**Einspruchsfrist bei unzulässiger Inlandszustellung**

ZPO

(BGH in NJW 2011, 2218; Beschluss vom 05.2011 – VIII ZR 114/10)

1. Die in § 184 ZPO geregelte Befugnis des Gerichts, bei einer Zustellung im Ausland nach § 183 ZPO anzuordnen, dass bei fehlender Bestellung eines Prozessbevollmächtigten ein **inländischer Zustellungsbevollmächtigter zu benennen** ist und andernfalls spätere Zustellungen durch Aufgabe zur Post bewirkt werden können, gilt **nicht für Auslandszustellungen**, die nach den Bestimmungen der **EuZVO** vorgenommen werden.
2. Wird bei einer **unzulässigen Inlandszustellung** nach § 184 ZPO die Einspruchsfrist nicht gem. § 339 II ZPO bestimmt, wird eine **Einspruchsfrist nicht in Lauf gesetzt**.

**A. Grundlagenwissen: Einspruch gegen den Versäumnisurteil**

Ergeht ein Versäumnisurteil, so hat derjenige, gegen den es ergeht, gem. § 338 ZPO die Möglichkeit hiergegen binnen 2 Wochen (§ 339 ZPO) Einspruch beim erlassenden Gericht einzulegen. Die Berufung steht ihm nach § 514 I ZPO hingegen nicht zur Verfügung. Das Verfahren wird bei einem zulässigen Einspruch dann gem. § 342 ZPO in dem Stand, in welchem es sich zur Zeit des Urteilserlasses befand, fortgesetzt. Die Säumnis muss nicht entschuldigt werden. Die Einspruchsschrift ist dem Gegner nach § 340a ZPO mit der Angabe, wann das Versäumnisurteil zugestellt wurde und wann die Einspruchsschrift bei Gericht eingegangen ist, zuzustellen.

**I. Zulässigkeit des Einspruchs****1. Statthaftigkeit**

Der Einspruch ist nur statthaft gegen ein erstes Versäumnisurteil. Bei einem zweiten Versäumnisurteil ist die Möglichkeit des Einspruchs nach § 345 ZPO nicht mehr gegeben.

**2. Form, § 340 ZPO**

Der Einspruch wird durch **Einreichung der Einspruchsschrift** bei dem Prozessgericht eingelegt. Sie muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das der Einspruch gerichtet wird sowie die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Einspruch eingelegt wird, enthalten.

In der Einspruchsschrift hat die Partei ihre **Angriffs- und Verteidigungsmittel** vorzubringen, soweit es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. Dies gilt auch für Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen.

**3. Frist, § 339 ZPO**

Der Einspruch ist **binnen 2 Wochen nach Zustellung** des Versäumnisurteils einzulegen. Hierbei handelt es sich um eine nicht verlängerbare Notfrist (§ 224 ZPO).

**4. Entscheidung bei Unzulässigkeit**

Das Gericht hat die **Voraussetzungen** für die Zulässigkeit des Einspruchs **von Amts wegen** zu prüfen. Liegen diese nicht vor, so wird der Einspruch nach § 341 I 2 ZPO **als unzulässig verworfen**. Diese Entscheidung erfolgt nach § 341 II ZPO **durch Urteil**. Dies gilt **auch**, wenn die den Einspruch einlegende Partei im Einspruchstermin **säumig** ist, da die Entscheidung hier nicht auf der Säumnis, sondern auf der Unzulässigkeit des Einspruchs beruht. Das Urteil ist dann ein sog. **unechtes Versäumnisurteil**.

**II. Begründetheit des Einspruchs**

Mit der zulässigen Einlegung von Einspruch wird das Verfahren nach § 342 ZPO in die **Lage zurückversetzt**, in der er sich **vor Eintritt der Säumnis** befand. Es wird also oh-

ne Berücksichtigung des zwischenzeitlich ergangenen Versäumnisurteils streitig weiterverhandelt und durch Urteil entschieden, wobei sowohl **Zulässigkeit als auch Begründetheit der Klage** geprüft werden.

Der **Einspruch** gegen ein Versäumnisurteil ist **begründet**, wenn sich nach streitiger mündlicher Verhandlung ergibt, dass – bei einem Versäumnisurteil gegen den Beklagten - der Klage nicht stattzugeben ist oder – bei einem Versäumnisurteil gegen den Kläger – der geltend gemachte Anspruch besteht. In diesem Fall wird das **Urteil** nach § 343 S. 2 ZPO aufgehoben. Ansonsten wird es nach § 343 S. 1 ZPO **aufrechterhalten**.

Das **Versäumnisurteil** selbst bleibt **bis zu dieser Entscheidung wirksam**, es wird nur **nicht formell rechtskräftig**. Auch bei zulässigem Einspruch ist daher die **vorläufige Vollstreckung** aus dem Versäumnisurteil noch möglich, solange noch keine instanzabschließende Entscheidung über den Einspruch vorliegt.

## B. Lauf der Einspruchsfrist bei unzulässiger Inlandszustellung (BGH in NJW 2011, 2218)

**Fall:** Der Kl. nimmt die in England ansässige Bekl. aus einem Kaufvertrag über eine gebrauchte Druckmaschine auf Schadensersatz von 52.840,29 Euro zuzüglich Zinsen in Anspruch. Die Klageschrift ist auf Zustellungsersuchen des Vorsitzenden der angerufenen KfH des LG Hamburg vom 17.10.2008, dem eine durch Beschluss vom 14.10.2008 unter Bestimmung einer Frist von vier Wochen getroffene Anordnung gem. § 184 I ZPO beigefügt war, einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen, nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates vom 29.05.2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedsstaaten (ABIEG Nr. L 160, S. 37 – im Folgenden: EuZVO 2000) an die für England und Wales benannte Empfangsstelle in London übermittelt worden. Diese hat unter dem 25.11.2008 bestätigt, die Zustellung an die Bekl. unter der angegebenen Anschrift in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht ohne Empfangsbestätigung mittels pre-paid-first-class-post vorgenommen zu haben. Am 07.01.2009 hat das LG in dem von ihm angeordneten schriftlichen Vorverfahren ein Versäumnisurteil über die Klageforderung nebst Zinsen erlassen. Eine Einspruchsfrist hat es nicht bestimmt. Das Versäumnisurteil, dem der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle einen formularmäßigen Hinweis auf eine zweiwöchige Einspruchsfrist und deren Lauf beigefügt hatte, ist der Bekl. sodann am 12.01.2009 gem. § 184 ZPO durch Aufgabe der Sendung zur Post zugestellt worden. Nachdem die englischen Verfahrensbevollmächtigten des Kl. den englischen Verfahrensbevollmächtigten der Bekl. auf Grund zwischenzeitlich eingeleiteter Zwangsvollstreckungsmaßnahmen am 06.05.2009 eine Kopie des Versäumnisurteils und seiner Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel übersandt hatten, hat die Bekl. unter dem 21.07.2009 gegen das Versäumnisurteil Einspruch eingelegt und zugleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist beantragt. Ist der Einspruch fristgerecht erfolgt?

Nach § 339 I ZPO kann gegen ein Versäumnisurteil binnen einer Frist von 2 Wochen Einspruch eingelegt werden. Muss die **Zustellung im Ausland** oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, so hat das Gericht nach § 339 II ZPO die Einspruchsfrist im Versäumnisurteil oder nachträglich durch besonderen Beschluss zu bestimmen.

Die **Frist beginnt mit der Zustellung des Versäumnisurteils zu laufen**. Nach § 317 I ZPO hat die Zustellung des Versäumnisurteils an den Unterlegenen zu erfolgen. Ist dergestalt eine Zustellung vorgeschrieben, so hat diese nach § 166 II ZPO von Amts wegen in der gesetzlich vorgesehenen Form zu erfolgen. Anderenfalls beginnt die Einspruchsfrist nicht zu laufen (vgl. BGHZ 98, 263 [267] = NJW 1987, 592).

### I. Zustellung nach § 184 ZPO

Bei einer Zustellung im Ausland nach § 183 ZPO kann das Gericht nach § 184 ZPO anordnen, dass die Partei **innerhalb einer angemessenen Frist einen Zustellungsbevollmächtigten benennt, der im Inland wohnt** oder dort einen Geschäftsraum hat, falls sie nicht einen Prozessbevollmächtigten bestellt hat. Wird kein Zustellungsbevollmächtigter benannt, so können spätere Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung dadurch bewirkt werden, dass das Schriftstück **unter der Anschrift der Partei zur Post** gegeben wird. Das Schriftstück gilt **zwei Wochen** nach Aufgabe zur Post als zugestellt.

Das Gericht hat hier eine solche Aufforderung an die Bekl. gesandt. Wenn die Voraussetzungen vorliegen, hätte die Einspruchsfrist bei Versendung am 12.01.2009 am 26.01.2009 zu laufen begonnen, so dass der Fristablauf am 09.02.2009 erfolgt wäre. Dies setzt aber voraus, dass das Vorgehen des Gerichts nach § 184 ZPO zulässig war.

*„Die Voraussetzungen für eine Anordnung nach § 184 I 1 ZPO waren nicht gegeben, weil die vom LG veranlasste **Zustellung** der Klageschrift **nicht** – wie von dieser Vorschrift vorausgesetzt – **nach § 183 ZPO** vorgenommen worden ist, sondern nach Maßgabe der gem. § 183 V ZPO unberührt bleibenden Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007*



über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten (Zustellung von Schriftstücken) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates (ABIEG Nr. L 324, S. 79 – im Folgenden: EuZVO 2007).

Denn § 184 I 1 ZPO hat das LG **[nicht] ermächtigt**, der Bekl. die **Bestellung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten** aufzugeben, um bei Unterbleiben einer solchen Bestellung spätere Zustellungen gem. § 184 I 2 ZPO durch Aufgabe des zuzustellenden Schriftstücks zur Post mit den in § 184 II ZPO vorgesehenen Folgen bewirken zu können. Wie der Senat in seinem Urteil vom 02.02.2011 (NJW 2011, 1885 = EuZW 2011, 276 Rn 17 ff., zur Veröff. in BGHZ vorgesehen) anhand des **Wortlauts** und der **Entstehungsgeschichte** der Normen sowie der **Gesetzsystematik** im Einzelnen ausgeführt hat, erstrecken sich die in § 184 I ZPO jeweils enthaltenen Verweisungen auf die Möglichkeit einer (Inlands-)Zustellung durch Aufgabe zur Post **gerade nicht auf Zustellungen**, denen grenzüberschreitende Zustellungen **nach der EuZVO vorausgegangen sind.**“ (BGH aaO)

Die am 12.01.2009 nach Maßgabe von § 184 ZPO bewirkte Zustellung des Versäumnisurteils hat die Frist zur Einlegung des hiergegen gegebenen Einspruchs, welche gem. § 339 I Halbs. 2 ZPO von einer wirksamen Zustellung abhängt, nicht in Lauf setzen können. Denn eine Zustellung durch Aufgabe zur Post ist nur zulässig, wenn die betroffene Partei keinen **Zustellungsbevollmächtigten benannt** hat, **obgleich** sie dazu gem. § 184 I 1 ZPO **verpflichtet** war.

„Erfolgt die **Anordnung**, einen **Zustellungsbevollmächtigten zu benennen**, dagegen **ohne gesetzliche Grundlage**, weil sie – wie hier – für eine Fallgestaltung ausgesprochen wird, die von der in § 184 I 1 ZPO geregelten **Anordnungsbefugnis nicht gedeckt** wird, kann sie keine Wirkungen zu Lasten des Zustellungsempfängers entfalten (Senat, NJW 2011, 1885 = EuZW 2011, 276 Rn 21 m. w.N.).“ (BGH aaO)

## II. Zustellung nach EuZVO

Die Zustellung könnte jedoch nach EuZVO wirksam sein, wenn sie so, wie sie erfolgt ist, zugleich den Anforderungen des europäischen Zustellrechts entsprach.

„Die nach § 184 ZPO vorgenommene Zustellung des Versäumnisurteils durch Aufgabe zur Post wird auch sonst nicht den Anforderungen an eine nach europäischem Zustellungsrecht grundsätzlich zulässige Zustellung durch die Post gerecht, wie sie in Art. 14 EuZVO 2007 geregelt ist. Denn eine solche Zustellung hätte wirksam nur in der Versandform des **Einschreibens mit Rückschein oder gleichwertigem Beleg** erfolgen können. Das ist hier nicht geschehen.“ (BGH aaO)

## III. Heilung des Zustellmangels, § 189 ZPO

Lässt sich die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen oder ist das Dokument unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen, so gilt es nach § 189 ZPO **in dem Zeitpunkt als zugestellt**, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, **tatsächlich zugegangen**.

Den englischen Prozessbevollmächtigten der Bekl. ist das Versäumnisurteil am 06.05.2009 durch Mitteilung von der Gegenseite zugegangen. Hierin könnte eine Heilung zusehen sein, so dass die Einspruchsfrist dann am 20.05.2009 abgelaufen wäre. Der Zugang reicht für die Heilung des Zustellmangels aber nicht aus.

„Denn § 339 II ZPO schreibt für den Fall, dass die **Zustellung eines Versäumnisurteils im Ausland** erfolgen muss, vor, dass das Gericht die **Einspruchsfrist** im Versäumnisurteil oder nachträglich durch besonderen Beschluss zu **bestimmen** hat. Diese Einspruchsfrist hat das LG nicht bestimmt, so dass selbst durch eine vom BerGer. für denkbar gehaltene Heilung des Zustellungsmangels gem. § 189 ZPO eine solche Frist nicht hat in Lauf gesetzt und in der Folge versäumt werden können

Eine – wie hier – **unzulässige Inlandszustellung** nach § 184 ZPO führt auch nicht etwa dazu, dass die in § 339 I Halbs. 1 ZPO vorgesehene Einspruchsfrist von zwei Wochen gleichwohl zu laufen beginnt. Denn für den Fall, dass die **vorzunehmende Zustellung im Ausland** bewirkt werden muss, weil die Voraussetzungen für eine Zustellung des dafür vorgesehenen Schriftstücks im Inland nicht gegeben sind, enthält § 339 ZPO **keine gesetzlich geregelte Einspruchsfrist**.

Die **Einspruchsfrist** ist vielmehr gem. § 339 II ZPO **von Amts wegen durch das Gericht** im Versäumnisurteil oder nachträglich durch besonderen Beschluss **zu bestimmen**, so dass auch der Lauf dieser Frist erst mit Zustellung der vorzunehmenden Fristbestimmung beginnt. Nimmt das Gericht – wie vorliegend geschehen – die erforderliche Fristbestimmung nicht vor, wird der **Lauf einer Einspruchsfrist nicht in Gang gesetzt** (RGZ 63, 82 [84 f.]; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 22. Aufl., § 339 Rn 9; Prütting, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl., § 339 Rn 7; Musielak/Stadler, ZPO, 8. Aufl., § 339 Rn 3).“ (BGH aaO)

**Ergebnis:** Mangels Laufs der Einspruchsfrist war der Einspruch noch fristgerecht.

ZPO  
§§ 172, 339

## Zustellung an Beklagtenvertreter Benennung in der Klageschrift

ZPO

(BGH in NJW-RR 2011, 997; Versäumnisurteil vom 06.04.2011 - VIII ZR 22/10)

1. Gibt der Kläger **im Rubrum der Klageschrift** einen **Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigten** des Beklagten an, so ist dieser als für den Rechtszug bestellter Prozessbevollmächtigter gem. § 172 I 1 ZPO anzusehen und hat die **Zustellung an ihn zu erfolgen**.
2. Das **Risiko**, dass der vom Kläger als Prozessbevollmächtigter des Beklagten bezeichnete Anwalt keine Prozessvollmacht besitzt und die an diesen bewirkte Zustellung deshalb unwirksam ist, **trägt der Kläger**.

### A. Grundlagenwissen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

#### I. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Antrag kann nur bei Versäumung einer Notfrist und der sonstigen in § 233 ZPO aufgeführten Fristen zur Begründung von Berufung (§ 520 II 1 ZPO), Revision (§ 551 II 2 ZPO) **Nichtzulassungsbeschwerde**, (§ 544 II ZPO), **Rechtsbeschwerde** (§ 575 II 1 ZPO) sowie der **Beschwerde nach § 621e ZPO** gestellt werden. Schließlich kann auch die Wiedereinsetzung in die **Wiedereinsetzungsfrist** des § 234 I ZPO beantragt werden.

#### II. ordnungsgemäße Antragstellung

1. Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 236 I ZPO in der **Form** gestellt werden, welche **für die versäumte Prozesshandlung vorgeschrieben** ist. Der Antrag muss nach § 236 II 1 ZPO die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten.
2. Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 234 I ZPO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von **zwei Wochen** gestellt werden, wobei die Frist nach § 234 II ZPO mit dem Tag zu laufen beginnt, an dem das **Hindernis** zur fristgerechten Vornahme der Prozesshandlung **behoben** ist. Ist allerdings seit dem Ablauf der Frist **mehr als ein Jahr** vergangen, kann die Wiedereinsetzung nach § 234 III ZPO gar **nicht mehr** beantragt werden.

Geht es um die Frist zur **Begründung** der Berufung, der Revision, der Nichtzulassungsbeschwerde, der Rechtsbeschwerde oder der Beschwerde nach §§ 621e, 629a II ZPO so ist eine **Frist von einem Monat** einzuhalten.

3. Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 237 ZPO bei dem Gericht eingereicht werden, welches für die **Entscheidung über die nachgeholte Prozesshandlung** zuständig ist

#### III. Rechtsschutzbedürfnis

Trotz Versäumung einer wiedereinsetzungsfähigen Frist kann ausnahmsweise das Rechtsschutzbedürfnis für einen Wiedereinsetzungsantrag fehlen, wenn die versäumte **Prozesshandlung überholt** ist oder die **Versäumung keine nachteiligen Folgen** für den Antragsteller hat.

#### IV. Nachholung der Prozesshandlung

Die versäumte Prozesshandlung muss nach § 236 II 2 ZPO **innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist**, also nicht notwendig zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt werden. Erfolgt eine solche Nachholung, ohne dass ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt wird, so kann das Gericht auch von Amts wegen über eine Wiedereinsetzung entscheiden.

## V. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn die Partei **ohne ihr Verschulden gehindert** war, die **Prozesshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung.

Grundsätzlich muss sich eine Partei nach § 85 II ZPO das Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen.

## B. Zustellung an in der Klageschrift benannten Prozessbevollmächtigten des Beklagten (BGH in NJW-RR 2011, 997)

**Fall:** Der Kl. begehrt Schadensersatz aus einem Gebrauchtwagenkauf sowie Erstattung vorprozessualer Rechtsanwaltskosten. Er erwarb im Dezember 2007 von der Bekl., einer Autohändlerin, zum Preis von 3.950 Euro einen Pkw Audi A6, 2,8 Avant, der im April 1996 erstmals zugelassen worden war und einen Kilometerstand von 161 700 km aufwies. Vereinbart war eine Gewährleistungsfrist von 12 Monaten. Ende Oktober 2006 hatte das Fahrzeug beim TÜV Rheinland die Hauptuntersuchung ohne erkennbare Mängel bestanden. Bei der nächsten Hauptuntersuchung im Januar 2009 wurden erhebliche Mängel an den vorderen Radaufhängungen und Querlenkerlagern sowie an der Bremsanlage festgestellt. Für die Behebung dieser Mängel forderte der Kl. von der Bekl. unter Vorlage der Rechnung einer Autoreparaturwerkstatt die Zahlung von 722,11 Euro zuzüglich Rechtsanwaltskosten in Höhe von 120,67 Euro. Die Bekl. ließ die Ansprüche durch ihre nachmaligen Prozessbevollmächtigten zurückweisen. Im Rubrum der vom Kl. daraufhin eingereichten Klageschrift sind die Beklagtenvertreter als „Prozess- und Zustellungsbevollmächtigte“ angegeben. Das AG hat die Klageschrift nicht den Beklagtenvertretern, sondern der Bekl. zugestellt. Nachdem innerhalb der gesetzlichen Frist keine Verteidigungsanzeige der Bekl. eingegangen war, hat das AG der Klage durch Versäumnisurteil vom 01.04.2009 stattgegeben. Das Versäumnisurteil ist der Bekl. am 04.04.2009 zugestellt worden.

Am 08.04.2009 ist bei dem AG eine von den Prozessbevollmächtigten der Bekl. gefertigte Klageerwidernung gleichen Datums eingegangen. Durch Verfügung vom 29.04.2009 hat das AG die Beklagtenvertreter auf den bereits erfolgten Erlass eines Versäumnisurteils und dessen Zustellung an die Bekl. hingewiesen. Diese haben daraufhin mit – am selben Tag eingegangenen – Schriftsatz vom 13.05.2009 Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt und hilfsweise Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist beantragt. Das AG hat den Einspruch wegen verspäteter Einlegung als unzulässig verworfen und den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen. Zu Recht?

### I. Zulässigkeit des Einspruchs

Der Einspruch gegen ein Versäumnisurteil ist gem. § 339 I ZPO binnen zwei Wochen einzulegen. Die **Frist beginnt mit der Zustellung des Versäumnisurteils zu laufen**. Nach § 317 I ZPO hat die Zustellung des Versäumnisurteils an den Unterlegenen zu erfolgen. Ist dergestalt eine Zustellung vorgeschrieben, so hat diese nach § 166 II ZPO von Amts wegen in der gesetzlich vorgesehenen Form zu erfolgen. Anderenfalls beginnt die Einspruchsfrist nicht zu laufen (vgl. BGHZ 98, 263 [267] = NJW 1987, 592).

#### 1. Ordnungsgemäße Zustellung

Die Zustellung ist hier an die Beklagte selbst erfolgt. Allerdings sieht § 172 I ZPO vor, dass eine Zustellung in einem anhängigen Verfahren an den für den Rechtszug bestellten Prozessbevollmächtigten zu erfolgen hat. Bis zum Schriftsatz vom 08.04.2009 hatte sich aber für die Beklagte noch kein Prozessbevollmächtigter bei Gericht gemeldet. Allerdings war der für die außergerichtliche Korrespondenz bevollmächtigte Rechtsanwalt dem Kl. bekannt und war von diesem auch in der Klageschrift benannt worden.

Fraglich ist daher, ob die Vorschrift des § 172 I ZPO auch dann Anwendung findet, wenn der (vermeintliche) Prozessbevollmächtigte des Beklagten nur vom Kläger angegeben wird.

##### a) Begriff der Bestellung eines Prozessbevollmächtigten

*Die Bestellung eines Prozessbevollmächtigten nach § 172 I 1 ZPO geschieht in der Weise, dass die vertretene Partei oder ihr Vertreter dem Gericht oder im Falle einer Parteizustellung dem Gegner Kenntnis von dem Vertretungsverhältnis gibt (BGHZ 61, 308 [311] = NJW 1974, 249 zu § 176 ZPO a. F.; BGH, LM § 176 ZPO [a. F.] Nr. 13; Senat, NJW 2000, 1957 L = NJW-RR 2000, 444 unter II 1 b; NJW 2007, 1366 L = NJW-RR 2007, 356 Rn 7; Häublein, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl., § 172 Rn 5; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 172 Rn 6; Musielak/Wolst, ZPO, 7. Aufl., § 172 Rn 2; Kessen, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 2. Aufl., § 172 Rn. 3).“ (BGH aaO)*

## b) Bestellung durch Mitteilung an den Gegner

Fraglich ist, ob die Mitteilung von der Bestellung zum Prozessbevollmächtigten außerhalb des Falles der Parteizustellung stets gegenüber dem Gericht erfolgen muss, um die Voraussetzungen des § 172 I zu erfüllen.

„Sie kann auch **durch eine Anzeige des Prozessgegners** erfolgen, wenn die vertretene Partei oder ihr Vertreter dem Gegner **von dem Bestehen einer Prozessvollmacht Kenntnis gegeben haben** (Senat, NJW 2000, 1957 L = NJW-RR 2000, 444; BGH, § 176 ZPO [a. F.] Nr. 13; NJW-RR 1986, 286 unter 1; BVerfG, NJW 2007, 3486 [3488]; BayVerfGH, NJW 1994, 2280 [2281]; OLG Zweibrücken, OLG-Report 2005, 822 [823] = BeckRS 2005, 9733; OLG Köln, OLG-Report 1992, 302 [303]; Häublein, in: MünchKomm-ZPO, § 172 Rn 5; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 172 Rn 9; Zöller/Stöber, § 172 Rn 7; Musielak/Wolst, § 172 Rn 3; Kessen, in: Prütting/Gehrlein, § 172 Rn 4).“ (BGH aaO)

## c) Bestellung durch Benennung seitens des Gegners in der Klageschrift

Fraglich ist, ob darüber hinaus die bloße Benennung eines Prozessbevollmächtigten des Beklagten in der Klageschrift ausreicht, um nach § 172 I ZPO von der Bestellung auszugehen und die Zustellung an den benannten Prozessbevollmächtigten vorzunehmen. Der zuständige Senat des BGH hat die Frage, ob die Voraussetzungen des § 172 I 1 ZPO bereits erfüllt sind, wenn im Rubrum der Klageschrift ein Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigter des Beklagten benannt wird, bisher noch nicht entschieden

### aa) ältere Rechtsprechung des BGH pp.

„Allerdings sind in der **älteren Rechtsprechung des BGH** sowie in der Rechtsprechung der **Instanzgerichte** und auch in der **Literatur** teilweise Zweifel geäußert worden, ob die Benennung eines Prozessbevollmächtigten der beklagten Partei im Rubrum der Klageschrift allein ausreicht, um von einer Bestellung zum Prozessbevollmächtigten für den Rechtszug gem. § 172 I 1 ZPO ausgehen zu können (vgl. BGH, LM § 176 ZPO [a. F.] Nr. 13; NJW-RR 1986, 286; BayVerfGH, NJW 1994, 2280; OLG Hamburg, MDR 1991, 259; OLG Naumburg, FamRZ 2000, 166; Stein/Jonas/Roth, § 172 Rn 9 u. 11; Musielak/Wolst, § 172 Rn 3; vgl. auch OLG Zweibrücken, OLG-Report 2005, 822 = BeckRS 2005, 9733). Zur Begründung hierfür ist im Wesentlichen ausgeführt worden, durch die **bloße Benennung des Beklagtenvertreters im Rubrum der Klageschrift** werde nicht in ausreichendem Maße deutlich, ob dieser eine Prozessvollmacht, also eine das ganze Verfahren umfassende Vertretungsmacht, oder **lediglich eine auf das vorgerichtliche Verfahren bezogene Vollmacht** oder eine bloße Zustellungsvollmacht habe. Die Benennung könne auf vielerlei Ursachen beruhen und insbesondere durch Irrtümer veranlasst sein. **Für das Gericht** müsse aber bei von Amts wegen vorzunehmenden Zustellungen **Klarheit über das Vorliegen einer Bestellung als Prozessbevollmächtigter bestehen**.“ (BGH aaO)

### bb) Auffassung des entscheidenden Senats des BGH

Der BGH hält die oben aufgezeigten Bedenken für nicht begründet. Diese sind ersichtlich von dem Bestreben getragen, im Vorfeld der Zustellung ein höheres Maß an Verlässlichkeit hinsichtlich des Bestehens einer Prozessvollmacht zu erzielen.

„Ob eine Prozessvollmacht des Beklagtenvertreters tatsächlich besteht, wird das Gericht jedoch **regelmäßig auch dann nicht sicher beurteilen** können, wenn der Kläger vorträgt, die Beklagtenseite habe **ihm Kenntnis vom Vorliegen einer Prozessvollmacht gegeben**. Diese Ungewissheit ist indessen in dem hier interessierenden Zusammenhang unschädlich. Denn das **Risiko**, dass der vom Kläger als Prozessbevollmächtigter des Beklagten bezeichnete Anwalt **keine Prozessvollmacht** besitzt und die an diesen bewirkte Zustellung deshalb unwirksam ist, **trägt der Kläger** (BVerfG, NJW 2007, 3486; Zöller/Stöber, § 172 Rn 7).

Der XII. Zivilsenat des BGH, der an die Stelle des nicht mehr bestehenden IVb-Zivilsenats des BGH getreten ist, hat auf Anfrage mitgeteilt, dass an der gegenteiligen Auffassung nicht festgehalten wird.

Bei dem **Erfordernis der Kenntnisgabe** handelt es sich indessen in erster Linie um einen Gesichtspunkt für die Beurteilung der **Wirksamkeit der Zustellung** (vgl. Zöller/Stöber, § 172 Rn 7). Aus ihm folgt deshalb nicht, dass der vom Gegner benannte Prozessbevollmächtigte des Bekl. erst dann als gem. § 172 I 1 ZPO bestellt anzusehen ist, wenn über dessen Benennung im Rubrum der Klageschrift hinaus weiterer Vortrag zum Vorliegen einer Prozessvollmacht erfolgt. Das Gericht hat vielmehr **schon dann**, wenn im **Rubrum der Klageschrift** ein Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigter des Beklagten angegeben wird,

*die Zustellung an diesen und nicht an die Partei vorzunehmen. In diesem Sinne sind auch die Ausführungen des Senats in dem oben genannten Beschluss vom 28.07.1999 (NJW 2000, 1957 L = NJW-RR 2000, 444) zu verstehen.“ (BGH aaO)*

Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten galt demnach als nach § 172 I ZPO bestellt. Die Zustellung hätte an diesen erfolgen müssen, war also nicht ordnungsgemäß.

## 2. Heilung des Zustellmangels

Eine Heilung des Zustellmangels kommt nicht in Betracht. Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten haben das Versäumnisurteil vor Einlegung des Einspruchs weder von der Beklagten noch vom Gericht zu Kenntnis erhalten. Vor diesem Hintergrund begann die Einspruchsfrist auch gar nicht zu laufen.

Der Einspruch ist daher nicht wegen Verfristung unzulässig.

## II. Begründetheit des Einspruchs

Der Einspruch ist begründet, wenn die Klage unzulässig oder unbegründet ist. An der Zulässigkeit der Klage bestehen keine Bedenken, sie ist aber unbegründet.

*„Die Beurteilung des BerGer., dass bereits der eigene Vortrag des Kl. den geltend gemachten Zahlungsanspruch nicht trägt, lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Das BerGer. ist zu der Beurteilung gelangt, dass der Kl. weder einen Sachmangel noch dessen Vorliegen zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs schlüssig vorgebracht habe. Die Revision zeigt insoweit keinen Rechtsfehler auf. Ein solcher ist auch nicht zu erkennen.“ (BGH aaO)*

**Ergebnis:** Der Einspruch ist zulässig und begründet, das Versäumnisurteil daher aufzuheben und die Klage abzuweisen.

(BVerfG in NJW 2011, 2417; Beschluss vom 09.11.2010 – 2 BvR 2101/09)

**Der für eine Wohnungsdurchsuchung erforderliche Anfangsverdacht einer Steuerhinterziehung kann selbst dann auf Daten gestützt werden, die ein Informant aus Liechtenstein auf einem Datenträger an den Bundesnachrichtendienst weitergegeben hat, wenn die Beschaffung der Daten nicht mit geltendem Recht übereinstimmt.**

**Fall:** Gegen die Bf. wird wegen des Verdachts der Einkommensteuerhinterziehung in den Veranlagungszeiträumen 2002–2006 ermittelt. Das AG Bochum ordnete die Durchsuchung der Wohnung der Bf. an. Im Rahmen der Ermittlungen gegen einen Liechtensteiner Treuhänder sei bekannt geworden, dass die Bf. bei der L-AG in Liechtenstein die K-Stiftung und die T-S.A. gegründet hätten. Vermögensanlagen über diese Gesellschaften bei der L-AG in Liechtenstein seien den Bf. zuzurechnen. Der Bf. zu 1) habe zudem ein Konto bei der B-Bank in den Steuererklärungen nicht angegeben. Es seien Kapitalerträge aus den Vermögen der Stiftung und der S.A. in Höhe von etwa 2.000.000 DM nicht erklärt und dadurch voraussichtlich Steuern in den Jahren 2002–2006 zwischen 16.390 € und 24.270 € verkürzt worden. Bei der Durchsuchung wurden ein Umschlag mit Unterlagen der L-AG sichergestellt und fünf Computerdateien ausgedruckt.

Die Bf. legten gegen die Durchsuchungsanordnung Beschwerde ein und beantragten umfassende Akteneinsicht. Die StA gewährte Akteneinsicht in die Ermittlungsakte und teilte den Bf. mit, dass eine Akteneinsicht in alle Akten über die Gewinnung, den Weg und den Inhalt von Daten der L-AG nicht gewährt werden könne, weil darin Daten einer Vielzahl von Beschuldigten enthalten seien, die durch das Steuergeheimnis geschützt würden. Es könne jedoch mitgeteilt werden, dass es sich um Daten handle, die der Steuerfahndung im Wege der Amtshilfe durch den Bundesnachrichtendienst zur Verfügung gestellt worden seien. Mit der Beschwerde machten die Bf. geltend, die der Durchsuchung zu Grunde liegenden Erkenntnisse seien unverwertbar. Die Erhebung der verfahrensgegenständlichen Daten verstoße gegen das Völkerrecht, weil die Bundesrepublik die Daten außerhalb des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen und des Übereinkommens über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten erlangt habe. Die Verwendung der Daten verstoße auch gegen innerstaatliches Recht. Die Entgegennahme der Daten durch den Bundesnachrichtendienst sei rechtswidrig und strafbar gewesen. Der Bundesnachrichtendienst sei zur Entgegennahme der Daten nicht ermächtigt gewesen; die Weitergabe an die StA verstoße darüber hinaus gegen das Trennungsgebot. Der Ankauf der Daten sei auch strafbar gewesen, denn hierdurch sei gegen § 17 II UWG verstoßen worden.

Durch die Anordnung der Wohnungsdurchsuchung könnten die Bf. in ihrem **Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 I GG** verletzt worden sein.

- I. Mit einer Durchsuchung wird schwerwiegend in die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I GG) eingegriffen. Notwendiger und grds. auch hinreichender **Eingriffsanlass für eine solche Zwangsmaßnahme** im Strafverfahren **ist der Verdacht einer Straftat**. Der Verdacht muss auf **konkreten Tatsachen** beruhen; vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen reichen hingegen nicht aus (vgl. BVerfGE 44, 353 = NJW 1977, 1489; BVerfGE 59, 95).
- II. Bei der Frage, ob die aus Liechtenstein stammenden Daten für die Annahme eines hinreichenden Tatverdachts für eine strafprozessuale Durchsuchung zu Grunde gelegt werden dürfen, geht es nicht um die unmittelbare Geltung eines **Beweisverwertungsverbots**, denn dieses **betrifft grds. lediglich die unmittelbare Verwertung von rechtswidrig erlangten Beweismitteln im Strafverfahren zur Feststellung der Schuldfrage** (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl. 2010, Einl. Rn 55).

Ob und inwieweit Tatsachen, die einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, zur Begründung eines Anfangsverdachts einer Durchsuchung herangezogen werden dürfen, betrifft vielmehr die **Vorauswirkung von Verwertungsverböten** und gehört in den größeren Zusammenhang der Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten (vgl. Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 152 Rn 26 f.). Insoweit ist anerkannt, dass **Verfahrensfehlern, die ein Verwertungsverbot für ein Beweismittel zur Folge haben, nicht ohne Weiteres Fernwirkung für das gesamte Strafverfahren** zukommt (vgl. auch BVerfGK 7, 61).

- III. Unabhängig davon **besteht** von Verfassungs wegen **kein Rechtssatz des Inhalts, dass im Fall einer rechtsfehlerhaften Beweiserhebung die Verwertung der gewonnenen Beweise stets unzulässig** wäre.

vgl. BVerfGK 9, 174 = NJW 2007, 499; BVerfG NJW 2000, 3556 = NStZ 2000, 488; NJW 2000, 3557 = NStZ 2000, 489; NStZ 2000, 489; NStZ 2006, 46 = NJW 2005, 3205; BVerfG NJW 2009, 3225

1. Die Strafgerichte gehen in **gefestigter Rspr.** davon aus, dass **dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, demzufolge jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist**, und dass die Frage jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbes. nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes, unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden ist.

vgl. BVerfG NJW 2008, 3053 = NZV 2008, 636; BVerfGE 33, 367 = NJW 1972, 2214; BVerfGE 46, 214 = NJW 1977, 2355; BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469; vgl. auch Nack, KK-StPO, 6. Aufl. 2008, vor § 94 Rn 10

*„Auch wenn die **Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung „um jeden Preis“ gerichtet ist, schränkt die Annahme eines Verwertungsverbots eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts ein, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen hat und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Das Rechtsstaatsprinzip gestattet und verlangt die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann (vgl. BVerfGE 33, 367 = NJW 1972, 2214; BVerfGE 46, 214 = NJW 1977, 2355; BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469). Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden (vgl. BVerfGE 33, 367 = NJW 1972, 2214; BVerfGE 46, 214 = NJW 1977, 2355; BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469; st. Rspr.). Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist (vgl. BGHSt 40, 211 = NJW 1994, 2904; BGHSt 44, 243 = NJW 1999, 959; BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269). Die strafgerichtliche Rspr. geht daher davon aus, dass insbesondere das Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Fehlers ein Verwertungsverbot nach sich ziehen kann (vgl. BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269; BGH NStZ 2004, 449).“** (BVerfG aaO)*

2. Die **Unzulässigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Beweiserhebung führt auch nach Auffassung des BVerfG nicht ohne Weiteres zu einem Beweisverwertungsverbot. Dies gilt auch für Fälle einer fehlerhaften Durchsuchung.**

vgl. BVerfGK 9, 174 = NJW 2007, 499; BVerfG NJW 2000, 3556 = NStZ 2000, 488; NJW 2000, 3557 = NStZ 2000, 489; NStZ 2000, 489; NStZ 2006, 46 = NJW 2005, 3205; NJW 2009, 3225; BVerfG StV 2002, 113; BVerfG NJW 2009, 3225

Ein **Beweisverwertungsverbot** ist von Verfassungs wegen aber zumindest **bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen**, bei denen die **grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer acht gelassen** worden sind, **geboten**.

vgl. BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917; BVerfG NJW 1999, 273; BVerfG NJW 2006, 2684

Ein **absolutes Beweisverwertungsverbot** unmittelbar aus den Grundrechten hat das BVerfG **nur in den Fällen** anerkannt, **in denen der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt ist**.

vgl. BVerfGE 34, 238; BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563; BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999

Ob ein Sachverhalt zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung oder zu jenem Bereich des privaten Lebens, der unter bestimmten Voraussetzungen dem staatlichen Zugriff offen steht, zuzuordnen ist, lässt sich nicht abstrakt beschreiben, sondern kann befriedigend nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Falls beantwortet werden.

vgl. BVerfGE 34, 238 = NJW 1973, 891; BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563

- IV. Ausgehend von diesen Maßstäben ist die Anordnung der Wohnungsdurchsuchung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

1. Es bedarf zunächst keiner abschließenden Entscheidung, ob und inwieweit Amtsträger bei der Beschaffung der Daten nach innerstaatlichem Recht rechtswidrig oder gar strafbar gehandelt haben, denn die Gerichte haben für ihre Bewertung, ob die Daten einem für die Durchsuchung erforderlichen Anfangsverdacht nicht zu Grunde gelegt werden dürfen, unterstellt, dass die Beschaffung der Daten nicht mit geltendem Recht übereinstimmt.

2. Es ist keine Grundrechtsverletzung der Bf. gegeben, denn die **Verwendung der fraglichen Daten für die Annahme eines Anfangsverdachts berührt nicht den absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung. Es handelt sich** vielmehr um Daten über **geschäftliche Kontakte** der Bf. mit Kreditinstituten.

a) Bei der Beurteilung, ob der Verwendung der Daten für einen Anfangsverdacht schwerwiegende Rechtsverletzungen entgegenstehen, ist zu berücksichtigen, dass sich die Vorschriften der Strafprozessordnung zur Beweiserhebung und -verwertung nach Systematik, Wortlaut und Zweck ausschließlich an die staatlichen Strafverfolgungsorgane richten. **Beweismittel, die von Privaten erlangt wurden, sind – selbst wenn dies in strafbewehrter Weise erfolgte – grds. verwertbar.** Dies bedeutet, dass allein **von dem Informanten begangene Straftaten bei der Beurteilung eines möglichen Verwertungsverbots von vornherein nicht berücksichtigt werden** müssen.

h. M.; vgl. BGHSt 27, 355 = NJW 1978, 1390; BGHSt 34, 39 = NJW 1986, 2261; Eisenberg, BeweisR der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn 397 m. w. Nachw.

b) Auch aus dem **Trennungsgebot** ergibt sich nicht, dass die Daten für weitere Ermittlungsmaßnahmen nicht verwendet werden dürften.

*„AG und LG sind davon ausgegangen, dass der BND die Daten im Wege der Amtshilfe lediglich entgegengenommen und weitergeleitet habe. Weder der BND noch die Strafverfolgungsbehörden hätten veranlasst, dass die Daten hergestellt, beschafft oder auf sonstige Weise erfasst worden seien. Der Informant habe sich vielmehr von sich aus an den Bundesnachrichtendienst gewandt. Die angegriffenen Entscheidungen haben diesen Sachverhalt dahingehend gewürdigt, dass eine Verletzung des Trennungsgebots von vornherein ausscheidet. Dieses Gebot besagt, dass Geheimdienste keine polizeilichen Zwangsbefugnisse besitzen dürfen, also etwa keine Vernehmungen, Durchsuchungen, Beschlagnahmen durchführen oder anderen Zwang ausüben dürfen. Sie dürfen mithin nicht zur gezielten Erlangung von Zufallsfunden für nicht-nachrichtendienstliche Zwecke eingesetzt werden (vgl. Roggan/Bergemann NJW 2007, 876).“ (BVerfG aaO)*

c) Die unterstellten **Verfahrensverstöße und die Möglichkeit rechtswidrigen oder gar strafbaren Verhaltens beim Erwerb der Daten führen nicht zu einem absoluten Verwertungsverbot.**

*„Die Gerichte haben die verschiedenen rechtserheblichen Aspekte erkannt und in die Abwägung zwischen den Rechten der Bf., insbes. dem Anspruch auf Einhaltung der Regeln für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, und dem konkreten Strafverfolgungsinteresse eingestellt. Soweit die Gerichte auf Grund ihrer Abwägung zu dem Ergebnis kommen, dass ein Verwertungsverbot für die gewonnenen Daten nicht besteht, wird der fachgerichtliche Wertungsrahmen nicht überschritten. Insbes. ist nicht erkennbar, dass es sich bei den unterstellten Rechtsverletzungen um schwerwiegende, bewusste oder willkürliche Verfahrensverstöße handelt, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer acht gelassen worden sind. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass es sich hier lediglich um die **mittelbaren Wirkungen eines als verfahrenfehlerhaft unterstellten Erwerbs der Daten** handelt.“ (BVerfG aaO)*



**Erkennungsdienstliche Unterlagen**  
**Verwaltungsrechtsweg bei vorsorgender Strafrechtspflege**  
(BVerwG in NVwZ-RR 2011, 710; Beschluss vom 18.05.2011 - 6 B 1/11)

Für Klagen gegen die Anfertigung **erkennungsdienstlicher Unterlagen** als Maßnahme der **vorsorgenden Strafrechtspflege** nach § 81b 2. Alternative StPO ist der **Verwaltungsrechtsweg** eröffnet.

## A. Grundlagenwissen: Die Rechtswegbestimmung des § 23 EGGVG

§ 23 EGGVG regelt den Rechtsweg bei sog. Justizverwaltungsakten.

### I. Begriff des Justizverwaltungsaktes

Justizverwaltungsakt ist **jedes hoheitliche Handeln** einer Justizbehörde zur Regelung einer einzelnen Angelegenheit auf einem der in § 23 I EGGVG genannten Gebiete, das geeignet ist, den Betroffenen in seinen Rechten zu verletzen, also **auch schlicht hoheitliches Handeln** bis hin zum Realakt (OLG Hamm MDR 1969, 600; OVG Hamburg NJW 1970, 1699; VGH Kassel VerwRspr 1977, 1009; OVG Münster NJW 1977, 1790; VGH Mannheim NJW 1969, 1319; OLG Karlsruhe Justiz 1980, 450; KG NJW 1987, 197 und NJW-RR 1994, 571 = OLGZ 1994, 367; LR-Böttcher Rn 42; Meyer-Goßner Rn 6; Schenke VerwArch. 1969, 345 f und NJW 1976, 1816, 1818). Einer **besonderen Form** bedarf der Justizverwaltungsakt **nicht**. Auch eine mündlich getroffene Anordnung ist anfechtbar (BGH NJW 1963, 1789; vgl. Schoreit in KK-StPO, § 23 EGGVG, Rn. 20).

### II. Justizverwaltungsakte der Staatsanwaltschaft

Die Bestimmung, wann ein Justizverwaltungsakt der StA vorliegt, ist nicht einfach, zumal fast untrennbar die Fragen nach der Subsidiarität des Rechtsschutzes nach §§ 23 ff GVG (§ 23 III GVG) und dem notwendigen Grundrechtsschutz nach **Art 19 IV GG** hineinspielen. Die Rspr sieht die Tätigkeit der StA, soweit sie sich als Prozesshandlung darstellt, d.h. auf die **Einleitung, Durchführung und Gestaltung des Ermittlungsverfahrens** und des Verfahrens vor Gericht gerichtet ist, nicht als dem Rechtsweg nach § 23 unterworfen an; OLG Ffm NSTZ-RR 2005, 13, 14. Die **rechtlichen Möglichkeiten**, sich gegen solche Maßnahmen zu wehren oder deren Überprüfung zu erreichen, seien in der Verfahrensregelung der **StPO abschließend enthalten** (Nachweise bei Kissel/Mayer Rn 40; LR-Böttcher Rn 53). Im Grundsatz haben Maßnahmen im Ermittlungsverfahren ansonsten nicht entscheidenden sondern nur die Abschlussentscheidung vorbereitenden Charakter und können für sich nicht angefochten werden. vgl. Schoreit in KK-STPO, § 23 EGGVG, Rn. 31).

### III. § 23 EGGVG unterfallende Gegenstände

§§ 23 ff. EGGVG gelten nicht für alle Justizverwaltungsakte, sondern nur für die auf den **Gebieten**, die im § 23 I EGGVG **enumerativ aufgeführt** sind, wenn die jeweils in Rede stehenden Amtshandlungen in Wahrnehmung einer Aufgabe vorgenommen werden, die der jeweiligen **Behörde als ihre spezifische Aufgabe** auf einem der in der genannten Vorschrift aufgeführten Rechtsgebiete zugewiesen sind (BVerwGE 69, 192; BGHZ 105, 395 = NJW 1989, 587). Justizverwaltungsakte **auf anderen Gebieten** können **nicht nach §§ 23 ff angefochten** werden, z.B. nicht auf dem Gebiet der Gerichtsverwaltung (vgl. Lücke JuS 1961, 207). Ob diese Justizverwaltungsakte angefochten werden können, richtet sich, soweit keine Spezialvorschriften bestehen, nach § 40 VwGO (vgl. Schoreit in KK-STPO, § 23 EGGVG, Rn. 39).

### IV. Begriff der Strafrechtspflege

Die Strafrechtspflege umfasst alle Maßnahmen, welche die **Durchführung von Strafverfahren** oder die **Vollstreckung** von in Strafverfahren ergangenen Entscheidungen ermöglichen sollen. Erfasst sind aber z.B. auch die Führung des Bundeszentralregisters und die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten. Entscheidend ist insoweit, dass sich der

Justizverwaltungsakt auf eine **bereits begangene Straftat oder Ordnungswidrigkeit** bezieht. Maßnahmen zur Verhütung von Straftaten oder zur Strafverfolgungsvorsorge fallen daher nicht unter den Begriff der Strafrechtspflege (vgl. Kruse, Bulling: Aus der Praxis: Rechtswegbestimmung bei polizeilichem Handeln nach § 81b Var. 2 stopp; JuS 2007, 342).

## B. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweg für den Anspruch auf Vernichtung erkennungsdienstlicher Unterlagen der vorsorgenden Strafrechtspflege (BVerwG in NVwZ-RR 2011, 710)

**Fall:** Die Klägerin und eine ebenfalls minderjährige Freundin wurden am 24.11.2009 außerhalb des Bekleidungs-geschäfts „F.“ in A-Stadt von dem Ladendetektiv mit drei nichtbezahlten Kleidungsstücken im Wert von insgesamt 84,97 € festgehalten. Von der herbeigerufenen Polizei wurden sie zwecks Identitätsfeststellung zur Polizeidienststelle gebracht und ihre Eltern benachrichtigt. Da die Klägerin bereits mehrfach wegen Ladendiebstahls in Erscheinung getreten war, ordnete die Polizei ihre erkennungsdienstliche Behandlung an. Diese wurde nicht durchgeführt, nachdem ihre auf der Polizeidienststelle erschienene Mutter dagegen Widerspruch zur Niederschrift erhoben hatte.

Gegen die „Erkennungsdienstliche Maßnahme gem. § 81b Strafprozessordnung“ hat die Klägerin, vertreten durch ihre Mutter, am 30.11.2009 beim Verwaltungsgericht Wiesbaden „Anfechtungsklage“ erhoben. Angesichts ihrer früheren Bagatelldiebstähle, bei denen sie teilweise noch strafunmündig gewesen sei, sei für die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen keine Notwendigkeit ersichtlich.

Das gegen die Klägerin gerichtete Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Ladendiebstahls am 24.11.2009 ist von der Staatsanwaltschaft A-Stadt am 28. Januar 2010 mangels hinreichenden Tatverdachts gemäß § 170 Abs. 2 der Strafprozessordnung (StPO) eingestellt worden, weil unklar geblieben war, ob sie oder ihre Freundin den Diebstahl begangen hatte. Die Staatsanwaltschaft hat deshalb von einer erkennungsdienstlichen Behandlung der Klägerin abgesehen.

Das Polizeipräsidium Westhessen hat den Widerspruch der Klägerin gegen die polizeiliche Anordnung ihrer erkennungsdienstlichen Behandlung vom 24.11.2009 mit Widerspruchsbescheid vom 10.06.2010 zurückgewiesen. Im Zeitpunkt der Anordnung sei sie Beschuldigte in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gewesen und angesichts aller Einzelfallumstände, insbesondere des strafrechtlichen Anlassverfahrens und ihrer Persönlichkeit, bestünden nach kriminalistischer Erfahrung Anhaltspunkte, dass sie künftig oder anderwärts gegenwärtig als Verdächtige bezüglich noch aufzuklärender strafbarer Handlungen in den Kreis potentieller Beteiligter einbezogen werden könnte und dass die erkennungsdienstlichen Unterlagen die Ermittlungen fördern könnten. Sie sei bereits zweimal 2006 und je einmal 2008 und 2009 wegen (Laden-)Diebstahls geringwertiger Sachen polizeilich in Erscheinung getreten. Die Verfahren seien zweimal wegen Strafunmündigkeit und zweimal wegen Geringfügigkeit eingestellt worden. Die Anlasstat vom 24.11.2010, für die ein erheblicher Restverdacht verbleibe, zeige durch den Wert der gestohlenen Sachen und den Fluchtversuch eine Steigerung krimineller Energie. Ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet?

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, für die keine anderweitige bundesgesetzliche Regelung über den Rechtsweg gegeben ist. Hier kommt allerdings eine abdrängende Sonderzuweisung nach **§ 23 I EGGVG** in Betracht.

*„Diese Bestimmung weist Entscheidungen über Anordnungen, Verfügungen oder sonstige Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten u. a. **auf dem Gebiet der Strafrechtspflege** getroffen werden - die übrigen in § 23 I EGGVG genannten Sachgebiete kommen vorliegend von vornherein nicht in Betracht -, den ordentlichen Gerichten zu. Diese Vorschrift erfasst nur Rechtsstreitigkeiten über Anordnungen, Verfügungen und sonstige Maßnahmen, die **zur Verfolgung einer strafbaren Handlung** getroffen worden sind (vgl. Urteile vom 03.12.1974 - BVerwG 1 C 26.72 - Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 138 [Aufnahme von Lichtbildern zum Zwecke der Strafverfolgung] und - BVerwG 1 C 11.73 - BVerwGE 47, 255 [vorläufige Festnahme und Mitnahme zur Wache zwecks Feststellung der für das Strafverfahren benötigten Personalien]).“* (BVerwG aaO)

Fraglich ist daher, ob vorliegend eine Maßnahme zur Verfolgung einer strafbaren Handlung betroffen ist.

### I. Anwendungsbereich des § 23 EGGVG

Aus dem Regelungsbereich des § 81b StPO gehören nur solche Maßnahmen zum Gebiet der Strafrechtspflege, die **nach der ersten Alternative dieser Vorschrift** der Durchführung des Strafverfahrens gegen den Betroffenen dienen, **nicht** dagegen Anordnungen, Verfügungen oder sonstige Maßnahmen, die aufgrund des **§ 81b 2. Alternative StPO** für Zwecke des Erkennungsdienstes und damit nicht für Zwecke der Strafverfolgung ergangen sind.

*„Nach der **ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts** dienen die Anfertigung, Aufbewahrung und systematische Zusammenstellung solcher erkennungsdienstlichen Unterlagen in kriminalpoli-*

zeilichen Sammlungen nach ihrer gesetzlichen Zweckbestimmung - **ohne unmittelbaren Bezug zu einem konkreten Strafverfahren** - der vorsorgenden Bereitstellung von sächlichen Hilfsmitteln für die sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben, die der Kriminalpolizei hinsichtlich der **Erforschung und Aufklärung von Straftaten** durch § 163 StPO zugewiesen sind (vgl. Urteile vom 19.10.1982 - BVerwG 1 C 29.79 - BVerwGE 66, 192 [195 f.] und vom 23.11.2005 - BVerwG 6 C 2.05 - Buchholz 306 § 81b StPO Nr. 4 Rn. 18 m.w.N.; Beschluss vom 12.07.1989 - BVerwG 1 B 85.89 - DÖV 1990, 117). Auch für den vorliegenden Fall wurde nach den Ausführungen im Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs die erkennungsdienstliche Behandlung der Klägerin gemäß § 81b 2. Alternative StPO nicht wegen des konkret gegen sie eingeleiteten strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens wegen Verdachts des Ladendiebstahls am 24. November angeordnet, sondern als **Vorsorge für die Durchführung künftiger Strafverfahren** (Beschluss S. 5).“ (BVerwG aaO)

## II. rechtliche Einordnung von Maßnahmen nach § 81b 2. Alternative StPO

Fraglich ist aber, ob nicht auch Maßnahmen nach § 81b 2. Alternative StPO als Maßnahme zum Zwecke der Strafverfolgung angesehen werden kann. Dafür könnte sprechen, dass solche Maßnahmen der **Strafverfolgungsvorsorge** und nicht der Gefahrenabwehr dienen.

„Auch solche Maßnahmen dienen nicht dem Zweck der Verfolgung begangener Straftaten und sind deshalb **Instrumente des Polizeirechts**. Aus der vom Verwaltungsgerichtshof für seine abweichende Auffassung in Anspruch genommenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich nichts anderes. Der Verwaltungsgerichtshof nimmt insoweit Bezug auf die **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, nach der auch Maßnahmen, die sich auf künftige Strafverfahren beziehen, der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG unterfallen und dem **Bundgesetzgeber für die Verhütung einer Straftat die Gesetzgebungskompetenz fehlt** (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14.11.2000 - 2 BvR 1741/99 u.a. - BVerfGE 103, 21 [30 f.] und Urteil vom 27.07.2005 - 1 BvR 668/04 - BVerfGE 113, 348 [368 f. und 370 f.]). Daraus folgt nichts für die hier interessierende Frage des Rechtswegs für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Maßnahmen der Strafverfolgungsvorsorge. Dies gilt gleichermaßen für die vom Verwaltungsgerichtshof auch in Bezug genommene **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, nach der Regelungen über die **nachträgliche Sicherungsverwahrung** eines verurteilten Straftäters auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gestützt werden können (vgl. BVerfG, Urteil vom 10.02.2004 - 2 BvR 834, 1588/02 - BVerfGE 109, 190 [211 ff.]). Da die beiden **Alternativen des § 81b StPO unterschiedliche Zwecke verfolgen**, kann - entgegen der Meinung des Verwaltungsgerichtshofs - die Zuweisung von Streitigkeiten über Maßnahmen auf der Grundlage des § 81b 2. Alternative StPO an die ordentliche Gerichtsbarkeit auch nicht damit begründet werden, dass für die Anfechtung von Maßnahmen im Sinne der ersten Alternative des § 81b StPO nach § 23 Abs. 1 Satz 1 EGGVG die ordentlichen Gerichte zuständig seien und dies für den Streit um die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen „desselben Rechtsgebiets“ nicht anders gesehen werden könne.

Während **§ 81b 1. Alternative StPO** mit der ausdrücklichen Benennung der tatbestandlichen Voraussetzung „für die Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens“ der Strafverfolgung dient, soll die Ermächtigung in § 81b 2. Alternative StPO der zukünftigen Durchführung der Strafverfolgung in Bezug auf mögliche spätere oder später bekannte Straftaten zugute kommen. Es handelt sich bei **§ 81b 2. Alternative StPO** nicht um eine Regelung im Bereich der Strafverfolgung, sondern um die **Ermächtigung zu Maßnahmen der Strafverfolgungsvorsorge**. Die **Aufbewahrung der erkennungsdienstlichen Unterlagen** dient zwar der Strafrechtspflege, erfolgt jedoch **außerhalb eines konkreten Strafverfahrens**; mithin liegt keine Maßnahme auf dem Gebiet des Strafprozesses vor, und die §§ 23 ff. EGGVG sind deshalb nicht anwendbar (Denninger, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, E Rn. 177). Schließlich spricht, soweit entsprechende Befugnisse - wie dies meist zutrifft - in den Polizeigesetzen der Länder geregelt sind, der **Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs** dafür, hier wie auch sonst bei polizeilichen Gefahrenabwehrmaßnahmen den Rechtsweg gemäß § 40 VwGO für einschlägig anzusehen. Das liegt umso näher, als die entsprechenden **Strafverfolgungsvorsorgebefugnisse nicht für die Staatsanwaltschaft** gelten und damit wesentliche Gründe, welche sonst bei Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei für die Ergreifung des Rechtswegs gemäß § 23 EGGVG sprechen, hier entfallen (vgl. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 427).“ (BVerwG aaO)

**Ergebnis:** § 23 EGGVG ist nicht anwendbar, der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO ist eröffnet.

VwGO  
§§ 80, 123

## Beamtenrechtliches Konkurrentenverfahren Rechtsschutz gegen Auswahlentscheidung

VwGO

(OVG Lüneburg in NVwZ 2011, 891; Beschluss vom 08.06.2011 – 5 ME 91/11)

1. Auch unter Berücksichtigung des Urteils des BVerwG vom 04.11.2010 (NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695) ist weiterhin davon auszugehen, dass die **Auswahlentscheidung** in einem beamtenrechtlichen Konkurrentenverfahren **für den unterlegenen Bewerber** einen **belastenden Verwaltungsakt** darstellt.
2. Gegen die Auswahlentscheidung kann der unterlegene Bewerber mit einer **Klage auf Neubescheidung** Rechtsschutz in Anspruch nehmen, wobei dann im Verwaltungsstreitverfahren die **einheitliche Auswahlentscheidung** überprüfbar ist.
3. Diese Klage auf Neubescheidung unter Aufhebung der Auswahlentscheidung hat keine aufschiebende Wirkung gem. § 80 I VwGO, so dass sich der **vorläufige Rechtsschutz** hinsichtlich der Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs **weiterhin nach § 123 VwGO** richtet.

**Fall:** Der Ast. hatte im Rahmen eines beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits beim VG eine einstweilige Anordnung erwirkt, mit der dem Ag. untersagt wurde, die Stelle einer Präsidentin/eines Präsidenten der Fachhochschule C. mit der Beigel. zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung des Ast. bestandskräftig entschieden worden ist.

Gegen die Ablehnung seiner Bewerbung erhob er am 18.01.2011 Klage mit dem Antrag, unter Aufhebung des Bescheides des Ag. vom 13.01.2011 über seine Bewerbung vom 06.08.2010 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Nachdem nunmehr eine erneute Bewerberauswahl stattgefunden hat, möchte der Ag. die Stelle besetzen und beantragt, den ergangenen Beschluss analog § 80 VII VwGO entsprechend abzuändern. Wird er Erfolg haben?

### I. Zulässigkeit des Antrags analog § 80 VII VwGO

Anders als bei Verfahren nach § 80 V VwGO ist das Abänderungsverfahren für Beschlüsse nach § 123 VwGO nicht gesetzlich geregelt. In Betracht kommt aber die analoge Heranziehung des § 80 VII VwGO.

Es liegt eine **planwidrige Unvollständigkeit** des § 123 VwGO vor. Und von der **Interessenslage** her bietet sich der Rückgriff auf § 80 VII VwGO schon deshalb an, weil die Zuordnung von Eilanträgen zu § 80 oder § 123 VwGO nicht selten zweifelhaft ist und verfahrensrechtliche Zufälligkeiten nicht zu unterschiedlichen Rechtsschutzstandards bei aufschiebender Wirkung und einstweiliger Anordnung führen sollten (vgl. Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, 20. Ergänzungslieferung 2010, § 123 VwGO, Rn. 177 m.w.N.).

Nach § 80 VII 2 VwGO kann jeder Beteiligte die Änderung oder Aufhebung eines Beschlusses **wegen veränderter oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachter Umstände** beantragen. Fraglich ist jedoch, ob der Ag. Für einen solchen Antrag ein Rechtsschutzinteresse hat.

1. Der Ag. hat geltend gemacht, ein **rechtliches Interesse an der zeitnahen Besetzung** des Präsidentenamtes der Fachhochschule C. zu haben.

*„Der Ast. hatte seinerzeit um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht und den Beschluss des VG vom 22.11.2010 (2 B 4796/10) erwirkt, weil er erwartete, dass nach dem Votum des Senats der Fachhochschule C. die **Auswahlentscheidung sogleich vollzogen** werde. Nachdem der Senat der Fachhochschule C. nunmehr die persönliche Vorstellung der Bewerber durchgeführt hat, hat der Ag. ein Rechtsschutzinteresse, die Abänderung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses zu betreiben, um die **Stellenbesetzungsentcheidung vollziehen zu können**.“* (OVG Lüneburg aaO)

2. Allerdings könnte ein Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn der **Klage** des Ast. gegen die Auswahlentscheidung **aufschiebende Wirkung** zukommt.

*„Die Auffassung des VG, die **Ernennung** des zum Zuge gekommenen Bewerbers im Auswahlverfahren sei ein den **erfolglosen Mitbewerber nicht betreffender Verwaltungsakt**, trifft allerdings nicht mehr zu. Denn das BVerwG hat mit Urteil vom 04.11.2010 (NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695) entschieden, dass die **Ernennung des in einem Stellenbesetzungsverfahren erfolgreichen Bewerbers ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung** ist, der in die Rechte der unterlegenen Bewerber aus Art. 33 II GG eingreift (vgl. Leitsatz 1 und Rn 17 ff.). Deshalb kann – so das BVerwG – ein unterlegener Bewerber nunmehr **Anfechtungsklage gerichtet***

*auf Aufhebung der Ernennung eines Konkurrenten erheben, wenn er daran gehindert worden ist, die Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs vor der Ernennung auszuschöpfen (vgl. Rn. 27 u. 29).“ (OVG Lüneburg aaO)*

Allerdings geht es hier nicht um eine Anfechtungsklage gegen die Ernennung des Beigel., sondern gegen die der Ernennung vorausgehende Auswahlentscheidung. Fraglich ist daher, ob die Rechtsprechung des BVerwG auch auf diesen Fall zu übertragen ist.

*„Das BVerwG hat in seinem Urteil vom 04.11.2010 (NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695) ausgeführt, dass die gesonderten **Mitteilungen der Auswahlentscheidung** an jeden Bewerber, einmal positiven, ansonsten negativen Inhalts, keine inhaltlich eigenständigen Entscheidungen darstellen, sondern die **einheitliche, rechtlich untrennbare Auswahlentscheidung** bekannt geben (Rn 25). Welche Rechtsnatur die Auswahlentscheidung hat, lässt sich diesen Ausführungen des BVerwG nicht ohne Weiteres eindeutig entnehmen (vgl. dazu einerseits Wieland/Seulen, DöD 2011, 69 [72, 73],... andererseits v. Roetteken, ZBR 2011, 73 [76, 77]...).*

*Nach der gebotenen sorgfältigen Prüfung der Sach- und Rechtslage ... ist der Senat zu der Einschätzung gelangt, dass die **Auswahlentscheidung** auch bei Zugrundelegung des Urteils des BVerwG vom 04.11.2010 (NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695) nach wie vor einen **den unterlegenen Bewerber belastenden Verwaltungsakt** darstellt, gegen den der Unterlegene Widerspruch bzw. – wie hier in Niedersachsen – Klage erheben kann (vgl. auch BVerwGE 80, 127 = NVwZ 1989, 158 = NJW 1989, 997 L). Die von dem unterlegenen Bewerber **erstrebte Begünstigung**, seinen eigenen Bewerbungsverfahrensanspruch durchzusetzen, kann er aber **nicht mit einer Anfechtungsklage** gegen die Auswahlentscheidung erreichen. Zu diesem Begehren verhilft ihm vielmehr nach wie vor die **auf Neubescheidung gerichtete Verpflichtungsklage** gem. § 113 V 2 VwGO, wobei dann im Verwaltungsstreitverfahren die einheitliche Auswahlentscheidung überprüfbar ist (vgl. BVerwGE 80, 127 = NVwZ 1989, 158 = NJW 1989, 997 L).“ (OVG Lüneburg aaO)*

Der Ast. beantragt in dem Klageverfahren 2 A 5618/10 mit Schriftsatz vom 18.01.2011, unter Aufhebung des Bescheides des Ag. vom 13.01.2011 über seine Bewerbung vom 06.08.2010 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

*„Diese auf Neubescheidung gerichtete Verpflichtungsklage, die mit dem klarstellenden Antrag auf Aufhebung der Auswahlentscheidung verbunden ist, hat keine aufschiebende Wirkung.“ (OVG Lüneburg aaO)*

Der Antrag auf Abänderung nach § 80 VII VwGO ist daher zulässig.

### 3. Konsequenzen für den vorläufigen Rechtsschutz

*„Aus alledem folgt, dass der unterlegene Bewerber **nur durch Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes** zu verhindern versuchen kann, dass durch die Ernennung eines anderen Bewerbers vollendete Tatsachen geschaffen werden (vgl. wiederum BVerwGE 80, 127 = NVwZ 1989, 158 = NJW 1989, 997 L).“ (OVG Lüneburg aaO)*

Der **vorläufige Rechtsschutz** hinsichtlich des **Bewerbungsverfahrensanspruchs** richtet sich **weiterhin nach § 123 VwGO**.

*„Dem **Urteil des BVerwG** vom 04.11.2010 (NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695) lässt sich **nicht entnehmen**, dass das BVerwG von dem bisherigen „allgemein praktizierten Modell des vor die Ernennung gezogenen Rechtsschutzes im einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 123 VwGO“ (vgl. BVerwG, NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695 Rn. 32) abweichen und – wie v. Roetteken (ZBR 2011, 73 [76, 77]) meint – den Rechtsschutz gegen eine Auswahlentscheidung durch **Anwendung der Vorschriften der §§ 80, 80 a VwGO** ändern wollte mit der Folge, dass jede Auswahlentscheidung mit einer Anordnung des Sofortvollzugs versehen werden müsste.*

*Es hat ferner entschieden, dass der Dienstherr den ausgewählten Bewerber **erst ernennen** darf, wenn feststeht, dass der Antrag auf Erlass einer **einstweiligen Anordnung keinen Erfolg** hat (BVerwG, NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695 Rn 31 a. E.). Auch diesen Ausführungen lässt sich entnehmen, dass das BVerwG an seiner Rechtsprechung festhält, dass sich der Bewerbungsverfahrensanspruch grundsätzlich vor Ernennung des ausgewählten Konkurrenten mittels einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO sichern lässt (vgl. BVerwGE 80, 127 = NVwZ 1989, 158 = NJW 1989, 997 L; s. auch BVerfG [1. Kammer des Zweiten Senats], NVwZ 2008, 70).“ (OVG Lüneburg aaO)*

## II. Begründetheit des Antrags analog § 80 VII VwGO

Grundsätzlich kann eine Abänderung eines Beschlusses nach § 80 V VwGO gem. § 80 VII 2 VwGO nur wegen veränderter oder wegen ohne Verschulden im Ausgangsverfahren nicht geltend gemachter Umstände erfolgen. Im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit können solche veränderten Umstände sich auch aus der Geltendmachung neuer Auswählerwägungen ergeben.

**Ergebnis:** Der Antrag wird Erfolg haben.



## Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 180 S.1

### Ersatzzustellung im Mehrparteienhaus Wirksamkeit (BGH in NJW 2011, 2440; Urteil vom 16.06.2011 – III ZR 342/09)

ZPO

Der nur einem **überschaubaren Personenkreis** (hier: drei Parteien) zugängliche Briefschlitz in einem Mehrparteienhaus ist auch dann für eine Ersatzzustellung gem. § 180 S. 1 ZPO geeignet, wenn die Sendungen nicht in ein geschlossenes Behältnis fallen, sondern auf den Boden des Hausflurs, sofern der Adressat seine **Post typischerweise auf diesem Weg erhält** und eine **eindeutige Zuordnung** des Einwurfschlitzes **zum Empfänger möglich** ist.

- I. In der **Lit.** wird in Übereinstimmung mit einigen obergerichtlichen Entscheidungen überwiegend vertreten, der Haustürbriefschlitz in einem Mehrfamilienhaus oder in einem sonstigen größeren Gebäude, das von mehreren nicht gemeinsam wohnenden Personen bzw. von mehreren Inhabern verschiedener Unternehmen genutzt wird, sei keine für eine Ersatzzustellung geeignete „ähnliche Vorrichtung“.
- II. In der **Rspr.** wird hingegen überwiegend vertreten, dass eine Ersatzzustellung nach § 180 S. 1 ZPO durch Einwurf in einen beschränkt zugänglichen Gemeinschaftsbriefkasten erfolgen.
- III. **BGH aaO** hält die Auffassung der Rspr. für überzeugender, nach der ein nur einem überschaubaren Personenkreis zugänglicher Briefschlitz in einem Mehrparteienhaus für eine Ersatzzustellung geeignet ist, wenn der Adressat seine Post typischerweise auf diesem Wege erhält und eine eindeutige Zuordnung zum Empfänger möglich ist (MüKo-ZPO/Häublein, § 180 Rn 4).

*„Durch die Anforderungen des § 180 S. 1 ZPO an die Empfangseinrichtungen, in die das zuzustellende Schriftstück eingelegt werden darf, soll insbesondere zur Wahrung des rechtlichen Gehörs gewährleistet werden, dass der Adressat mit hinreichender Sicherheit in die Lage versetzt wird, den Inhalt der Sendung auch tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen. Die Bereitstellung und Ausgestaltung einer Vorrichtung zum Postempfang liegt indessen in der Sphäre und Eigenverantwortung des Adressaten. Er verfügt deshalb über einen Spielraum, darüber zu entscheiden, welches Maß an Sicherheit gegen den Verlust von Sendungen die von ihm gewählte Einrichtung bieten soll. Entscheidet er sich für eine Variante, die einzelne Risiken nicht ausschließt, muss er sich hieran insbesondere bei einer förmlichen Zustellung auch zu seinem Nachteil festhalten lassen, solange die Vorrichtung insgesamt in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist.*

*Hiernach kann eine Zustellung nach § 180 S. 1 ZPO durch Einlegen in eine Vorrichtung erfolgen, die für den Postempfang eines überschaubaren Personenkreises bestimmt ist, der ein von wenigen Parteien genutztes Haus bewohnt oder dort ein Geschäftslokal unterhält. Der Adressat, der eine solche Einrichtung gewöhnlich für den Erhalt von Postsendungen verwendet, gibt damit zu erkennen, dass er den ihm typischerweise persönlich bekannten Mitnutzern hinreichendes Vertrauen entgegenbringt, dass diese auch mit den an ihn gerichteten Sendungen sorgfältig umgehen (OLG Frankfurt a. M. NSTZ-RR 2010, 349; MüKo-ZPO/Häublein, § 180 Rn 4). Dies hält sich im Rahmen des einem Zustellungsadressaten durch § 180 S. 1 ZPO eröffneten, eigenverantwortlich auszufüllenden Spielraums zur Gestaltung seines Postempfangs. Die Nutzung einer gemeinschaftlichen Postempfangseinrichtung gewährleistet unter den dargestellten Voraussetzungen auch in der allgemein üblichen Art noch eine sichere Aufbewahrung, da regelmäßig davon ausgegangen werden kann, dass ein überschaubarer Personenkreis, dem ein Hausnachbar vertraut, auch tatsächlich mit für diesen bestimmten Sendungen gewissenhaft verfährt. Auch der Wortlaut des § 180 S. 1 ZPO fordert nicht, dass der Briefkasten oder die ähnliche Vorrichtung allein zur Wohnung oder zu den Geschäftsräumen des Empfängers gehört (OLG Frankfurt a. M. NSTZ-RR 2010, 349).“ (BGH aaO)*

- IV. Diese **Erwägungen gelten nach BGH aaO** nicht nur für die Nutzung eines gemeinschaftlichen geschlossenen Briefkastens, sondern **auch für einen Briefschlitz in einem Mehrparteienhaus**, sofern die dargelegten engen Voraussetzungen erfüllt sind, denn dieser stellt dann eine „ähnliche Vorrichtung“ i. S. des § 180 S. 1 ZPO dar.

*„Der Revision ist einzuräumen, dass das Risiko des Verlustes von Sendungen erhöht ist, wenn die Post nicht in ein geschlossenes Behältnis fällt, sondern auf den Boden des Hausflurs. Hierdurch unterliegen die eingeworfenen Briefe, solange die Nutzer des Hauses sie noch nicht an sich genommen haben, nicht nur deren Zugriff, sondern auch dem Dritter, die Einlass in das Gebäude erhalten. Dieses Risiko besteht jedoch nicht nur bei einem Mehrparteienhaus. Vielmehr haben auch Besucher eines Einfamilienhauses die Möglichkeit, Postsendungen im Hausflur oder Windfang an sich zu nehmen, wenn diese in einen ohne eine geschlossene Auffangvorrichtung versehenen Briefschlitz in der Außentür eingeworfen werden.*

*Aus der Regierungsbegründung des Entwurfs des Zustellungsreformgesetzes (BR-Dr 492/00, S. 46) zu § 180 ZPO ergibt sich aber, dass ein solcher Briefschlitz jedenfalls in einem Einfamilienhaus eine für die Ersatzzustellung geeignete „ähnliche Vorrichtung“ darstellt. Hieraus folgt, dass das Risiko des Zugriffs Dritter auf die eingeworfene Post nicht per se zum Fehlen der Eignung eines Briefschlitzes für die Ersatzzustellung führt. Befindet sich ein solcher Briefeinwurf in einem Mehrparteienhaus, hat zwar im Allgemeinen eine erhöhte Anzahl Dritter die Möglichkeit, auf Post zuzugreifen, die von den Nutzern noch nicht in die Wohnung oder das Geschäftslokal hereingeholt wurde. Ein gegenüber einem Einfamilienhaus andersartiges Risiko besteht hingegen nicht. Nutzt der Zustellungsadressat einen gemeinschaftlichen Briefeinwurf ungeachtet der potenziell erhöhten Gefahr, dass sich Besucher seiner Post bemächtigen, bringt er damit ebenfalls zum Ausdruck, dass er seinen Mitnutzern und deren Kontaktpersonen, denen sie Zutritt zum Haus gewähren, hinreichendes Vertrauen entgegen bringt. Solange es sich um ein Gebäude mit wenigen Parteien handelt, bleibt auch dies noch im Rahmen einer sicheren Aufbewahrung i. S. des § 180 S. 1 ZPO. Dies trifft jedoch nicht mehr zu, wenn in den im Hause befindlichen Geschäftsräumen ein reger Publikumsverkehr herrscht.*





Nichts anderes gilt für die Gefahren, dass die hinter der Außentür auf dem Boden liegenden Postsendungen durch Wind, Verschieben beim Öffnen und Schließen der Tür oder vergleichbare Ereignisse verlustig gehen oder unauffindbar werden, und das von der Revision angeführte – aber ohnehin wohl nur theoretische und daher vernachlässigbare – Risiko, dass ein Brief unbeachtet an den Schuhen einer Person haftet und nach draußen fort getragen wird. Diese Gefahren bestehen dem Grunde nach auch bei Einfamilienhäusern, in denen die Post durch einen bloßen Briefschlitz eingeworfen wird, ohne dass dieser als eine für eine Zustellung nach § 180 S. 1 ZPO ungeeignete Vorrichtung anzusehen ist. Die Risiken sind bei einem kleinen Mehrparteienhaus lediglich in quantitativer Hinsicht höher, was dem Adressaten, der sich gleichwohl eines gemeinsamen Briefeinwurfs bedient, aus den vorstehenden Gründen im Rahmen des § 180 S. 1 ZPO zuzurechnen ist.“ (BGH aaO)

- V. Schließlich steht auch die **Regierungsbegründung zu § 180 ZPO** der durch den BGH aaO vorgenommenen Würdigung nicht entgegen.

„Zwar ist darin als „ähnliche Vorrichtung“ nur der Briefschlitz eines Einfamilienhauses genannt (BR-Dr 492/00, S. 46). Jedoch handelt es sich hierbei, wie sich aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“ ergibt, lediglich um ein Beispiel für eine einem Briefkasten gleichzustellende Einrichtung zum Empfang von Post.“ (BGH aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO  
§ 318

**Adhäsionsverfahren**  
**Bindungswirkung für Zivilverfahren**

ZPO

(OLG Karlsruhe in MDR 2011, 979; Beschluss vom 26.05.2011 – 7 W 8/11)

Die **Berücksichtigung eines Mitverschuldens gem. § 254 BGB durch das Zivilgericht ist regelmäßig gem. §§ 406 III 1 StPO, 318 ZPO nicht mehr zulässig, wenn das Strafgericht im rechtskräftig abgeschlossenen Adhäsionsverfahren die Haftung dem Grunde nach bejaht hat und auf die Frage eines mitwirkenden Verschuldens überhaupt nicht eingegangen ist.**

„Nach § 406 I 2 ZPO kann das Gericht, vor dem im Strafverfahren ein aus der Tat erwachsener vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird (Adhäsionsverfahren), die Entscheidung auf den Grund des Anspruchs beschränken, also - wie im Zivilprozess (§ 304 ZPO) - ein Grundurteil erlassen. Die **Entscheidung über den Antrag steht gem. §§ 406 III 1 StPO, 304 ZPO einem im bürgerlichen Rechtsstreit ergangenen Grundurteil gleich.**

[Vorliegend enthält] die Entscheidung keine Hinweise darauf, dass das Strafgericht bei seinem Ausspruch von einem Mitverschulden ausgegangen ist. Das Gericht hat nicht ausgesprochen, dass der Anspruch unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Die Entscheidung des **Strafgerichts unterliegt insoweit gem. §§ 406 I 1 StPO, 318 ZPO der Bindungswirkung.** Es kommt danach nicht mehr darauf an, ob das AG den Einwand des Mitverschuldens überhaupt geprüft und alle Bemessungselemente angemessen berücksichtigt hat. Das Urteil enthält auch weder im Tenor noch in den Entscheidungsgründen Hinweise darauf, dass eine Prüfung des Einwands dem Betragsverfahren vor den Zivilgerichten vorbehalten bleiben sollte. Dessen Prüfung und Berücksichtigung dort ist danach unzulässig.“ (OLG Karlsruhe aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO  
§ 516 I

**Berufungsrücknahme**  
**zulässig bis zum Beginn der Urteilsverkündung**

ZPO

(BGH in MDR 2011, 1001; Beschluss vom 30.06.2011 – III ZB 24/11)

Die **Rücknahme der Berufung nach § 516 I ZPO ist nur bis zum Beginn der Verkündung des Berufungsurteils möglich.**

„Nach § 516 I ZPO kann die Berufung bis zur Verkündung des Berufungsurteils zurückgenommen werden. Nach § 311 II 1 ZPO wird das Urteil durch Verlesung der Urteilsformel verkündet. Nach dem Wortsinn des § 516 I und des § 311 II 1 ZPO ist die Rücknahme nur bis zum Beginn der Verkündung und deshalb nur bis zum Beginn der Verlesung der Urteilsformel zulässig.“ (BGH aaO)

- I. Diese Auffassung wird in der **Lit.** überwiegend geteilt.

Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., § 516 Rn 2; MüKo-ZPO/Rimmelspacher, 3. Aufl., § 516 Rn 9; v. Cube NJW 2002, 40; a. A. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Aufl., § 516 Rn 10; Hartmann NJW 2001, 2577

- II. Gegen diese Auslegung wird jedoch angeführt, dass die Verkündung erst mit dem Ende der Verlesung der vollständigen Urteilsformel abgeschlossen und erst danach das Urteil existent geworden sei.

„Der **Gesetzgeber hat jedoch mit § 516 I ZPO für den Fall, dass das Berufungsverfahren durch die Verkündung eines Urteils nach §§ 525, 316 ZPO beendet wird, den Zeitpunkt für die Rücknahme der Berufung besonders festgelegt und dabei ausweislich des Wortlauts der Vorschrift nicht auf den Zeitpunkt des Existenzwerdens bzw. der Wirksamkeit des Berufungsurteils abgestellt.**“ (BGH aaO)

- III. Gegen die vorgenannte Auslegung lässt sich auch nicht einwenden, da das **Interesse des Berufungsgegners** allein in der Durchführung einer Anschlussberufung liegen könne und der Gesetzgeber dieses Interesse nicht als schützenswert anerkannt habe, dürfe der Berufungskläger das ihm nach § 516 I ZPO eingeräumte Recht, das Rechtsmittel zurückzunehmen, „bis zur letzten Sekunde“ des Berufungsverfahrens, dem Abschluss der Verkündung des Berufungsurteils, ausnutzen (in diesem Sinne Hartmann NJW 2001, 2577).

„Zwar **hat der Gesetzgeber mit der Erweiterung der Rücknahmemöglichkeit bis zum Beginn der Verkündung des Berufungsurteils nach § 516 I ZPO im Gegensatz zu § 515 I ZPO a. F., der noch vorsah, dass die Berufung nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung ohne Zustimmung des Gegners zurückgenommen werden konnte, zum Ausdruck gebracht, dass er das Interesse des Berufungsbeklagten an der Durchführung der Anschlussberufung für nicht schützenswert hält.** Der Gesetzgeber war der Auffassung, dass es sowohl der **endgültigen Befriedigung der Parteien als auch der Entlastung der BerGer.** diene, wenn der Berufungskläger die Berufung noch nach Beginn der mündlichen Verhandlung zurücknehmen könne. Dies wurde durch die neue Fassung des Abs. 1 des § 516 ZPO, der eine Berufungsrücknahme bis zur Verkündung des Berufungsurteils erlaubt, sichergestellt. Dabei wurde der späte Zeitpunkt der Rücknahmemöglichkeit deshalb gewählt, um den Beru-



fungskläger in die Lage zu versetzen, im Lichte der in der mündlichen Verhandlung vom Gericht geäußerten vorläufigen Rechtsauffassung noch nach deren Ende ohne zeitlichen Druck über die Rücknahme der Berufung zu befinden (vgl. BT-Dr 14/4722, S. 94).

Ungeachtet des Umstands, dass die **Möglichkeiten einer Berufungsrücknahme erweitert** werden sollten, besteht jedoch kein Anhalt dafür, dass sich nach dem Willen des Gesetzgebers der Berufungsführer dieses Mittels – über den Wortlaut des Gesetzes hinaus – auch noch nach Beginn der Verkündung des Urteils bedienen können soll. Denn dies könnte nur so bewerkstelligt werden, dass durch einen in der Prozessordnung so nicht vorgesehenen „Zwischenruf“ die „in einem Zuge“ erfolgende Verkündung des Urteils unterbrochen und anschließend die Berufung zurückgenommen wird.“ (BGH aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 40 I

**Zeugenvernehmung  
Wiederholung der Vereidigung**

StPO

(BGH in StV 2011, 454; Beschluss vom 20.07.2010 – 3 StR 193/10)

Wird ein Zeuge in einem späteren Abschnitt der Hauptverhandlung nochmals vernommen, bedarf es einer neuen Entscheidung über die Vereidigung. Diese bezieht sich grds. auf die gesamte bis dahin erstattete Aussage.

„Denn der **Tatrichter kann frühestens nach dem Abschluss der gesamten Aussage alle diejenigen Umstände überblicken, die für die Ausübung seines Ermessens von Bedeutung sein können**; dabei bindet ihn seine frühere Entscheidung über die Vereidigung nicht. Eine unterschiedliche Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen kommt - auch bei einer wiederholten Vernehmung - nur für Teile einer Aussage in Betracht, die verschiedene Taten betreffen. Selbst dabei ist aber zu beachten, dass eine Teilvereidigung dann nicht statthaft ist, wenn die Taten in einem inneren Zusammenhang miteinander stehen, insbes. ein nicht oder nur schwer trennbares Gesamtgeschehen bilden. Ebenso kann ein Eid weder auf einzelne Bekundungen noch auf zeitlich getrennte Abschnitte eines Sachkomplexes beschränkt werden (st. Rspr.; vgl. etwa BGHSt 48, 221 m. w. Nachw.).

Es besteht auch mit Blick auf die **Neufassung der Vereidigungsregeln** durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 (BGBl. I S. 2198, vgl. hierzu BGH NSTz 2009, 343; BGH NSTz 2009, 397) kein Anlass, von diesen Grundsätzen abzuweichen (vgl. Meyer-Göbner, StPO, 53. Aufl., § 59 Rn 7, § 60 Rn 26; KK-Senge, 6. Aufl., § 59 Rn 4; SK-StPO/Rogall, § 59 Rn 11; LR-Ignor/Bertheau, StPO, 26. Aufl., § 59 Rn 13 f.).“ (BGH aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 81b

**erkennungsdienstliche Behandlung  
Rechtsweg**

StPO

(VGH Kassel in StV 2011, 395; Beschluss vom 08.12.2010 – 8 E 1698/10)

Die **polizeiliche Anordnung einer erkennungsdienstlichen Behandlung** gem. § 81b 2. Alt. StPO unterfällt als Maßnahme zur Strafverfolgungsvorsorge **der abdrängenden Sonderzuweisung des § 23 I EGGVG** an die ordentlichen Gerichte.

I. Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass die **polizeiliche Anordnung im Wege eines Verwaltungsaktes** mit anschließendem Vorverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO ergangen ist.

„Die Behörde kann zwar festlegen, ob sie gegenüber einem Bürger eine verbindliche Regelung treffen will und welchen Inhalt diese Regelung haben und welchem Zweck sie dienen soll, sie hat aber **keine Deutungshoheit darüber, welchem Rechtsgebiet die getroffene Regelung zuzuordnen und in welchem Rechtsweg sie dementsprechend zu überprüfen ist**; dies richtet sich vielmehr nach deren wahrer Rechtsnatur (vgl. BVerwG NJW 2006, 1225 = DVBl. 2006, 923).“ (VGH Kassel aaO)

II. Die polizeiliche Anordnung erkennungsdienstlicher Behandlung ist eine **Maßnahme der Strafrechtspflege** i. S. d. § 23 I 1 EGGVG, zu der auch die Ermittlung und Erforschung strafbarer Handlungen durch Polizeibeamte gem. § 163 I StPO als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft gem. § 152 I GVG nach den Vorschriften der StPO gehört, wobei **staatsanwaltliche und polizeiliche Ermittlungen nach dem gesetzgeberischen Konzept eine Einheit bilden** (vgl. BVerwG NJW 1975, 893 = DVBl. 1975, 581).

1. Der Zuordnung zum Strafverfahrensrecht steht auch nicht entgegen, wenn die gem. § 81b 2. Alt. StPO angeordnete erkennungsdienstliche Behandlung nicht dem konkret geführten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, sondern der **Vorsorge für die Durchführung künftiger Strafverfahren** diene.

„Bei der Auslegung und Anwendung des § 23 I EGGVG ist zu berücksichtigen, dass diese **Rechtswegregelung eine sachgemäße Arbeitsverteilung unter den verschiedenen Gerichtszweigen dahin bezweckt**, dass über die Rechtmäßigkeit von Justizverwaltungsakten die ordentlichen Gerichte entscheiden sollen, weil sie als die nach Auffassung des Gesetzgebers sachnähere Gerichtsbarkeit über die besseren zivil- und strafrechtlichen Kenntnisse und Erfahrungen als die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit verfügen, und weil so verhindert werden soll, dass Gerichte zweier verschiedener Gerichtszweige Verwaltungsstreitigkeiten desselben Rechtsgebiets entscheiden.

Die kompetenzrechtlich als Maßnahme des strafgerichtlichen Verfahrens gem. Art. 74 I Nr. 1 GG in die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes fallenden erkennungsdienstlichen Maßnahmen gem. § 81b 2. Alt. StPO stellen **kein materielles Polizeirecht** dar, das trotz seiner Regelung in der Strafprozessordnung als allgemeines präventives Gefahrenabwehrrecht der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung. Erkennungsdienstliche Maßnahmen gem. § 81b 2. Alt. StPO dienen nicht der Verhinderung zukünftiger Straftaten, sondern der Strafverfolgungsvorsorge und sind deshalb **auf Zwecke der (künftigen) Strafverfolgung und nicht auf Zwecke der Gefahrenabwehr ausgerichtet** (vgl. BVerfGE 103, 21 = NJW 2001, 879 = DVBl. 2001, 454 zur DNA-Identitätsfeststellung gem. § 81g StPO; vgl. auch schon Hess. VGH NVwZ-RR 1994, 652). Verfolgungsvorsorge erfolgt zwar in zeitlicher Hinsicht präventiv vor Begehung künftiger Straftaten, **betrifft aber gegenständlich das repressiv ausgerichtete Strafverfahren**, weil die Daten zur Verwertung in künftigen Strafverfahren, also zur (künftigen) Strafverfolgung erhoben werden (vgl. BVerfG NJW 2005, 2603 = DVBl. 2005, 1192; vgl. dazu auch u. a. Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2009 S. 10). Selbst die rein präventive nachträgliche Sicherungsverwahrung verurteilter Straftäter wird vom BVerfG dem Strafrecht zugeordnet, weil dazu alle Regelungen gehörten, die als nachträgliche repressive oder auch als präventive staatliche Reaktionen an Straftaten anknüpften, ausschließlich für



Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung aus der Anlasstat bezögen, die eine wesentliche Entscheidungsgrundlage für die Gefahrenprognose darstelle; nur solche der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienende Normen, die nicht Teil einer bundesgesetzlich geregelten Sachmaterie seien, könnten einem als allgemeines Polizeirecht bezeichneten selbstständigen Sachbereich zugerechnet werden (vgl. BVerfG NJW 2004, 750 = DVBl. 2004, 501). Dem entspricht es, dass Strafverfahren generell nicht nur repressiv-vergeltende, sondern auch spezial- und generalpräventive Zwecke verfolgen.“ (VGH Kassel aaO)

2. Der vom BVerfG geforderte **Sachzusammenhang zum Strafrecht besteht auch bei erkennungsdienstlichen Maßnahmen gem. § 81b 2. Alt. StPO**, da diese nur gegen einen Besch. in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren angeordnet werden und für die erforderliche Gefahrenprognose maßgeblich (auch) auf die Anlasstat abgestellt wird; das spricht ebenfalls dafür, dass die Polizei in diesem Zusammenhang nicht als Gefahrenabwehr-, sondern als Strafverfolgungsbehörde tätig wird.
3. Schließlich erscheint auch gerade im Hinblick auf die vom Gesetzgeber mit der Rechtswegregelung in § 23 I EGGVG verfolgten Zwecke die Zuordnung polizeilich angeordneter erkennungsdienstlicher Maßnahmen gem. § 81b 2. Alt. StPO zur Strafrechtspflege sachgerecht, weil dies zu einer **einheitlichen Zuständigkeit der sachnäheren Strafgerichtsbarkeit für beide Alternativen des § 81b StPO**, insbes. auch im Fall sog. doppelunktionaler Maßnahmen, und für eine DNA-Identitätsfeststellung für künftige Strafverfahren gem. § 81g StPO führt (VGH Kassel aaO).

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 100a

**Quellen-Telekommunikationsüberwachung  
Zulässigkeit**

StPO

(LG Landshut in NSTZ 2011, 479; Beschluss vom 20.01.2011 – 4 Qs 346/10)

Im Rahmen einer nach § 100a StPO angeordneten Überwachung der Telekommunikation ist auch eine sog. **Quellen-TKÜ einschließlich der hierfür erforderlichen technischen Maßnahmen zulässig**; dies gilt aber **nicht für die Fertigung von Screenshots** der Bildschirmoberfläche bei aktiv geschaltetem Internet-Browser.

- I. **Nach LG Landshut aaO ist die sog. „Quellen-TKÜ“** einschließlich der hierfür erforderlichen technischen Maßnahmen **zulässig**.

*„Denn § 100a StPO erfasst grds. die Überwachung und Aufzeichnung aller vom Besch. im Rahmen von Telekommunikationsvorgängen zum Zwecke dieser Kommunikation produzierten und für die Weiterleitung an den Kommunikationspartner vorgesehenen Daten. Aus rechtlicher Sicht unproblematisch ist die Überwachung und Aufzeichnung der bereits versendeten Daten. Diese ist aber praktisch wertlos, wenn die Daten vorher verschlüsselt werden. Um auch in einem solchen Fall die Überwachung der Telekommunikation gewährleisten zu können, ist es unabdingbar, bereits vor der Verschlüsselung und somit vor der Absendung auf die Audiodaten zuzugreifen. Andernfalls würde – gerade im Bereich der weit verbreiteten Internettelefonie – eine Vielzahl von Telekommunikationsvorgängen durch Maßnahmen gem. § 100a StPO nicht überwacht werden können. Dieser Umstand schafft denn auch eine „Annexkompetenz“ für den technischen Eingriff in das Computersystem des Versenders mittels eines aufgespielten Computerprogramms. Für den Bereich der Internettelefonie (Voice-over-IP-Kommunikation) wird eine solche „Quellen-TKÜ“ demnach von einer weit verbreiteten Meinung auch für zulässig erachtet.“ (LG Landshut aaO)*

- II. Nach LG Landshut aaO **besteht jedoch für das Kopieren und Speichern der grafischen Bildschirmhalte**, also der Fertigung von Screenshots, **keine Rechtsgrundlage, weil** zum Zeitpunkt dieser Maßnahmen noch **kein Telekommunikationsvorgang stattfindet**.

*„Dabei hat die Kammer nicht verkannt, dass sich beim verschlüsselten E-Mail-Verkehr dieselben technischen Probleme wie bei der Internettelefonie stellen, nämlich, dass nach Versenden der E-Mail eine Entschlüsselung nicht möglich ist, weshalb eine Telekommunikationsüberwachung wertlos ist. Doch kann nicht außer Acht gelassen werden, dass – anders als bei der Internettelefonie – die E-Mail zum Zeitpunkt ihrer „Ablichtung“ mittels „Screenshot“ noch nicht unmittelbar vor ihrer Versendung steht, insbesondere auch wieder geändert oder gelöscht werden könnte. Zwar muss der Besch., um eine E-Mail verfassen zu können, eine Verbindung zu einem Server aufbauen, der ihm die erforderliche Maske zur Verfügung stellt. Der Vorgang des Schreibens der E-Mail findet dann aber ohne Datenaustausch statt, da die einzelnen Buchstaben nicht sofort an den Server weiter übertragen werden. Die E-Mail wird erst dann zum Server und damit in die Außenwelt transportiert, wenn der Besch. den „Versenden-Button“ betätigt. Hält man sich diese technischen Vorgänge vor Augen, kann nach Auffassung der Kammer – auch im Lichte der Entscheidung des BVerfG zur Unzulässigkeit der Online-Durchsuchung (NJW 2008, 822) – beim Schreiben einer E-Mail noch nicht von einem Vorgang der Telekommunikation gesprochen werden.*

*Etwas Anderes kann auch nicht aus dem Umstand hergeleitet werden, dass der Besch. zunächst, um die E-Mail schreiben zu können, eine Internetverbindung herstellt: Denn anders als beim Aufbau einer Telefonverbindung wird die Verbindung zum Server nach dem Aufruf der E-Mail-Maske nicht weiter genutzt. Beim Schreiben der E-Mail findet gerade kein Datenaustausch mit dem Server statt. Es kann auch nicht davon gesprochen werden, dass das Schreiben der E-Mail so eng mit ihrer späteren Versendung verknüpft ist, dass bereits das Schreiben in der Maske ohne Datenaustausch ein Vorgang der Telekommunikation i.S.d. § 100a StPO wäre. Dies zeigt sich schon darin, dass die E-Mail während und nach dem Schreiben stets noch geändert oder gelöscht werden kann.“ (LG Landshut aaO)*

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 40 I

**Streit um Eröffnung eines (Giro-)Kontos  
Rechtsweg**

VwGO

(OVG Bremen in NVwZ-RR 2011, 503; Beschluss vom 23.02.2011 – 1 S 29/11)

Eine **Klage, mit der die Eröffnung eines (Giro-)Kontos** (hier: bei der Bremer Landesbank) **erstritten werden soll**, ist **keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit**.



„Die **Verpflichtung, ein (Giro-)Konto einzurichten, stellt eine der Hauptpflichten dar, die sich aus dem Abschluss eines zivilrechtlichen Girovertrags** (vgl. § 676 f. BGB in der bis zum 31.12.2009 geltenden F.) **bzw. eines zivilrechtlichen Zahlungsdienstleistungsvertrags** (§ 675 f II BGB in der ab dem 31.10.2009 geltenden F.) **ergeben**. Der Abschluss solcher Verträge gehört zu den Geschäften, die die Bank im Rahmen des ihr zugewiesenen Aufgabenbereichs einer Geschäftsbank wahrnimmt. Dieser Aufgabenbereich ist ihr neben den Aufgaben einer Landesbank und einer Sparkassenzentralbank durch § 6 I des Staatsvertrags und § 5 I ihrer Satzung (NdsMBI Nr. 2/2011 S. 20) übertragen. Nur die beiden letztgenannten Tätigkeitsbereiche stellen öffentliche Aufgaben dar.

Die **Bank unterliegt** dagegen – jedenfalls soweit sie als Geschäftsbank tätig wird – **keinem nur für Träger öffentlicher Aufgaben geltenden Sonderrecht, sondern steht insoweit jeder anderen Geschäftsbank gleich**. Im Gegensatz zu den öffentlichen Sparkassen, denen ein öffentlicher Versorgungsauftrag mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen (vgl. § 3 I BremSparkassenG) obliegt, **finden sich weder im Staatsvertrag noch in der Satzung der Landesbank öffentlich-rechtliche Bindungen für deren Tätigkeit als Geschäftsbank.**“ (OVG Bremen aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

Bbg VerfGG  
§ 45 II

**Verfassungsbeschwerde  
Wiederaufnahmeverfahren**

VerfG

(Bbg VerfG in NVwZ 2011, 997; Beschluss vom 21.01.2011 – VfBbg 28/10)

Eine **Verfassungsbeschwerde ist unzulässig, wenn es objektiv möglich und dem Bf. wegen hinreichender Erfolgsaussicht zumutbar ist, zunächst bei der Behörde das Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens** zwecks Änderung des mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Verwaltungsaktes **zu beantragen**.

„Das in § 45 II BbgVerfGG verankerte **Prinzip der Subsidiarität** verlangt von einem Bf., dass dieser – über eine bloße Rechtswegerschöpfung im bereits durchgeführten Verfahren hinaus – alles im Rahmen seiner Möglichkeiten Stehende getan hat, um eine etwaige Grundrechtsverletzung zu beseitigen oder von vornherein zu verhindern; vor Anrufung des VerfG muss er alle ihm ggf. zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung ergreifen. Diesen Anforderungen ist der Bf. nicht gerecht geworden. Er hat es versäumt, bei dem Präsidenten des LG Potsdam einen Antrag auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens zu stellen, um so die Korrektur des angegriffenen Bescheides durch die zuständige Behörde zu erwirken.

Zwar ergeben sich aus dem Vortrag des Bf. keine zwingenden Wiederaufnahmegründe i. S. von § 51 I VwVfG; Demgegenüber ermächtigt § 51 V VwVfG die Behörden aber, ein abgeschlossenes Verwaltungsverfahren unabhängig vom Vorliegen solcher Gründe nach Ermessen wieder aufzugreifen, und ermöglicht damit auch bei Verwaltungsakten, die – wie hier – rechtskräftig bestätigt sind, die nachträgliche Korrektur inhaltlich unrichtiger Entscheidungen (sog. Wiederaufgreifen im weiteren Sinne; vgl. BVerfGK 12, 227 = NVwZ 2008, 418; BVerwGE 135, 137 = NVwZ 2010, 652). Damit verfügt der Bf. über eine **vorrangig zu nutzende Rechtsschutzmöglichkeit**, um die geltend gemachten Grundrechtsverletzungen zu beseitigen.“ (Bbg VerfG aaO)

- ZA 09/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

MV VerfGG  
§ 37 III

**Organstreitverfahren  
Antragsfrist**

öffR

(MV VerfG in NVwZ-RR 2011, 548; Beschluss vom 24.02.2011 – LVerfG 14/10)

- I. Maßgeblich für den Fristablauf für ein Organstreitverfahren gegen eine bestimmte parlamentarische Praxis ist, wann diese Praxis dem Ast. bekannt geworden ist.

„Der **Antrag im Organstreitverfahren muss binnen sechs Monaten** gestellt werden, **nachdem die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung dem Ast. bekannt geworden ist**, § 37 III MVVerfGG. Es handelt sich um eine **gesetzliche Abschlussfrist**, nach deren Ablauf im Organstreitverfahren Rechtsverletzungen nicht mehr geltend gemacht werden können. Damit sollen nach einer bestimmten Zeit im Organstreitverfahren angreifbare Maßnahmen im Interesse der Rechtssicherheit außer Streit gestellt werden (vgl. BVerfGE 80, 122 = NJW 1990, 373).

Die Ast. wenden sich generell gegen die Praxis der Gewährung von Funktionszulagen durch die übrigen Fraktionen (wird ausgeführt). Maßgeblich für den Fristlauf gem. § 37 III MVVerfGG ist daher, wann diese Praxis der Gewährung von Funktionszulagen durch die übrigen Fraktionen den Ast. bekannt geworden ist. Wann ihnen eine bestimmte rechtliche Beurteilung dieser Praxis deutlich geworden ist (vgl. BremStGH NordÖR 2004, 198), ist unerheblich. Kenntnis von der Praxis der Gewährung von Funktionszulagen durch die übrigen Fraktionen haben die Ast. aber spätestens, seit ihnen mit der amtl. Mitteilung die Rechenschaftsberichte zugegangen sind, in denen entsprechende Ausgabenpositionen ausgewiesen sind.“ (MV VerfG aaO)

- II. Bei **Maßnahmen, für die eine formalisierte Bekanntgabe vorgeschrieben** ist, um möglichen Betroffenen Kenntnis zu verschaffen, **kommt es auf diesen Zeitpunkt an**.

„Richtet sich der Antrag im Organstreitverfahren gegen eine Rechtsnorm, so beginnt die Antragsfrist mit deren Verkündung zu laufen, mit der die Norm zugleich als allgemein bekannt geworden gilt (st. Rspr. d. BVerfG: vgl. BVerfGE 64, 301 = NJW 1984, 165; BVerfGE 24, 252; Umbach u. a., BVerfGG, § 63, 64 Rn 151).

Entsprechendes gilt für andere Maßnahmen, für die eine formalisierte Bekanntgabe gerade zu dem Zweck vorgeschrieben ist, möglichen Betroffenen Kenntnis zu verschaffen. Dies ist hier bzgl. der Gewährung von Funktionszulagen durch die Fraktionen der Fall. § 55 MVAbgG schreibt in Abs. 2 Nr. 2 a die Ausweisung der Summe der Leistungen an Fraktionsmitglieder für die Wahrnehmung besonderer Aufgaben in der Fraktion im Rechenschaftsbericht vor. Abs. 6 der Vorschrift regelt die Verteilung des Rechenschaftsberichts als Amtliche Mitteilung des Landtages. Die **Publikation dient der Transparenz und erfüllt eine Voraussetzung für öffentliche Kontrolle** (vgl. Hölscheidt, Recht der Parlamentsfraktionen, 2001, S. 636 m. w. Nachw.; vgl. auch die Gesetzesbegründung zu § 52 V MVAbgG v. 20. 12. 1990 – MVGVBI S. 3 – i. d. F. des 3. ÄndG v. 16. 7. 1993 – MVGVBI S. 679). Kehrseite dieser formalisierten Veröffentlichungspflicht ist, dass der Rechenschaftsbericht mit dieser Veröffentlichung als allgemein bekannt geworden zu behandeln ist, so dass Einwände im Organstreitverfahren gem. § 37 III MVVerfGG nur binnen 6 Monaten erhoben werden können.

Die **Antragsfrist wird nicht durch den Rechenschaftsbericht des Folgejahres jeweils erneut in Lauf gesetzt**. In Bezug auf die hier streitige Frage, ob die Gewährung von Funktionszulagen durch die Landtagsfraktionen überhaupt zulässig ist, handelt es sich jeweils um eine **bloße Wiederholung der bereits im Vorjahr gegebenen Information**; die jeweils veränderte Höhe ist nicht Streitgegenstand.“ (MV VerfG aaO)





## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Stöhr:** Rechte von Bahnfahrern wegen Belästigung durch Mitreisende (NJOZ 2011, 1473)

**Bahnfahrern** haben nicht nur bei Verspätungen und Zugausfällen Rechte, sondern **sind auch bei Belästigungen von Mitreisenden nicht schutzlos**; sofern diese zu einer Gesundheitsschädigung führen, treffen das Verkehrsunternehmen **Schutzpflichten nach § 241 II BGB**; in diesem Fall bestehen zudem Unterlassungsansprüche gegen die störenden Mitreisenden nach §§ 823 I, 1004 I BGB; dies gilt insbes. für das in allen öffentlichen Verkehrsmitteln verbotene Rauchen. - Im Geltungsbereich der AGB der Deutschen Bahn-AG bestehen darüber hinaus schon ab einem bestimmten Belästigungsgrad („über Gebühr“) Pflichten zum Einschreiten; bei der Bewertung des Belästigungsgrades hat das Zugpersonal einen gewissen Beurteilungsspielraum, wobei insbes. die Kriterien der Sozialadäquanz und der Ausweichbarkeit zu berücksichtigen sind.

2. **Hoffmann:** Die Entwicklung des Internetrechts bis Mitte 2011 (NJW 2011, 2623)
3. **Meier:** Vergütungspflicht und Widerruf bei der Online-Partnerschaftsvermittlung (NJW 2011, 2396)

Soweit eine Zahlung nicht stattgefunden hat, ist eine **mögliche Forderung von Seiten der Online-Partnerschaftsvermittlung bereits wegen § 656 I 1 BGB analog unbegründet**, so dass keine weiteren Tätigkeiten von Kundenseite zu veranlassen sind. - Soweit es um die Rückzahlung bereits geleisteter Beiträge geht, steht dem Kunden ein **Widerrufsrecht gem. § 312d I 1 BGB** zu, das er innerhalb der üblichen Fristen ausüben kann; da es sich bei der Persönlichkeitsanalyse nicht um eine Ware, sondern um eine **Dienstleistung** handelt, **richtet sich der Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312d III BGB**. - Zwar besteht grds. eine **Wertesatzpflicht des Verbrauchers**, da die empfangene Leistung in Natur nicht mehr herausgegeben werden kann, allerdings ist eine Regelung in den AGB keine Bestimmung i. S. des § 346 II 2 BGB, sodass sich die Höhe des Wertersatzes **nach objektiven Kriterien bestimmt**, so dass nur ein geringer Betrag anfallen dürfte.

4. **Diercks/Harms:** Vertragsrecht – Widerrufsrecht bei Mobilfunkverträgen mit gekoppelten Kaufverträgen über hochwertige Handys (MDR 2011, 829)

Stellen Mobilfunknetzbetreiber ihren Kunden neben ihrer Dienstleistung auf Nutzung des Mobilfunknetzes ein hochwertiges Handy oder ein Smartphone zu einem Preis deutlich unter Wert zur Verfügung, handelt es sich um ein **finanziertes Geschäft**. Daher haben Kunden auch bei einem Vertragsabschluss in einer Verkaufsfiliale die **Möglichkeit, den Kaufvertrag zu widerrufen und damit auch den Dienstleistungsvertrag zu Fall zu bringen**. - Wurden Kunden über das **Widerrufsrecht nicht belehrt**, sind die **Verträge jederzeit widerrufbar**.

5. **Tiedemann/Triebe:** Warum dürfen sich Arbeitgeber nicht auf die Unwirksamkeit ihrer AGB-Vertragsklauseln berufen? (BB 2011, 1723)

Seit das AGB-Recht gem. § 310 IV 2 BGB auch auf Arbeitsverträge Anwendung findet (beachte bei der Anwendung auf Arbeitsverträge allerdings § 310 IV 2 BGB), **können sich Arbeitgeber nicht auf die objektive Unwirksamkeit der von ihnen selbst formulierten bzw. verwendeten AGB-Vertragsklauseln berufen**. - Das BAG hat mittlerweile st. Rspr. entschieden, dass die **Inhaltskontrolle gem. § 307 I 2 BGB lediglich „einen Ausgleich für die einseitige Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch den Klauselverwender“ (d. h. den Arbeitgeber) schafft**, denn sie **dient nicht dem Schutz des Klauselverwenders** vor den von ihm selbst vorformulierten Vertragsbedingungen bzw. vor den von ihm selbst eingeführten Formularbestimmungen. - Ebenso ist es st. Rspr. des BAG, dass sich der Verwender von Formulklauseln nicht auf die Unklarheitenregel des § 305c II BGB mit der Folge der Unwirksamkeit der von ihm selbst gesetzten Vorschriften berufen kann; dies gilt unabhängig davon, ob die gesamte inkriminierte Formulklausel oder ein trennbarer Klauselteil (Stichwort: „blue pencil test“) den Arbeitgeber im Ergebnis ausschließlich allein benachteiligt oder wenn die Regelung ihrem Wortlaut nach zwar für beide Vertragsteile gleichermaßen gilt, aber für den Arbeitgeber einen (auch) ihn unangemessen belastenden Regelungsgehalt aufweist, bspw. bei einer zweimonatigen einstufigen Verfallsfrist. - Allerdings **gilt das Verbot unzulässiger Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens nicht absolut**, denn sogar bei einem Verstoß gegen § 138 BGB ist es dem sittenwidrig Handelnden nicht generell verwehrt, sich auf die Nichtigkeit der entsprechenden Klausel zu berufen: Im Unterschied zum AGB-Recht, bei dem es auf die „objektive“ Unwirksamkeit einer Klausel ankommt, **müssen bei § 242 BGB auch subjektive Elemente berücksichtigt und die beiderseitigen Interessen abgewogen werden**; konnte der Verwender bei sorgfältiger Prüfung davon ausgehen, dass die Klausel im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirksam ist, ist es hingegen dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben sowie unter Berücksichtigung des Präventionsgedanken kaum zu begründen, warum es dem Verwender verwehrt sein sollte, sich auf die Unwirksamkeit der Formulklausel zu berufen.

6. **Timme:** Wettbewerbsrecht - Werbung mit Garantien (MDR 2011, 826)

Der **BGH erlaubt grds. Werbung mit Garantien**, ohne dass dort die Angaben des § 477 BGB erfolgen müssen; dies stärkt die Möglichkeiten von Werbenden einer Blickfangwerbung mit Garantien, da sie nach diesem Urteil grds. weder gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG verstoßen noch grds. eine irreführende Werbung betreiben.

7. **Fischer:** Die höchstrichterl. Rspr. zur Haftung des steuerlichen Beraters in den Jahren 2009 bis 2011 (DB 2011, 1905)

## II. Strafrecht

1. **Coen:** Ankauf und Verwertung deliktisch beschaffter Beweismittel in Steuerstrafverfahren aus völkerrechtlicher Sicht (NSTZ 2011, 433)

Bespr. der Entsch. BVerfG NSTZ 2011, 103 - Der **Ankauf der deliktisch beschafften Beweismittel** durch Deutschland und andere Staaten **verstößt** als solcher **nicht gegen das Völkerrecht**, denn ein Zugriff auf fremdes Territorium ist damit ebenso wenig verbunden wie eine Verletzung internationaler Vereinbarungen über die Rechtshilfe. - Die Belohnung für den Informanten führt auch nicht dazu, dass sich der Staat die deliktische Beschaffung der Daten als eigenes staatliches Handeln zurechnen lassen müsste; eine **Grenze** wäre **allenfalls dort** erreicht, **wo ein Staat unmittelbar zur Verletzung von Geschäftsgeheimnissen auf ausländischem Territorium anstiftet**, etwa indem ausdrücklich Prämien für die Beschaffung derartiger Daten ausgelobt werden; hiervon sind die bislang bekannten Fälle, in denen sich die Staaten lediglich nachträglich das Handeln von Personen zunutze machten, die jeweils auf eigene Faust gehandelt haben, aber noch weit entfernt. - **Selbst aus einer Völkerrechtswidrigkeit der Datenbeschaffung würde sich** aus völkerrechtlicher Sicht indes **kein Verwendungsverbot für inländische Besteuerungs- und Steuerstrafverfahren ergeben**.

## III. öffentliches Recht

1. **Krappel/Siever:** Kann der Landtag Einsicht in Regierungsakten verlangen? (VBIBW 2011, 272)

**Dem Landtag und seinen Teilen** (Ausschüssen und Fraktionen) **sowie den Abgeordneten** des Landtags **steht** gegenüber der Landesregierung **kein Recht auf Aktenvorlage und Akteneinsicht („Selbstinformation“)** zu; etwas **anderes gilt** nur, soweit dies gesetzlich geregelt ist, so **insbes. bei Untersuchungsausschüssen**. - Der Landtag, seine Ausschüsse und seine Abgeordneten besitzen lediglich ein Recht darauf, dass ihnen grds. diejenigen Informationen nicht vorenthalten werden, die ihnen eine sachverständige Beurteilung der jeweiligen Fragestellung ermöglichen („Fremdinformation“).

2. **Winkler:** Schulentwicklungsplanung zwischen kommunaler Selbstverwaltung und staatlicher Schulverantwortung (DÖV 2011, 686)

Die **Schulentwicklungsplanung** ist ein **originärer Gegenstand der kommunalen Selbstverwaltung**; die Kommunen sind jedoch nicht absolut davor geschützt, dass der Staat diese Planung dem übertragenen Wirkungskreis zuordnet oder in seinen eigenen Aufgabenbereich übernimmt. - Die sachliche Rechtfertigung einer solchen Umwandlung der Aufgabe in eine Auftragsangelegenheit oder ihrer Übernahme in die staatliche Zuständigkeit stellt keine allzu hohen Anforderungen; solange und soweit die Schulentwicklungsplanung den Schutz des kommunalen Selbstverwaltungsrechts genießt, verleiht sie den planenden Gemeinden und Landkreisen gestalterische Spielräume; sie begegnet auch insoweit **Schranken**, die sich in den Schulgesetzen meist in den unbestimmten Rechtsbegriffen einer „**zweckmäßigen Schulorganisation**“ und einer „**ordnungsgemäßen Unterrichtsgestaltung**“ niedergeschlagen haben; hinter diesen Begriffen stehen Allgemeininteressen, bei deren Konkretisierung die zuständige Schulaufsichtsbehörde Zweckmäßigkeitserwägungen einfließen lassen kann; sie unterliegt dabei gleichwohl gerichtlicher Kontrolle.

3. **Beckmann:** Die Klassifizierung von Eingriffsnormen als Verwaltungsakt und Realakt (NVwZ 2011, 842)

Die Rechtsnormen der Eingriffsverwaltung enthalten zumeist neben einer Befugnisgeneralklausel weitere spezielle Befugnisregelungen, auch als Standardmaßnahmen bekannt; solche Eingriffsnormen in der sog. Eingriffsverwaltung können Ermächtigungsgrundlage sowohl für einen Verwaltungsakt als auch für einen Realakt mit Eingriffscharakter – nachfolgend Realakt genannt – sein; der Gesetzgeber bezeichnet oft beide Handlungsformen schlicht als „Maßnahmen“ und gibt nur in wenigen Fällen in einer Eingriffsnorm die Handlungsform des Verwaltungsaktes *expressis verbis* vor, während dies bei der Handlungsform des Realaktes, soweit ersichtlich, bislang nicht geschehen ist. - Die **Klassifizierung von Eingriffsnormen in die Handlungsformen Verwaltungsakt und Realakt** lässt sich im Allgemeinen mit den **Faustformeln der Befehls- oder Ausführungsermächtigung** lösen: Liegt eine Befehlsermächtigung in einer Rechtsnorm vor, muss trotzdem im Einzelfall noch geprüft werden, ob es sich dabei tatsächlich um eine abschließende, endgültige bzw. unmittelbare Regelung handelt; bei der Klassifizierung kann es rechtsdogmatisch nur ein Entweder- oder und kein Sowohl-als-auch geben. - **Für den Vollzug von vollstreckungsunfähigen sonstigen Verwaltungsakt-Arten** i. S. von § 80 I 2 VwGO **fehlt bis heute eine adäquate Regelung zu den allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen des Verwaltungsvollstreckungsrechts**; solange sind diese allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen aber hier analog anzuwenden. - Realakte können sofort vollzogen werden; wird vom Rechtsunterworfenen dabei Widerstand geleistet, ist eine mündliche

Begleitverfügung nebst Zwangsmittellandrohung zur Durchsetzung des Realaktes auszusprechen und diese dann mittels unmittelbaren Zwanges zu vollstrecken; die Ermächtigungsgrundlagen hierzu müssen nicht genannt werden, und es bedarf auch keiner Begründung, so dass diese Vorgehensweise effektiv und ohne großen Aufwand ist; der Sofortvollzug als Ultima Ratio bleibt unberührt.

4. **Steinbeiß-Winkelmann/Ott:** Das Widerspruchsverfahren als Voraussetzung des Gerichtszugangs in VwGO, FGO und SGG (NVwZ 2011, 914)

Im allgemeinen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht schreibt man dem **Vorverfahren** im Wesentlichen **drei Funktionen** zu: **einfacherer und billigerer Rechtsschutz für den Bürger, Ermöglichung interner Selbstkontrolle** und **Fehlerkorrektur für die Verwaltung, Entlastung der Verwaltungsgerichte**. - In VwGO, FGO und SGG nebst zugehörigen Gesetzen zum Verwaltungsverfahren sind die Vorschriften zum Vorverfahren unterschiedlich verteilt: Die VwGO enthält in §§ 68 ff. VwGO recht ausführliche Regelungen zum Vorverfahren in seiner Funktion als Prozessvoraussetzung; das VwVfG des Bundes verweist hierauf und regelt selbst nur die Kostentragung (§§ 79 f. VwVfG); in der AO von 1977 findet sich – verglichen mit dem VwVfG – eine umfassendere Regelung des Vorverfahrens; die FGO beschränkt sich in § 44 FGO darauf, das Vorverfahren als Sachurteilsvoraussetzung zu benennen und in §§ 45, 46 FGO zwei Ausnahmen dazu zu normieren; im sozialrechtlichen Bereich trifft man auf die gleiche Verteilung wie in VwGO und VwVfG; §§ 78 ff. SGG enthalten die wesentlichen Regelungen zum Vorverfahren als Sachurteilsvoraussetzung; das SGB X verweist in § 62 SGB X lediglich auf das Prozessrecht und trifft in § 63 SGB X eine dem § 80 VwVfG entsprechende Kostenregelung. - **Praktisch wichtige Unterschiede** in der Ausgestaltung des Vorverfahrens zeigen sich **bei der Frage, wer über Widersprüche entscheidet**: § 73 I 2 Nr.1 VwGO und § 85 II Nr. 1 SGG bestimmen für die Fälle, in denen die Ausgangsbehörde nicht abhelfen will, zur Widerspruchsbehörde grds. die nächsthöhere Behörde; Ausnahmen gelten nach beiden Gesetzen, wenn es um Verwaltungsakte einer obersten Bundes- oder Landesbehörde geht oder um Selbstverwaltungsakte; nach § 367 I AO entscheidet dagegen grds. die Ausgangsbehörde. - **Sprungklage und fakultatives Vorverfahren** betreffen die **Möglichkeit, im Einzelfall auf ein Vorverfahren zu verzichten und das Gericht unmittelbar anzurufen**; von einem „**fakultativen Vorverfahren**“ ist zu sprechen, wenn **der Betroffene allein entscheiden kann, ob er unmittelbar klagt oder ein Vorverfahren einleitet**. - Ein **Vorverfahren nach der VwGO ist kostenpflichtig**; die von Amts wegen zu treffende **Kostenentscheidung ist Teil des Widerspruchsbescheids**; die **Kostenverteilung richtet sich nach VwVfG bzw. nach Landesrecht**; das **Vorverfahren nach der FGO ist demgegenüber kostenfrei**; auch im SGG-Vorverfahren herrscht Kostenfreiheit, wenngleich bei einem erfolgreichen Widerspruch eine Kostenerstattung nach § 63 SGB X erfolgt. - Zur Entlastung der Sozialleistungsträger wurde in 85 IV SGG die Möglichkeit eingeführt, über Widersprüche in Massenverfahren durch öffentlich bekannt gegebene Allgemeinverfügung zu entscheiden.

5. **Rauber:** Karlsruhe sehen und sterben: Verfassungsprozessuale Probleme beim Tod des Beschwerdeführers im Verfassungsbeschwerdeverfahren (DÖV 2011, 637)

Der **Tod des Bf. nach Erhebung der Verfassungsbeschwerde führt zu deren Erledigung** und mithin zu ihrer Unzulässigkeit; **nur dann, wenn** sich die Verfassungsbeschwerde an ein fachgerichtliches Verfahren anschließt, das **rechtsnachfolgefähige Vermögenspositionen** zum Gegenstand hatte, **sind die Rechtsnachfolger auch befugt, die Beschwerde fortzuführen**. - Die Fortführung ist dabei als **gewillkürter Parteiwechsel** zu verstehen, das Konstrukt der grundrechtlichen Prozessstandschaft trägt hingegen nicht. - Auf juristische Personen sind diese Grundsätze nur mit Einschränkungen anwendbar.

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

1. **Hofmann:** Beratungshilfe bei Familiensachen (BRAKMagazin 2011, 11)
2. **Jahn/Palm:** Outsourcing in der Kanzlei: Verletzung von Privatgeheimnissen? (AnwBl 2011, 613)
3. **Keller:** Ein Blick zurück auf wichtige berufsrechtl. Entscheidungen des Jahres 2010 – Teil 2 (BRAK-Mitt. 2011, 170)
4. **Kempter:** Die GmbH & Co. KG als zuzulassende Rechtsanwalts-gesellschaft? (BRAK-Mitt. 2011, 175)

Die **Zulässigkeit der Beteiligung der Komplementär-GmbH an der KG scheidet an §§ 59 a, 59 c II BRAO**, wonach die Beteiligung von Rechtsanwalts-gesellschaften an Zusammenschlüssen zur gemeinschaftlichen Berufsausübung unzulässig ist; selbst wenn an dieser Regelung nach Wegfall des Verbots der Sternsozietät (ehemals § 3 BORA) Bedenken bestehen sollten, könnte eine Kammer diese Bestimmung nicht übergehen und müsste vielmehr auch deshalb den Antrag auf Zulassung der Komplementär-GmbH zurückweisen. - Die **Zulassungsfähigkeit der KG ist zu verneinen**, denn § 59 c I BRAO ermöglicht nur der Gesellschaft die Zulassung, deren Kennzeichen eine auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung ist; dies ist bei KG, aber nicht bei Personengesellschaften der Fall, denn auch bei der KG haftet immer ein Komplementär, auch derjenige in der Rechtsform der juristischen Person, voll und persönlich; sie braucht, anders als die Kapitalgesellschaft, die Zulassung auch nicht, um die Postulationsfähigkeit zu erhalten, weil sie postulationsfähig ist, soweit sie durch zugelassene Rechtsanwälte handelt.



# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung Öffentliches Recht

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

<b>Land:</b> Saarland	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Dr. C	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 27.06.2011
--------------------------	-----------------------------------------	--------------------------------------------

### Zur Person:

Dr. C ist sehr freundlich, und prüfte wie auch schon in der Juridicus zuvor vorliegenden Prüfung ausschließlich Landesrecht. Die Fragen waren verständlich, er ließ genügend Zeit zum Antworten, und die Notengebung war fair.

### Zur Prüfung:

Dr. C diktierte zunächst folgenden Fall:

Die Landeshauptstadt Saarbrücken erlässt am 01.07.2010 eine Polizeiverordnung, wonach ein Alkoholkonsum in der Zeit von Mai bis Oktober zwischen 17:30 Uhr und 6:00 Uhr nicht mehr erlaubt sein soll auf allen öffentlichen Straßen und Plätzen. Begründet wird diese Verordnung damit, dass es eine stark zunehmende Gewalt gebe, und man Erfahrungen aus Studien in anderen Städten habe, die die gleiche Verordnung erlassen hätten, woraufhin die Gewalttaten zurückgegangen seien. Verhältnismäßigkeit sei gewahrt wegen der zeitlichen Einschränkung.

Nun kommt ein Vertreter des Abiturjahrgangs 2011 und will in der Innenstadt einen Umtrunk zur Abifeier veranstalten und dabei von einem Platz zum anderen ziehen. Was kann man da tun?

Wir prüften nun sehr lange und umfassend, wie man hiergegen vorgehen kann. Dazu prüften wir zunächst eine Normenkontrollklage, hier ritt Dr. C ewig auf den verschiedenen Gefahrenbegriffen herum, und dann auch ewig auf einer Definition zur abstrakten Gefahr. Letztlich kamen wir aber zu dem Schluss, dass eine Normenkontrollklage zu lange dauern würde.

Daraufhin prüften wir den einstweiligen Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren, lehnten diesen aber letztlich auch ab. Danach prüften wir noch kurz den einstweiligen Rechtsschutz im Zusammenhang mit einer Verpflichtungsklage, mit der die Erteilung einer Einzelgenehmigung erstrebt wurde.

Dann schilderte Dr. C noch folgenden Fall:

Die Landesregierung (CDU/Alleinregierung) verschickt im Wahlkampf verschiedene Werbemaßnahmen im Namen des Ministerpräsidenten. Darunter ein Brief an alle staatlich Bediensteten, sowie eine Broschüre mit dem Titel „Saarland sicher“. Der SPD Landesverband fühlt sich benachteiligt und will dagegen vorgehen.

Hier wollte Dr. C auf das Organisationsverfahren hinaus. Dazu wurde erst aus Art. 21 GG die Organeigenschaft einer Partei herausgearbeitet, daraufhin dann im Einzelnen die Zulässigkeitsvoraussetzungen abgefragt. Zur Begründetheit kamen wir dann zeitlich nicht mehr. Die Prüfung endete mit dem Hinweis, dass der Saarländische Verfassungsgerichtshof im realen Fall die Klage abgewiesen hat, nachdem die CDU versichert hatte, keine weiteren Werbemaßnahmen durchzuführen.

Viel 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.

Land: NRW	Prüfer (mit Titel usw.) K	Tag d. mündl. Prüfung 28.06.2011
--------------	------------------------------	-------------------------------------

#### Zur Person:

Herr K ist ein sehr netter Prüfer. Seine Fragen sind gut zu verstehen und falls man nicht die Antwort gibt, die er hören will, fragt er noch `mal nach und gibt Hilfestellung. Auch die anderen Prüfungen hat er aufmerksam verfolgt und durch Kopfnicken gezeigt, wenn man auf dem richtigen Weg war.

Er ist wirklich ein Glücksfall und mit ihm als Prüfer muss man keine Angst haben.

#### Zur Prüfung:

K stellte uns folgenden Fall:

Stellen Sie sich vor, Sie sind Rechtsanwalt und Ihre Mandantin schildert folgenden Sachverhalt:

Im Herbst 2010 hat sie einen fabrikneuen VW bei einem Vertragshändler für 30.000 € gekauft. Der elektronische Fensterheber ist nun bereits zum 3. Mal defekt. Die erste Reparatur erfolgte im November 2010, die zweite Reparatur erfolgte im Februar 2011. Die Mandantin möchte nun den PKW loswerden. Was raten Sie ihr?

Hier haben wir zunächst die Möglichkeit des Rücktritts nach §§ 437 Nr. 2, 323 BGB geprüft. Weiterhin wurde geprüft, was nach § 346 BGB berücksichtigt werden muss. Die Nutzungen müssen herausgegeben werden. Hier wollte K wissen, was die bei einem neuen PKW wohl sind und wo man etwas darüber findet.

Dann wurde der Begriff des Mangels besprochen und wer die Beweislast im Prozess trägt (Mandant.)

Welche Möglichkeiten es gibt den Mangel zu beweisen? (Inaugenscheinnahme, Sachverständigengutachten)

Was kann man vorbringen, wenn das Sachverständigengutachten ergibt, dass der Mangel entweder durch einen Fertigungsfehler entstanden ist oder durch einen Einbruchversuch? Der Vorschlag einer Mitkandidatin war, dass vorgetragen werden könne, dass der Pkw über Monate hinweg in der verschlossenen Garage stand und deshalb ein Einbruchversuch unmöglich ist. Er hat uns dann gesagt, dass der Anwalt es in der Praxis in diesem Fall wohl auch so gemacht habe.

Weiterhin wollte er nun die Möglichkeiten des prozessualen Vorgehens wissen. Das wäre eine Zahlungsklage Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Pkw verbunden mit einer Feststellungsklage bezüglich des Annahmeverzugs des Beklagten. Hier wollte er den genauen Antrag formuliert wissen und warum eine Feststellung notwendig ist. Diese ist für eine spätere Zwangsvollstreckung notwendig (§§ 756, 765 ZPO).

Außerdem fragte er nach den Möglichkeiten der Zwangsvollstreckung nach einem gewonnenen Verfahren. Hier war die Möglichkeit der Forderungspfändung in Form des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zu nennen (§§ 829 ff ZPO).

Dann war die Prüfung auch schon vorbei!

# 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!**

### Was kostet das?

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

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung**

