



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

40. Jahrg.

Januar 2015

Heft 01

---

## Aus dem Inhalt

- OLG Saarbrücken:** Rückforderung von Zuwendungen an Schwiegerkind
- LG Potsdam:** Rauchen auf Balkon als "sozialadäquates Verhalten"
- BGH:** Der Bau einer Rohrbombe als staatsgefährdende Gewalttat
- OLG München:** Sittenwidrigkeit wechselseitiger Körperverletzungen
- OVG Münster:** Anscheinsstörer im Baurecht
- OLG Dresden:** So-nicht-Unfall-Grundsatz bei abwesendem Beschädigten
- BVerfG:** Verweigerung von Girokonto für Partei

ISSN 1868 – 1514



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR  
Hiberniastraße 6  
45883 Gelsenkirchen  
Tel.: 0209 / 945 806 – 35  
Fax: 0209 / 945 806 – 50  
info@juridicus.de  
www.juridicus.de

#### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen  
Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

**Bezugspreise:** vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten  
Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Das Mindestlohngesetz.....	1
----------------------------	---

### Brandaktuell

BVerfG: Gebot effektiven Rechtsschutzes (Übermittlung von Daten aus Gerichtsakten).....	2
--	---

### Zivilrecht

OLG Saarbrücken: Rückforderung von Zuwendungen (Schenkungen an Schwiegerkind).....	3
LG Potsdam: Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch (Rauchen auf Balkon als „sozialadäquates Verhalten“).....	6

### Strafrecht

BGH: Staatsgefährdende Gewalttat (Bau einer Rohrbombe).....	10
OLG München: Massenschlägerei (Sittenwidrigkeit wechselseitiger Körperverletzungen).....	15

### öffentl. Recht

OVG Münster: Anscheinstörer im Baurecht (Auftreten und Handeln als Bauherr).....	18
BVerwG: Vereinsverbot (salafistische Bestrebungen).....	21

### Kurzauslese I

BAG: Kündigung eines Arbeitsverhältnisses (Androhung der Durchsetzung von umstrittenen Forderungen).....	26
BGH: Abwehr einer unberechtigten Kündigung (Erstattung von Anwaltskosten).....	26
LG Bonn: Wohnungsrückgabe (Pflicht des Vermieters zur vorzeitigen Schlüsselrücknahme).....	26
OLG Koblenz: Gesellschafterkündigung (Fortbestand einer zweigliedrigen Gesellschaft).....	27
BGH: Mehrheitliche Tatbegehung (Umfang des jeweiligen Tatbeitrags).....	27
BGH: Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (Tatort).....	27
BGH: Räuberischer Diebstahl (Täterschaft).....	28
BGH: Entschädigung wegen Verfahrensverzögerung (Strafvollzugsgesetz).....	28
BVerwG: Einbürgerung (Nichtigkeit wegen Verwendung einer falschen Identität).....	29
OVG Lüneburg: Gewerbeuntersagung (Berücksichtigung zurückliegender Jugendstrafen).....	29

**Zivilrecht**

OLG Dresden:	Beweislast bei Verkehrsunfall (So-nicht-Unfall-Grundsatz bei abwesendem Beschädigten).....	30
OLG Frankfurt:	Zustellung „demnächst“ zur Verjährungshemmung (Untätigkeit nach Streitwertfestsetzung).....	33

**Strafrecht**

BGH:	Pflichtverteidigerbestellung (Ermittlungsverfahren).....	36
------	---	----

**öffentl. Recht**

VGH Mannheim:	Erledigung einer Baugenehmigung (nicht durch Nutzungsunterbrechung).....	38
BVerfG:	Verweigerung von Girokonto für Partei (einstweiliger Rechtsschutz).....	42

**Kurzauslese II**

OLG Düsseldorf:	Erfüllungsort bei Rücktritt (Austauschort).....	45
BGH:	Gerichtliche Hinweispflicht (Berufungs-Beschlusszurückweisung).....	45
OLG Hamm:	Ersatzzustellung (Gemeinschaftsbriefkasten).....	45
BGH:	Beschwerdebegründungsfrist (Verlängerung durch das unzuständige Gericht).....	46
BAG:	Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers (Rechtsweg).....	46
OLG Bamberg:	Rechtsmittelfristversäumung (nach eigenmächtigem Verlassen des Sitzungssaals).....	47
BGH:	Abhilfefrist (Beginn der 3-Tagesfrist).....	47
OLG Köln:	Rechtsmittelverzicht (informelle Verständigung).....	48
BGH:	Revisionshauptverhandlung (Anwesenheit des Wahlverteidigers).....	48
KG:	Versagung rechtlichen Gehörs (unterbliebene Terminsachricht).....	48
VGH Mannheim:	Rubrumsberechtigung (Auslegungsfähigkeit der Parteibezeichnung).....	49
BVerwG:	Vorliegen eines Verfahrensmangels (Abweisung einer Anfechtungsklage wegen fehlender Klagebefugnis).....	49
BVerwG:	Feststellungsklage bzgl. einer Allgemeinverbindlicherklärung (Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs).....	49
OVG Lüneburg:	Zuwendungswiderruf (nicht zweckgerichtete Mittelverwendung).....	50
OVG Münster:	Unzulässigkeit der Rechtsausübung (Geltendmachung eines denkmalrechtlichen Abwehrenspruchs).....	50

<b>Weitere Schriftumsnachweise</b> .....	52
--	----

<b>Übersicht:</b>	Beginn der Verjährung.....	55
-------------------	----------------------------	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung:	Zivilrecht.....	56
Assessorprüfung:	Öffentliches Recht.....	57

## Aus der Gesetzgebung

### Das Mindestlohngesetz

Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz-MiLoG) vom 11.08.2014, In-Kraft-Treten am 16.08.2014 bzw. 01.01.2015 (BGBl I 2014, S. 1348)

#### I. Allgemeines

Die Einführung eines allgemeinen Mindestlohns in Deutschland war eine lange erhobene sozialpolitische Forderung. Indirekte gesetzliche Regelungen hatte es dazu im Landesrecht gegeben: Die Bundesländer hatten – bis auf wenige Ausnahmen (Hessen, Sachsen und Bayern) - in eigenen Vergabe- und Mindestlohngesetzen Auflagen zur Vergabe öffentlicher Aufträge formuliert und den Zuschlag an die Einhaltung bestimmter sozialer Mindeststandards durch die Bewerber gebunden (sog. **Tariftreueregelung**). Diese Mindestlöhne bewegten sich zwischen 8 € und 9,18 €. Diese Tariftreueregelungen waren von den meisten Bundesländern außer Kraft gesetzt worden, nachdem der **EuGH** im Jahr 2008 entschieden hatte, das niedersächsische Landesvergabegesetz sei mit der Dienstleistungsfreiheit nicht vereinbar und verstoße daher gegen Europarecht. Nunmehr wird, wie im **Koalitionsvertrag von CDU und SPD** vereinbart, ein branchenübergreifender Mindestlohn von 8,50 € brutto in ganz Deutschland eingeführt.

#### II. Die Neureglungen im Überblick

1. Der **allgemeine Mindestlohn verdrängt jedoch nicht Branchenmindestlöhne, soweit diese höher als der allgemeine Mindestlohn** sind (§ 1 Abs. 3 MiLoG). Bis Ende 2017 dürfen Branchenmindestlöhne jedoch noch niedriger sein als der allgemeine Mindestlohn, ab dem 01.01.2017 müssen sie mindestens 8,50 € betragen.
2. Nach dem Mindestlohngesetz hat nun **jeder volljährige Arbeitnehmer** einen **unabdingbaren Anspruch auf** Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des **Mindestlohns** durch den Arbeitgeber. Damit gilt der gesetzliche Mindestlohn für alle Arbeitnehmer und damit auch für geringfügig Beschäftigte (450-Euro-Job und Kurzfristige Beschäftigung) und Praktikanten, die eingestellt werden, um berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten oder berufliche Erfahrungen zu erwerben, ohne dass es sich um eine Berufsausbildung i. S. des Berufsbildungsgesetzes (BBiG) handelt. Diese generelle **Praktikantenregelung gilt nicht**
  - für **Schüler oder Studenten**, die das Praktikum im Rahmen ihrer Schulausbildung oder ihres Studiums absolvieren
  - für bis zu drei Monate dauernde **Orientierungspraktika** für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums
  - für von der Arbeitsagentur geförderte **Maßnahmen zum Erwerb einer Einstiegsqualifikation**.

Auch **Auszubildende** oder **ehrenamtlich Tätige** sind nicht erfasst. Ebenfalls nicht unter die Mindestlohnregelung fallen **Kinder und Jugendliche ohne Berufsabschluss**. Des weiteren haben **Strafgefangene**, die innerhalb von Haftanstalten arbeiten, und **Volontäre und Journalistenschüler** in Medienunternehmen keinen Anspruch auf Mindestlohn.

**Arbeitnehmer**, die unmittelbar vor Beginn der Beschäftigung **länger als ein Jahr arbeitslos** waren, können während der ersten sechs Monate der Beschäftigung noch keinen Mindestlohn verlangen.

Als **Beschäftigte in einer Werkstatt für behinderte Menschen** werden nur „voll erwerbsgeminderte“ Menschen mit Behinderung aufgenommen. Dieser Personenkreis hat den Status von „Rehabilitanden“, gilt also nicht als Arbeitnehmer und hat darum ebenfalls keinen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn.

## Brandaktuell

GG  
Art. 19 IV

### Gebot effektiven Rechtsschutzes Übermittlung von Daten aus Gerichtsakten

GG

(BVerfG in Pressemitteilung vom 14.01.2015; Urteil vom 02.12.2014 – 1 BvR 3106/09)

Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz verlangt, dass die Übermittlung von Aktenbestandteilen während eines zivilgerichtlichen Verfahrens an eine nicht an diesem Verfahren beteiligte Behörde gerichtlich überprüfbar ist.

**Fall:** Der Beschwerdeführer war als Beamter mit der Bearbeitung von Asylanträgen betraut. Über eine Kontaktanzeige lernte er eine Frau kennen, die erfolglos Asyl beantragt hatte. Mit dieser zeugte er eine gemeinsame Tochter, ohne die Vaterschaft anzuerkennen, worüber ein familiengerichtliches Verfahren vor dem Amtsgericht und dem Oberlandesgericht geführt wurde.

Die Dienstbehörde des Beschwerdeführers bat das Amtsgericht um Mitteilung, ob Presseberichte über einen Beschluss des Oberlandesgerichts zuträfen, der Beschwerdeführer habe sich „durch wahrheitswidrige Behauptungen Vorteile verschaffen“ wollen. Das Ersuchen erfolge im Hinblick auf die Prüfung dienstrechtlicher Maßnahmen. Der am Amtsgericht mit dem familiengerichtlichen Verfahren befasste Richter verfügte daraufhin ohne weitere Begründung, der Dienstbehörde „unter Bezugnahme auf die Anfrage“ Kopien des Beschlusses des Oberlandesgerichts mit geschwärztem Namen der Mutter zu übersenden.

Der Beschwerdeführer beantragte beim Oberlandesgericht daraufhin die Feststellung, dass die Weitergabe von Aktenbestandteilen aus seinem nicht öffentlich verhandelten familienrechtlichen Verfahren an die nicht verfahrensbeteiligte Dienstbehörde rechtswidrig gewesen sei. Das Oberlandesgericht wies den Antrag als unzulässig zurück; das Verfahren nach §§ 23 ff. des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz (EGGVG) sei vorliegend nicht eröffnet. Gegen diesen Beschluss richtet sich die Verfassungsbeschwerde.

Die angegriffene Entscheidung des Oberlandesgerichts verletzt den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV 1 GG.

„Art. 19 IV GG enthält ein Grundrecht auf effektiven und **möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt**. Nicht zur öffentlichen Gewalt im Sinne dieser Bestimmung gehören allerdings Akte der Rechtsprechung. Der Begriff der rechtsprechenden Gewalt wird maßgeblich von der konkreten sachlichen Tätigkeit her bestimmt; typischerweise handelt es sich hierbei um die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren.“ (BVerfG aaO)

Fraglich ist aber, ob die Übermittlung der Akte im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens an eine nicht verfahrensbeteiligte Behörde überhaupt als Akt rechtsprechender Gewalt anzusehen ist.

„Da die Übersendung des oberlandesgerichtlichen Beschlusses an die nicht verfahrensbeteiligte Dienstbehörde auf deren Ersuchen der **Erfüllung ihrer eigenen behördlichen Aufgaben**, nicht aber der Entscheidung des Rechtsstreits zwischen dem Beschwerdeführer und der Kindesmutter diene, kann die Übersendung **nicht** allein deshalb, weil sie aus einem laufenden Rechtsstreit heraus erfolgte, **als spruchrichterliche Tätigkeit qualifiziert** werden. Die im vorliegenden Fall erfolgte Erteilung von Auskünften an eine Behörde im Rahmen von Art. 35 I GG ist deshalb im Ergebnis **als Verwaltungstätigkeit anzusehen**, die grundsätzlich von der Garantie des Art. 19 IV GG umfasst ist.“ (BVerfG aaO)

Die in Art. 19 IV GG verbürgte Effektivität des Rechtsschutzes könnte verletzt worden sein.

„Die in Art. 19 Abs. 4 GG verbürgte Effektivität des Rechtsschutzes wird in erster Linie von den Prozessordnungen gesichert. Ebenso wie der Gesetzgeber bei der **normativen Ausgestaltung der Prozessordnungen** müssen die Gerichte bei der **Auslegung und Anwendung dieser Normen** das Ziel der Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes gemäß Art. 19 IV GG verfolgen. Die Übermittlung von personenbezogenen Daten aus den Akten zivilgerichtlicher Verfahren an private Dritte und an andere Gerichte oder an Behörden und der hiergegen eröffnete Rechtsschutz sind nicht einheitlich und an verschiedenen Stellen geregelt. Den einschlägigen Vorschriften ist jedoch gemein, dass für die **Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Übermittlung im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG der Rechtsweg zum Oberlandesgericht** eröffnet wird, sofern kein anderer Rechtsweg zur Verfügung steht. Dies legt die Intention des Gesetzgebers nahe, in allen genannten Konstellationen eine Möglichkeit zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Datenübermittlung zu eröffnen. Daher hätte eine Auslegung der maßgeblichen Vorschriften, die auch dem Beschwerdeführer den Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG eröffnet hätte, dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes entsprochen und die Grenze zulässiger Auslegung einfachen Rechts nicht überschritten. Demgegenüber hat das Oberlandesgericht eine Auslegung vorgenommen, die gerade und allein für den Fall, dass Daten aus schwebenden Verfahren an öffentliche Stellen auf deren Ersuchen übermittelt werden, jeglichen Rechtsweg ausschließt. Dies steht in Widerspruch zu Art. 19 IV GG.“ (BVerfG aaO)

**Entscheidungen materielles Recht**

BGB

§§ 313 I, 488 I 2, 812 I 2

**Rückforderung von Zuwendungen  
Schenkungen an Schwiegerkind)**

ZivilR

(OLG Saarbrücken in NJOZ 2014, 1930; Urteil vom 21.11.2013 – 2 U 47/13)

1. Ein Anspruch nach § 488 I 2 BGB erfordert grundsätzlich die **Hingabe der Darlehensvaluta** sowie die **Abrede**, dass es sich bei dem überlassenen Geld um ein Darlehen handeln soll. **Beweisbelastet** für beide Voraussetzungen ist derjenige, der die Rückzahlung des Darlehens verlangt
2. Nach der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung erfüllen **schwiegerelterliche Zuwendungen** auch dann sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen des § 516 I BGB, wenn sie um der Ehe des eigenen Kindes willen erfolgen
3. Geschäftsgrundlage sind die **nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen**, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen **Vorstellungen beider Vertragsparteien** sowie die der einen Vertragspartei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der **Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut**.
4. Bei schwiegerelterlichen Zuwendungen kann ein **Wegfall der Geschäftsgrundlage** nur angenommen werden, wenn geleisteten Zahlungen die für das Schwiegerkind erkennbare Vorstellung zu Grunde lag, die **Ehe von Dauer** sein.

**A. Grundlagenwissen: Die Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB****I. Herleitung**

Die Lehre von der Geschäftsgrundlage hat historische Wurzeln in dem Institut **clausula rebus sic stantibus**, das besagt, dass jeder schuldrechtliche Vertrag nur so lange bindend sein soll, als die Verhältnisse, die für seinen Abschluss bestimmend waren, sich nicht von Grund auf geändert haben. Jede Verpflichtung soll also von vornherein nur unter dem Vorbehalt eingegangen sein, dass die **maßgeblichen Verhältnisse unverändert** Bestand hätten (vgl. BeckOK/Unberath, § 313, Rn. 2)

**II. Begriff der Geschäftsgrundlage**

Unter der sog Geschäftsgrundlage versteht die st. Rspr., die bei Abschluss des Vertrages zutage getretenen, **dem anderen Teil erkennbar gewordenen** und von ihm nicht beanstandeten **Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen** beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (RGZ 103, 328, 332; BGHZ 25,390, 392 = NJW 1958, 297; BGHZ 133, 281, 293 = NJW 1997, 320). Daran hat auch die Kodifizierung in § 313 nichts geändert (BGHZ 163, 42 = NJW 2005, 2069, 2071; BGH BB 2006, 911; vgl. BT-Drucks 14/6040 S 175; vgl. BeckOK/Unberath, § 313, Rn. 4).

**III. Rechtsfolgen**

Liegen die Voraussetzungen des § 313 vor, so führt dies **nur ausnahmsweise** zur **Aufhebung des Vertragsverhältnisses**. Aus Gründen der Vertragstreue und der Verkehrssicherheit ist der Vertrag **nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten** und lediglich in einer den berechtigten Interessen und dem Willen beider Partner Rechnung tragenden Form der veränderten Sachlage **anzupassen** (BGHZ 9, 273, 279 = NJW 1953, 937; BGHZ 47, 48, 51 f = NJW 1967, 721; BGH NJW 1984, 1746, 1747; vgl. BeckOK/Unberath, § 313, Rn. 84).

## B. Rückforderung von Zuwendungen an das Schwiegerkind (vgl. OLG Saarbrücken in NJOZ 2014, 1930)

**Fall:** Der Bekl. war mit der Tochter der Kl., der Zeugin, verheiratet. Die Ehe wurde im September 2003 geschlossen. Die Eheleute trennten sich im Oktober 2008, die (rechtskräftige) Scheidung erfolgte im April 2010.

Die Eheleute erwarben während der Ehe gemeinsam ein Hausgrundstück in zu hälftigem Miteigentum. Die Immobilie wurde nach der Scheidung im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung für 105.000,00 € (den hälftigen Verkehrswert), durch den Bekl. zu Alleineigentum übernommen

Zur Anschaffung der Immobilie gewährten die Kl. den Eheleuten ein zinsloses Darlehen i.H.v. 60.000,00 €. Hierüber unterzeichneten die Eheleute am 17.04.2005 ein „Schuldanerkenntnis“, in dem sie den Erhalt der Darlehensvaluta bestätigten und sich zur Rückzahlung von jeweils 30.000,00 € verpflichteten. Dieser Betrag ist von dem Bekl. an die Kl. erstattet worden.

Mit ihrer Klage verlangen die Kl. von dem Bekl. die Zahlung weiterer 8.500,00 €. Sie haben ihrer Tochter und ihrem Schwiegersohn zusätzlich zu dem erwähnten Darlehen einen weiteren Betrag von rund 17.000,00 € für Renovierungsarbeiten an dem Anwesen sowie zur Anschaffung von Hausratsgegenständen zur Verfügung gestellt, indem sie die jeweils zur Zahlung anstehenden Rechnungen beglichen haben. Es sei vereinbart gewesen, dass es sich bei dem nach und nach auflaufenden Betrag um ein Darlehen handele und dass über die Rückzahlungspflicht ebenfalls ein Schuldanerkenntnis abgegeben werden solle, sobald ein Betrag von 20.000,00 € erreicht sei. Hierzu sei es indes auf Grund der Trennung der Eheleute nicht mehr gekommen.

Haben Sie einen Anspruch auf Zahlung von 8.500,00 €?

### I. Anspruch auf Rückzahlung von 8.500,00 € aus § 488 I BGB

Die Kl. könnten gegen den Bekl. zunächst einen Anspruch auf Rückzahlung von 8.500,00 € aus § 488 I 2 BGB haben. Dann müsste ein entsprechender Darlehensvertrag abgeschlossen worden sein

*„Ein Anspruch nach § 488 I 2 BGB erfordert grundsätzlich die **Hingabe der Darlehensvaluta** sowie die **Abrede**, dass es sich bei dem überlassenen Geld um ein Darlehen handeln soll (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 72. Aufl., § 488 Rn. 9). **Beweisbelastet** für beide Voraussetzungen ist derjenige, der die Rückzahlung des Darlehens verlangt (vgl. BGH, NJW 1986, 2571 = NJW-RR 1986, 1312 Ls.; NJW 1983, 931; WM 1976, 974 [975]), hier also die Kl. Das LG hat es indes auf Grund der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme **für nicht bewiesen erachtet**, dass die Kl. mit ihrer Tochter und dem Bekl. eine vertragliche Abrede getroffen haben, wonach die Bezahlung von Renovierungsarbeiten an dem von diesen erworbenen Hausanwesen sowie von Hausratsgegenständen lediglich darlehenshalber erfolgen und die verauslagten Beträge daher zurückzuerstatten sein sollten. An diese Feststellungen ist der Senat gem. § 529 I Nr. 1 ZPO grundsätzlich gebunden. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen begründen und deshalb eine neue Feststellung gebieten, werden von den Kl. nicht aufgezeigt und sind auch ansonsten nicht ersichtlich.*

*Entgegen der Auffassung der Kl. lässt auch der **Umstand**, dass diese ihrer Tochter und dem Bekl. – was unstreitig ist – vor den hier in Rede stehenden Zahlungen einen Betrag von **60.000,00 €** zum Erwerb des Hausgrundstücks **als Darlehen zur Verfügung gestellt** hatten, nicht den Schluss auf das Bestehen einer Abrede zu, dass mit nachfolgend überlassenen Geldmitteln in gleicher Weise verfahren werden und diese daher ebenfalls zurückzuzahlen sein sollten. Die Kl. räumen selbst ein, ihrer Tochter und dem Bekl. **während der Ehe immer wieder Geld schenkweise zugewendet** zu haben und dies sogar in Form einer regelmäßigen Unterstützung von „wenigstens 500,00 € monatlich“. Es kann daher gerade nicht davon ausgegangen werden, dass jedwede Zahlung nur darlehenshalber gewährt sein sollte.“ (OLG Saarbrücken aaO)*

### II. Anspruch auf Rückzahlung von 8.500,00 € aus § 313 I BGB

Die Kl. könnten aber einen Anspruch auf Rückzahlung des geltend gemachten Betrages unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage einer Schenkung nach § 313 I BGB haben.

#### 1. Vorliegen einer Schenkung

Die Rückforderung einer Schenkung unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage setzt voraus, dass überhaupt eine Schenkung vorliegt. Dies ist bei **schwiegerelterlichen Zuwendungen** problematisch, sofern nicht ausdrücklich ein Schenkungsvertrag geschlossen wurde.

*„Nach der **neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung** erfüllen schwiegerelterliche Zuwendungen auch dann sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen des § 516 I BGB, wenn sie **um der Ehe des eigenen Kindes willen** erfolgen (vgl. BGHZ 184, 190 [195f.] = NJW 2010, 2202 mit Anm. Schmitz, NJW 2010, 2207; BGH, NJW 2012, 523 = FamRZ 2012, 273; NJW 2010, 2884 = FamRZ 2010, 1626). Insbesondere fehlt es in dem Fall schwiegerelterlicher Zuwendungen nicht an einer mit der Zuwendung einhergehenden dauerhaften Vermögensminderung bei dem Zuwendenden, wie sie § 516 I BGB voraussetzt. Auch wenn die Zahlung der Kl. somit **nicht als unbe-***

*nannte Zuwendung sondern als **Schenkung an beide Ehegatten** zu werten sein sollte, finden auf sie die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage Anwendung.*“ (OLG Saarbrücken aaO)

## 2. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Fraglich ist also, ob hier von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage ausgegangen werden kann.

*„Nach ständiger Rechtsprechung sind Geschäftsgrundlage die **nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen**, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen **Vorstellungen beider Vertragsparteien** sowie die der einen Vertragspartei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der **Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut**. Ist dies hinsichtlich der Vorstellung der Eltern, die eheliche Lebensgemeinschaft des von ihnen beschenkten Schwiegerkindes mit ihrem Kind werde Bestand haben und ihre Schenkung demgemäß dem eigenen Kind dauerhaft zugutekommen, der Fall, so bestimmt sich bei einem Scheitern der Ehe die Rückabwicklung der Schenkung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (vgl. BGHZ 184, 190 [195 f.] = NJW 2010, 2202 mit Anm. Schmitz, NJW 2010, 2207; BGH, NJW 2012, 523 = FamRZ 2012, 273; NJW 2010, 2884 = FamRZ 2010, 1626).“* (OLG Saarbrücken aaO)

Im vorliegenden Fall wäre ein Wegfall der Geschäftsgrundlage danach nur dann anzunehmen wenn den von den Kl. geleisteten Zahlungen die für den Bekl. erkennbare Vorstellung zu Grunde lag, die **Ehe** mit der Tochter der Kl. werde **von Dauer** sein.

*„Von einer solchen Geschäftsgrundlage kann schon bei der **Schenkung von Grund- oder Wohnungseigentum** an ein verheiratetes Kind und dessen Ehegatten nicht schlechthin ausgegangen werden (vgl. BGH, NJW 1999, 1623 [1625] = NZM 1999, 518). Da die Lehre vom Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage eine – nunmehr in § 313 BGB gesetzlich geregelte – **Ausprägung des Satzes von Treu und Glauben** (§ 242 BGB) darstellt, müssen vielmehr auch in einem solchen Fall alle Umstände des konkreten Falls gegeneinander abgewogen werden (vgl. BGHZ 61, 153 [160] = NJW 1973, 1685; BGH, NJW 1999, 1623 [1625] = NZM 1999, 518). Ebenso wenig ist bei der schenkweisen Zuwendung von Geld ohne weiteres der Schluss gerechtfertigt, die Überlassung erfolge in der Erwartung des Fortbestands der ehelichen Lebensgemeinschaft zwischen dem eigenen Kind und dem Schwiegerkind (ebenso OLG Stuttgart, FamRZ 2012, 1595; a.A. wohl OLG Düsseldorf, NJOZ 2013, 1651). Das gilt erst recht, wenn die Schenkung nicht in der einmaligen Überlassung eines Geldbetrags besteht, mit dem die Anschaffung eines Familienheims und somit die Vermögensbildung der Eheleute unterstützt werden soll, sondern – wie hier nach dem (Hilfs-)Vorbringen der Kl. – finanzielle Zuwendungen jeweils „auf Zuruf“ erfolgen, sobald eine Renovierungsmaßnahme an dem bereits vorhandenen Familienanwesen oder die Anschaffung eines Hausratsgegenstands ansteht. In diesem Fall sind **besondere Umstände** erforderlich, die bei einer Gesamtwürdigung den Schluss erlauben, die einzelnen Zuwendungen erfolgten nicht lediglich aus sittlichem Anstand oder aus der Motivation heraus, dem eigenen Kind und dem Schwiegerkind einen finanziellen Gefallen zu erweisen, sondern **ihnen liege als Geschäftsgrundlage jeweils der Fortbestand der Ehe zu Grunde**. Solche Umstände sind hier – worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat und worauf Bezug genommen wird – nicht ersichtlich.[wird bezogen auf die einzelnen Gegenstände und Dienstleistungen ausgeführt].“* (OLG Saarbrücken aaO)

Ein Anspruch auf Rückzahlung von 8.500,00 € wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage der Schenkung besteht daher ebenfalls nicht.

### III. Anspruch auf Rückzahlung von 8.500,00 € nach § 812 I 2 Var. 2 BGB

Ein Anspruch auf Rückzahlung des geltend gemachten Betrages kann sich allenfalls noch aus Bereicherungsrecht ergeben. Nach § 812 I 2 Var. 2 BGB ist derjenige, der durch die Leistung eines anderen etwas mit rechtlichem Grund erlangt gleichwohl zur Herausgabe verpflichtet, wenn der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

*„Zwar kann ein Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung grundsätzlich auch in den Fällen einer schwiegerelterlichen Schenkung gegeben sein, in denen an sich eine Abwicklung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht kommt (vgl. BGHZ 184, 190 [205] = NJW 2010, 2202 mit Anm. Schmitz, NJW 2010, 2207). Voraussetzung hierfür ist allerdings das Bestehen einer Zweckvereinbarung, die nur dann vorliegt, wenn die Bet. im Zeitpunkt der Schenkung die **Möglichkeit eines späteren Scheiterns der Ehe ausdrücklich in ihre Überlegungen aufgenommen** haben und das Schwiegerkind positive Kenntnis von der mit der Schenkung verbundenen Zweckvorstellung der Schwiegereltern hat (vgl. BGHZ 184, 190 [206] = NJW 2010, 2202 mit Anm. Schmitz, NJW 2010, 2207 m.w.N.). Dafür tragen die Kl. ebenfalls nichts Konkretes vor.“* (OLG Saarbrücken aaO)

### IV. Ergebnis Die Kl. haben gegen den Bekl. keinen Anspruch auf Rückzahlung von 8.500,00 €.

BGB  
§§ 1004, 823

**Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch**  
**Rauchen auf Balkon als „sozialadäquates Verhalten“**  
(LG Potsdam, NJW-RR 2014, 1418; Urteil vom 14.03.2014 – 1 S 31/13)

ZivilR

Mieter einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus haben in der Regel gegen andere Mieter **keinen Anspruch** darauf, das Rauchen auf dem benachbarten Balkon zu fest bestimmten Tageszeiten zu unterlassen.

**A. Grundlagenwissen: Der quasinegatorische Unterlassungsanspruch analog §§ 823, 1004 BGB**

Der **quasinegatorische Unterlassungsanspruch** richtet sich gegen die drohende Beeinträchtigung „sonstiger Rechte“ und rechtlich geschützter Positionen. Da § 823 BGB nur eine Schadenskompensation vorsieht, eine Verletzungsabwehr gesetzlich in § 1004 BGB nur für Eigentumsverletzungen vorgesehen ist, liegt eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage vor. Ein Anspruch ist unter folgenden Voraussetzungen gegeben.

**I. Störung eines geschützten Rechtsguts i. S. der §§ 823 ff BGB**

Es muss ein von §§ 823 ff. BGB geschütztes Rechtsgut gestört sein.

**II. Rechtswidrigkeit, keine Duldungspflicht nach § 1004 II BGB**

Die Störung muss rechtswidrig sein, insbesondere darf keine Duldungspflicht nach § 1004 II BGB bestehen. Ein Verschulden hinsichtlich der Störung ist hingegen nicht erforderlich.

Die Rechtswidrigkeit wird in der Regel durch die Rechtsgutverletzung indiziert. Dies gilt nicht für die sog. Rahmenrechte wie das

- allgemeine Persönlichkeitsrecht und das
- Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Hierbei ist eine umfassende Güter- und Interessenabwägung erforderlich.

**III. Weitere bevorstehende Beeinträchtigungen**

Grundsätzlich besteht ein schutzwürdiges Interessen an der Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs nur, wenn noch mit dem Eintritt weiterer Beeinträchtigungen zu rechnen ist. Allerdings kann der Unterlassungsanspruch auch vorbeugend für erstmalig unmittelbar bevorstehende Störungen geltend gemacht werden.

**IV. Geltendmachung gegen den Störer**

Der Anspruch muss gegen denjenigen geltend gemacht werden, welcher die Störung verursacht. Hier kann auf die polizei- und ordnungsrechtlichen Grundsätze über den Handlungs- und Zustandsstörer zurückgegriffen werden.

**B. kein quasi-negatorischer Unterlassungsanspruch gegen Rauchen auf dem Balkon (vgl. LG Potsdam, NJW-RR 2014, 1418)**

**Fall:** Die Bekl. sind Raucher und nutzen ihren unter dem Balkon der Kl. liegenden Balkon mehrmals täglich zum Rauchen. Die Kl. als Nichtraucher fühlen sich durch aufsteigenden Zigarettenrauch in der Nutzung ihrer Wohnung und ihres Balkons gestört. Die Kl. behaupten einen Verbrauch von täglich ca. 20 Zigaretten, die Bekl. geben an, täglich maximal 12 Zigaretten auf dem Balkon zu rauchen. Besteht ein Anspruch auf Unterlassung oder Einschränkung des Rauchens?

**I. Besitzschutzansprüche**

Die Kläger könnten zunächst **Abwehransprüche wegen Besitzstörung** auf Grund verbotener Eigenmacht (§§ 862 I 2, 858 I BGB) haben.

Wird der Besitzer **durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört**, so kann er nach § 862 I BGB von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen und auf Unterlassung klagen, falls weitere Störungen zu besorgen sind. Verbotene Eigenmacht liegt vor,

wenn jemand dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitz stört und dabei widerrechtlich handelt, weil ihm das Gesetz die Entziehung oder die Störung nicht gestattet.

„Der **Besitz** umfasst lediglich den **Bestand der tatsächlichen Sachherrschaft**. Der Besitz wird nach § 854 I BGB durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben und durch die Aufgabe oder den Verlust derselben beendet (§ 856 I BGB). Eine verbotene Eigenmacht nach §§ 858, 862 BGB setzt daher voraus, dass **in die tatsächliche Sachherrschaft eingegriffen** worden ist. Ein Eingriff liegt nur vor, wenn der Besitzer in dem Bestand seiner tatsächlichen Sachherrschaft beeinträchtigt wird. Beim **Besitz von Räumen** liegt ein Eingriff etwa dann vor, wenn der **Zugang** des Besitzers zu den Räumen **erschwert oder vereitelt** wird oder wenn in anderer Form in einer dem Besitzer behindernden Weise auf die Mieträume eingewirkt wird (BGH, NJW 2009, 1947 [1949] Rn. 25 f.).“ (LG Potsdam aaO)

## 1. Einwirken auf den Zugang

Zunächst könnte eine Zugangsbeeinträchtigung oder -erschwerung vorliegen. Dann müssten die Kl. allein dadurch, dass die Bekl. mitunter auf ihrem Balkon rauchen und hierdurch für die Kl. Zigarettenrauch wahrnehmbar wird, **am Betreten und Nutzen des Balkons gehindert** sein. Dies ist nicht der Fall.

„Dies zeigt sich bereits an den mit der Klageschrift überreichten ausführlichen Aufzeichnungen über den Zigarettenkonsum der Bekl. in der Zeit vom 22. bis 28.06.2012, 6. bis 15.07.2012 und 5. bis 11.11.2012 sowie den gefertigten Fotos des Balkons der Bekl. Diese Feststellungen konnten die Bekl. nur treffen, nachdem sie ihren **Balkon betreten und sich dort – zumindest kurzzeitig – aufgehalten** hatten.

Auch soweit sich die Kl. durch den Geruch des von dem Nachbarbalkon ausgehenden Zigarettenrauchs in ihrem subjektiven Wohlbefinden gestört fühlen, liegt kein Eingriff in die tatsächliche Sachherrschaft vor. **Subjektives Wohlbefinden bei der Besitzausübung ist nicht Bestandteil der tatsächlichen Sachherrschaft**. Die sich durch den bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit wird durch das subjektive Gefühl der Belästigung durch aufsteigenden Zigarettenrauch nicht eingeschränkt.“ (LG Potsdam aaO)

## 2. Besitzstörung durch psychische Einwirkungen

Als Besitzstörungen können nach herrschender Meinung auch psychische Einwirkungen anzusehen sein, zum Beispiel **übermäßiger Lärm, Lichtreflexe, Gase und ähnliche Immissionen i.S.d. § 906 BGB** (OLG Celle, MDR 1980, 311; OLG Düsseldorf, NZM 2007, 582; MüKo-BGB/Joost, 6. Aufl., § 858 Rn. 5; krit. Kregel in RGRK, 12. Aufl., § 858 Rn. 7; Westermann/ Gursky, Sachenrecht, 7. Aufl., § 22 I 2).

„Hierbei wird auf den **zu § 1004 BGB entwickelten Störungsbegriff** zurückgegriffen und für die Grenzen hinzunehmender Einwirkungen auf den in § 906 I 1 BGB geregelten Wesentlichkeitsmaßstab abgestellt, da die Befugnisse eines Besitzers nicht weiter gehen können als die eines Eigentümers (Staudinger/Bund, BGB, 2007, § 858 Rn. 14; MüKo-BGB/Joost, § 858 Rn. 5). **Nicht abwehrbar** nach §§ 862, 1004 BGB sind dagegen so genannte **negative Einwirkungen**, die darin bestehen, dass jemand durch ein Verhalten in den Grenzen seines eigenen Grundstücks **einem anderen Grundstück Vorteile** nimmt, zum Beispiel die Entziehung von Licht und Luft (BGH, NJW-RR 2003, 1313; MüKo-BGB/Baldus, § 1004 Rn. 124; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl., § 903 Rn. 9).“ (LG Potsdam aaO)

Die Anwendung dieses Ansatzes auf den vorliegenden Fall setzt jedoch voraus, dass § 906 BGB auf das **Verhältnis von Mietern eines Hauses untereinander** anwendbar ist.

„Soweit eine **entsprechende Anwendung des § 906 BGB** auf das Verhältnis von Mietern eines Hauses untereinander für möglich erachtet wird, geschieht dies nach den Ausführungen des BGH im Urteil vom 12.12.2003 (BGH, NJW 2004, 775) zumeist pauschal ohne näheres Eingehen auf die Voraussetzungen einer Analogie (BGH, NJW 2004, 775). Dass das Verhältnis der Mieter untereinander keine Berücksichtigung in § 906 BGB gefunden hat, kann **nicht als planwidrige Lücke** angesehen werden (BGH, NJW 2004, 775). Die Grenzen, die ein Mieter bei der Nutzung der gemieteten Räume einzuhalten hat, ergeben sich aus dem Vertragsverhältnis zum Vermieter, das häufig näher ausgestaltete Verhaltensregeln in Hausordnungen, die Bestandteil des Mietvertrags sind, bereithält. Zudem kann der Mieter vom Vermieter eine von Dritten, insbesondere von Mitmietern, ungestörte Gebrauchsgewährung verlangen (BGH, NJW 2004, 775).

**Rauchen in einer Mietwohnung** gehört grundsätzlich, wenn die Mietparteien keine dies untersagende oder einschränkende Vereinbarung getroffen haben, zum **vertragsgemäßen Gebrauch** (BGH, NJW 2006, 2915 = GE 2006, 1158; BGH, NJW 2008, 1439 = GE 2008, 533). Vor dem Hintergrund der zitierten Ausführungen in BGH, NJW 2004, 775 kann deshalb ein **vertragsgemäßes Verhalten** eines Mieters **nicht zugleich eine verbotene Eigenmacht gegenüber einem Mitmieter** dar-

stellen. Dies zeigt auch die vergleichende Betrachtung des Verhältnisses zwischen den Kl. und ihrem Vermieter: Selbst wenn die Kl. durch das Rauchen auf dem Nachbarbalkon in ihrem vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache behindert sein sollten, würde ein insoweit nach der Überlassung der Mietsache entstandener Mangel lediglich vertragliche Ansprüche, nicht aber einen Anspruch wegen Besitzstörung begründen (vgl. BGH, NJW 2009, 1947 Rn. 29).“ (LG Potsdam aaO)

Die Kl. können daher gegen die Bekl. keine Besitzschutzansprüche gelten machen.

## II. Ansprüche aus §§ 823 I, 1004 BGB wegen Gesundheitsverletzung

Die Kläger könnten aber nach §§ 1004 I 2, 823 I BGB einen Anspruch auf Unterlassung des Rauchens auf dem Nachbarbalkon wegen Gefährdung ihrer Gesundheit. haben.

§ 1004 BGB schützt zwar grundsätzlich nur vor Beeinträchtigungen des Eigentums und räumt einen entsprechenden Unterlassungsanspruch ein. Allerdings werden mit der Figur des sog. quasi-negatorischen Unterlassungsanspruchs sämtliche Rechtsgüter des § 823 BGB zu § 1004 BGB hinzugezogen mit der Begründung, dass der Umstand des Bestehens von Schadensersatzansprüchen im Falle einer Verletzung der dort geschützten Rechtsgüter auch dazu führen muss, zum Schutz des Verletzten bei einem Eingriff in ein durch § 823 BGB geschütztes Rechtsgut einen verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch (Palandt/Sprau, § 823 Rn. 16 u. 18). zu gewähren. Hierfür genügt auch eine erstmals drohende Beeinträchtigung (Palandt/Bassenge, § 1004 Rn. 32).

„**Drohende Gesundheitsverletzungen** der Kl. durch aufsteigenden Zigarettenrauch von dem einem Stock tiefer liegenden Balkon können aber **nicht festgestellt** werden. Hierfür genügt nicht der Hinweis der Kl. auf die im letzten Jahrzehnt stark zugenommenen **Erkenntnisse über die Schädlichkeit des Passivrauchens** durch die im Tabakrauch enthaltenen krebserzeugenden Substanzen (Kanzerogene) selbst bei nur geringen Mengen. Als Passivrauchen wird das Einatmen von Tabakrauch aus der Raumluft bezeichnet (Tabakatlas Deutschland 2009 [Hrsg. Deutsches Krebsforschungszentrum], S. 49). Dementsprechend bezieht sich die Broschüre „Passivrauchen – Ein unterschätztes Gesundheitsrisiko“ des Deutschen Krebsforschungszentrums (Heidelberg, 2005) ausschließlich auf **Tabakrauch als gefährlichen Innenraumschadstoff** (vgl. Kernaussagen 1, 5 u. 7). Das ist mit dem Rauchen außerhalb geschlossener Räume nicht vergleichbar. Auch insoweit können zwar in der unmittelbaren Nähe eines Rauchers kurzzeitige Belastungen auftreten. Im vorliegenden Fall besteht jedoch eine erhebliche Distanz bereits durch den Höhenunterschied von ca. drei Metern. Zudem wird der aufsteigende Rauch durch das Balkondach abgeleitet und muss, damit er auf dem darüber liegenden Balkon wahrnehmbar wird, in dessen Bereich hineingeführt werden. **Schadstoffe** dürften sich in dieser Zeit infolge der Luftverwirbelung und -zirkulation **bereits verflüchtigt** haben. Das Ankommen etwa noch verbliebener Schadstoffe auf dem darüber liegenden Balkon setzt zudem weitgehende Windstille oder leichten Wind in Richtung auf die betroffenen Balkone voraus.

Auch die von dem Nichtraucher-Initiative Deutschland e. V. am 13.03.2013 vorgenommene Feinstaubmessung belegt nur, dass **Partikel des Tabakrauches** – bei zwei während der Messzeiten gerauchten Zigaretten und ohne Spürbarkeit einer horizontalen Luftbewegung – **nachweisbar waren**. Daraus ergibt sich nicht, dass bei einem Aufenthalt auf dem Balkon Tabakrauch über die Atemluft in einem gesundheitsgefährdenden Ausmaß aufgenommen wird.“ (LG Potsdam aaO)

## III. Anspruch aus §§ 1004, 823 II BGB wegen Verstoß gegen ein Schutzgesetz

„Die **Nichtrauchenschutzgesetze** des Bundes und der Länder regeln lediglich das Verbot des Tabakrauchens in den dort genannten **vollständig umschlossenen Räumen**, vornehmlich öffentlichen Einrichtungen, Hotels, Gaststätten etc. (z.B. § 2 I, II BbgNIRSchG). Dazu gehört nicht das Rauchen in gemieteten Räumlichkeiten einschließlich mitvermieteter Balkone. Es gibt keine Regelungen, die das Rauchen und dessen Folgen in der Privatsphäre betreffen.“ (LG Potsdam aaO)

## IV. Anspruch nach den Grundsätzen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses

Ein Anspruch auf Unterlassung des Rauchens könnte sich unter dem Gesichtspunkt des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses ergeben, wobei der gerechte Ausgleich **widerstreitender Interessen von Nachbarn** in engen Ausnahmefällen auch ein Hinausgehen über gesetzliche Regelungen des Nachbarrechts erfordern kann.

„Es ist anerkannt, dass aus dem so genannten nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis als Ausprägung von § 242 BGB für den Bereich des notwendigen Zusammenlebens von Grundstücksnachbarn **Pflichten zur gegenseitigen Rücksichtnahme** für Eigentümer und Nutzungsberechtigte entspringen, die dazu führen können, die Ausübung gewisser, aus dem Eigentum sich ergebenden Rechte eines Grundstückseigentümers als unzulässig erscheinen zu lassen (BGHZ 28, 110 [114] = NJW 1958, 1580; BGHZ 28, 225 [229] = NJW 1959, 97; BGH, LM § 912 BGB Nr. 25; BGH, NJW-RR 2008, 610; Palandt/Bassenge, § 903 Rn. 13). Das Rechtsinstitut kann **in zwingenden Ausnahmefällen Rechte beschränken oder ausschließen** (BGH, NJW-RR 2003, 1313; NJW 2003, 1392) oder einen Handlungs-/Unterlassungsanspruch geben (BGH, NJW-RR 2013, 650 Rn. 6).“ (LG Potsdam aaO)

Fraglich ist jedoch, ob dieser nachbarrechtliche Anspruch überhaupt auf Mieter übertragen werden kann.

„Nach einer teilweise in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung können die Regeln des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses unter entsprechender Anwendung der Maßstäbe des § 906 I 1 BGB **auch auf das Verhältnis von Mietern eines Hauses untereinander** angewendet werden (vgl. BGH, VersR 1954, 288; OLG München, NJW-RR 1992, 1097; Staudinger/Roth, BGB, 2001, § 906 Rn. 107). Demgegenüber hat der **BGH** in seinem Urteil vom 12.12.2003 (BGH, NJW 2004, 775) die entsprechende Gewährung eines Ausgleichsanspruchs analog § 906 II 2 BGB im Verhältnis **zwischen Mietern abgelehnt** und hierbei Ausführungen gemacht, die auch die Frage der Anwendbarkeit der Regeln des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses zu betreffen scheinen.“ (LG Potsdam aaO)

Das **Verhältnis von Mietern untereinander** hat, anders als das Verhältnis benachbarter Grundstückseigentümer, **keine rechtliche Ausgestaltung** erfahren. Soweit Ansprüche untereinander bestehen, gründen diese auf das Vertragsverhältnis zum Vermieter oder beruhen auf besitzschutz- oder deliktsrechtlichen Normen.

„**Unmittelbare Schutzpflichten** der Mieter untereinander **bestehen nicht**. Eine nähere Bindung, die strukturell dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis gleiche, fehlt (BGH, NJW 2004, 775). Letztlich kann dahingestellt bleiben, ob die Regeln des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses auf das Verhältnis zwischen Mietern, soweit es um die **Bestimmung hinzunehmender Immissionen** des Nachbarn geht, entsprechend angewendet werden können. Es fehlt jedenfalls an zwingenden Gründen, nach denen es geboten sein könnte, den Bekl. zeitabschnittsweise das Rauchen auf dem von ihnen gemieteten Balkon zu untersagen. Im Verhältnis zwischen Vermieter und einem rauchenden Mieter ist im Grundsatz das **Rauchen vom vertragsgemäßen Mietgebrauch** gedeckt. Das Rauchen in einer Mietwohnung begründet nur dann eine Schadensersatzpflicht des Mieters, wenn dadurch Verschlechterungen der Wohnung verursacht werden, die sich nicht mehr durch Schönheitsreparaturen beseitigen lassen, sondern darüber hinausgehende Instandsetzungsarbeiten erfordern (BGH, NJW 2008, 1439 = GE 2008, 533).

Im Verhältnis zwischen Vermieter und dem nichtrauchenden Nachbarn des Rauchers ist streitig, ob eine **zur Mietminderung berechtigende Minderung der Gebrauchstauglichkeit vorliegt**, wenn der Mieter einer darunter liegenden Wohnung auf seinem Balkon – stark – raucht und der Rauch bei geöffnetem Fenster oder geöffneter Balkontür in die Mietwohnung dringt (bejahend LG Hamburg, NJW-RR 2012, 1362 = GE 2012, 1498; LG Berlin [ZK 67], NJW-RR 2013, 1284 = GE 2013, 810; a.A LG Berlin [ZK 63], GE 2009, 781 = BeckRS 2009, 22488).

Für den vorliegenden Fall ist zwar nachvollziehbar, dass die Kl. als strikte Nichtraucher sich durch den zeitweise aufsteigenden und auf ihrem Balkon wahrnehmbaren Tabakrauch belästigt fühlen und den Geruch als unangenehm und störend empfinden. Eine **Untersagung des Rauchens nach Zeitabschnitten** kollidiert jedoch mit dem durch **Art. 2 I GG** geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Bekl. und die **Freiheit ihrer privaten Lebensführung**.

„Dies schließt die Entscheidung ein, im **Rahmen eines sozial adäquaten Verhaltens** unabhängig von zeitlichen und mengenmäßigen Vorgaben zu rauchen. Die Ausstrahlung der Grundrechte ist im Privatrecht bei der Gesetzesauslegung und Lückenausfüllung zu berücksichtigen. Über die Generalklauseln wirken die Grundrechte in das Privatrecht ein (Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 8). Trotz der geänderten gesellschaftlichen Anschauungen und der allgemeingültigen Erkenntnisse über die Gefahren des Rauchens und Passivrauchens wird das Rauchen „im Freien“ nach wie vor akzeptiert.

Zutreffend hat das AG auch darauf abgestellt, dass es sich bei den Bekl. um keine exzessiven Raucher (Kettenraucher) handelt und es unabhängig von der konkreten Zahl der täglich gerauchten Zigaretten Zeitfenster gibt, in denen über mehrere Stunden hinweg nicht geraucht wird. Die Kl. haben somit durchaus die Möglichkeit, ihre Wohnung zu lüften. Sofern die Bekl. auf dem Balkon rauchen, beschränkt sich die Einwirkung durch den aufsteigenden Zigarettenrauch, eine entsprechend Windrichtung vorausgesetzt, auf maximal fünf Minuten pro gerauchter Zigarette. In den wenigen Fällen, wo das Interesse der Kl. an gänzlicher Freiheit von Tabakrauchbelästigungen mit dem Rauchverhalten der Bekl. kollidiert, erscheint es für die Kl. zumutbar, für diese verhältnismäßig kurzen Zeiträume das Fenster zu schließen oder einen Aufenthalt auf dem Balkon zurückzustellen.“ (LG Potsdam aaO)

## V. Ergebnis

Die Kl. haben gegen die Bekl. keine Ansprüche wegen der Belästigungen, die von dem Rauchen ausgehen.

StGB

**Staatsgefährdende Gewalttat**

StGB

§ 89a I, II Nr. 3

**Bau einer Rohrbombe**

(BGH in NJW 2014, 3459; Urteil vom 08.05.2014 – 3 StR 243/13)

1. Der 2009 in das Strafgesetzbuch eingefügte **§ 89a StGB**, der die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat unter Strafe stellt, ist **verfassungsgemäß**, muss aber **zur Wahrung der Grundsätze des Tatstrafrechts sowie des Schuldprinzips einschränkend ausgelegt** werden.
2. Der Tatbestand des **§ 89a StGB setzt voraus**, dass die **vorbereitete Tat**, nicht aber auch die Vorbereitungshandlung selbst, einen **Staatsschutzbezug aufweisen muss**.
3. Die **innere Sicherheit eines Staates** ist auch dann **beeinträchtigt**, wenn das **Vertrauen der Bevölkerung** auf den Schutz vor gewaltsamen Einwirkungen **erschüttert wird**.  
Eine **zielgerichtete Beeinträchtigung** i. S. einer Absicht ist **nicht erforderlich**; es genügt vielmehr, wenn der Täter die zur Eignung führenden Gesichtspunkte kennt und billigt.
4. Eine **irgendwie geartete Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls der Bevölkerung reicht nicht aus**; erforderlich ist, dass die **Sicherheitsbelange in vergleichbar schwerer Weise berührt** werden, wie bei den anderen Alternativen des § 120 II 1 GVG.

**Fall:** Der Angekl. informierte sich etwa seit dem Jahre 2009 näher über den Islam und entwickelte zunehmend Hass- und Rachegefühle gegen die westliche Welt, da diese aus seiner Sicht die islamische Bevölkerung und ihre Religion bekämpfe und unterdrücke. Er radikalisierte sich und baute schließlich nach den Vorgaben einer Anleitung aus dem Internet unter konspirativen Umständen eine Rohrbombe. Der Angekl. hatte einen konkreten Einsatzzeitpunkt und -ort noch nicht bestimmt; er nahm aber zumindest billigend in Kauf, diese in der Öffentlichkeit zum Einsatz zu bringen, dadurch eine unbestimmte Anzahl von Menschen zu töten und das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.

Kurz vor Fertigstellung der Sprengvorrichtung kam es zu einer Explosion, bei der die Zwischendecke des Zimmers um sechs Zentimeter angehoben wurde. Es entstanden Einbrennungen und Rußanhaftungen am Teppichboden sowie im Wand- und Deckenbereich. Die Schäden verursachten Renovierungskosten von mindestens 1.000 €. Der Angekl. selbst erlitt Verbrennungen im Gesicht und an den Unterarmen.

Der Angekl. F. könnte sich wegen Vorbereitung einer staatsgefährdenden Gewalttat nach **§ 89a I, II Nr. 3 StGB** strafbar gemacht haben.

- I. BGH aaO stellt fest, dass § 89 a StGB bei **verfassungskonformer Auslegung der Norm** mit dem Grundgesetz in Einklang steht.

im Ergebnis ebenso die bisherige obergerichtliche Rspr.; vgl. OLG Karlsruhe StV 2012, 348; KG StV 2012, 345; aus der Lit. vgl. etwa Matt/Renzikowski/Becker/Steinmetz, StGB, § 89 a Rn 4; Bader NJW 2009, 2853; Griesbaum/Walenta NSTZ 2013, 369; Wasser/Piaszek DRiZ 2008, 315; Hungerhoff, Vorfeldstrafbarkeit und Verfassung, 2013, S. 37 ff.; Kauffmann Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten, 2011, 147

Die von **Teilen des Schrifttums** (vgl. etwa AnwK/StGB-Gazeas § 89 a Rn 6 ff.; SK/StGB-Zöller 132. Lfg., § 89 a Rn 4 ff.; Backes StV 2008, 654; Beck, FS f. Paulus, 2009, S. 15, 21 ff.; Deckers/Heusel ZRP 2008, 169; Gazeas/GroßeWilde/Kießling NSTZ 2009, 593; Gierhake ZIS 2008, 397; Mitsch NJW 2008, 2295, 2298; Radtke/Steinsiek ZIS 2008, 383; dies. JR 2010, 107; Sieber NSTZ 2009, 353; Steinsiek, Terrorabwehr durch Strafrecht?, 2012, S. 311 ff.; Weißer ZStW 121 (2009), 131; Zöller GA 2010, 607 u. StV 2012, 364) erhobenen Einwände insbesondere dahin, die Vorschrift verletze den Bestimmtheitsgrundsatz, widerspreche dem Schuldprinzip, überschreite die Grenze zum Gesinnungsstrafrecht und missachte das Übermaßverbot, greifen nach BGH aaO im Ergebnis vor allem mit Blick auf den weiten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers bei der Normierung strafbaren Unrechts nicht durch.

1. Nach der **Legaldefinition des § 89 a I Nr. 2 StGB** ist eine schwere staatsgefährdende Gewalttat gesetzlich umschrieben als eine Straftat gegen das Leben in den Fällen des § 211 oder des § 212 oder gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239 a oder des § 239 b StGB, die nach den Umständen bestimmt und geeignet ist, den Bestand oder

die Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben.

„In die gesetzliche Definition **einbezogen ist somit der Staatsschutzbezug der vorbereiteten Taten**. Hinsichtlich der entsprechenden Eignung und Bestimmung ist auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen. Da die schwere staatsgefährdende Gewalttat tatsächlich noch nicht begangen wurde, kommt es - auch nach **Gesetzeswortlaut und –systematik** - nicht auf die bereits vorgenommenen Vorbereitungshandlungen, sondern auf die vorbereitete (künftige) Tat an (so auch die einhellige Literatur, vgl. etwa AnwK/StGB-Gazeas § 89 a Rn 12; SK/StGB-Zöller, 132. Lfg., § 89 a Rn 13; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, 29. Aufl., § 89 a Rn 8; s. auch BR-Dr 69/1/09, S. 2).“ (BGH aaO)

2. **Der Begriff der Sicherheit eines Staates umfasst dessen innere und äußere Sicherheit.**

Die **innere Sicherheit** ist der **Zustand relativer Ungefährdetheit** von dessen Bestand und Verfassung gegenüber gewaltsamen Aktionen innerstaatlicher Kräfte, wobei insoweit die Fähigkeit eines Staates im Zentrum steht, sich nach innen gegen Störungen zur Wehr zu setzen.

Sie wird i. d. R. beeinträchtigt sein, wenn die vorbereitete Tat, so wie der Täter sie sich vorstellt, nach den Umständen geeignet wäre, das innere Gefüge eines Staates zu beeinträchtigen. Dabei reicht es jedoch aus, wenn durch die Tat zwar nicht die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen in Mitleidenschaft gezogen wird, aber die Tat durch den ihr innewohnenden Verstoß gegen Verfassungsgrundsätze ihren besonderen Charakter gewinnt. Dies kann grds. auch der Fall sein, wenn das Vertrauen der Bevölkerung erschüttert wird, vor gewaltsamen Einwirkungen in ihrem Staat geschützt zu sein. Die erforderliche Eignung ist objektiv anhand der (gleichsam fiktiven) Umstände der vorbereiteten Tat festzustellen.

In **subjektiver Hinsicht** („bestimmt“) ist Voraussetzung, dass der Täter die **möglichen Folgen der vorbereiteten Tat in seinen Willen aufgenommen** hat. Dazu reicht es aus, dass er die tatsächlichen Umstände, welche die Eignung zur Beeinträchtigung des Schutzguts ergeben, erkannt und in seinen Willen einbezogen hat (vgl. auch KK-Hannich 7. Aufl., § 120 GVG Rn 4 c).

Im Einzelfall kann es für die Frage der Staatsgefährdung auf Einzelheiten wie etwa die Prominenz der Opfer, die Öffentlichkeit oder Symbolträchtigkeit des Ortes und die Umstände der Tathandlung ankommen (vgl. KG StV 2012, 345).

3. **Ein zielgerichtetes Handeln zur Beeinträchtigung der inneren Sicherheit** i. S. einer Absicht ist dagegen **nicht erforderlich** (st. Rspr., vgl. grundl. BGHSt 46, 238).

Soweit in der Lit. hinsichtlich der Staatsgefährdung teilweise direkter Vorsatz (dolus directus 2. Grades) gefordert wird (etwa Gazeas/Große-Wilde/Kießling NStZ 2009, 593; Matt/Renzikowski/Becker/Steinmetz, StGB, 2013, § 89 a Rn 20; NK/StGB-Paeffgen, 4. Aufl., § 89 a Rn 25; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, 28. Aufl., § 89 a Rn 17; Ha-verkamp, FS f. Schöch, 2010, S. 381, 395; Hellfeld aaO, S. 266 ff.; Hungerhoff aaO, S. 144 ff.; krit. bzgl. des Gesetzeswortlauts auch Fischer, StGB, 61. Aufl., § 89 a Rn 22), ist dem nicht zu folgen.

„Vor dem Hintergrund der aufgezeigten gefestigten Rspr. bringen die **Gesetzesformulierung** sowie die Erläuterungen in den Materialien gerade zum Ausdruck, dass das **voluntative Element des Bestimmens auch bei § 89 a StGB nicht i. S. einer Absicht zu verstehen ist**, sondern dahin, dass der Täter die zur Eignung führenden Gesichtspunkte kennt und billigt. Auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift kann Weiteres nicht entnommen werden.“ (BGH aaO)

4. **Nach BGH aaO genügt aber nicht irgendeine negative Beeinflussung des allgemeinen Sicherheitsgefühls.**

„Ein derartiger Effekt kann durch Straftaten unterschiedlichster Art – ggf. befördert durch eine entsprechende mediale Berichterstattung - eintreten und ist daher für sich allein nicht geeignet, die Voraussetzungen der Staatsschutzklausel zu erfüllen. Erforderlich ist vielmehr, dass die Belange des Staates auf dem Gebiet der inneren Sicherheit in vergleichbar schwerer Weise berührt werden, wie dies bei den weiteren Alternativen des § 120 II 1 GVG der Fall ist. Deren Voraussetzungen liegen namentlich dann vor, wenn die Tat nach den konkreten Umständen geeignet ist, das **innere Gefüge des Gesamtstaates zu beeinträchtigen** oder sich gegen Verfassungsgrundsätze richtet. Der spezifisch staatsgefährdende Charakter des vorbereiteten Delikts ist insbesondere dann zu bejahen, wenn die Tat der **Feindschaft des Täters gegen das freiheitlich-demokratische Staats- und Gesellschaftssystem** der Bundesrepublik Deutschland entspringt und er seine potentiellen Opfer nur deshalb auswählt, weil sie dieses System als Amtsträger oder in sonstiger Weise repräsentieren, oder ohne jeden persönlichen Bezug lediglich deshalb angreift, weil sie Bürger oder Einwohner der Bundesrepublik Deutschland sind oder sich im Bundesgebiet aufhalten (BGH NStZ 2010, 468). Eingedenk dieser Maßgaben wird bei einem mit der Auslegung des § 120 II 1 Nr. 3 a u. b GVG übereinstimmenden Verständnis der Norm vor dem Hintergrund des weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers das Übermaßverbot noch nicht verletzt.“ (BGH aaO)

5. Nach dem **Willen des Gesetzgebers** setzt § 89 a I StGB nicht voraus, dass der Täter ein schon im Detail geplantes Verbrechen vorbereitet. Danach brauchen weder die konkrete Art der Ausführung noch Zeit und Ort sowie potentielle Opfer festgelegt zu sein, es genügt vielmehr, dass der Deliktstyp der vorbereiteten Tat hinreichend bestimmt ist, es sich mithin nach der Vorstellung des Täters um eine Tat gegen das Leben in den Fällen des § 211 oder § 212 StGB oder gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239 a oder des § 239 b StGB handeln soll. § 89 a StGB soll in dieser Hinsicht weiter reichen als etwa die Strafausdehnungsvorschrift des § 30 StGB (BT-Dr 16/12428 S. 14).

*„Der Senat muss nicht entscheiden, ob die Anknüpfung der Strafbarkeit allein an eine derart vage Vorstellung von der vorbereiteten Tat dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** noch genügen könnte. Denn die entsprechenden Erwägungen des Gesetzgebers können schon aus einfachrechtlichen Gründen in der praktischen Rechtsanwendung nicht vollständig umgesetzt werden. Bereits die **Gesetzessystematik** schließt aus, es für die Begründung der Strafbarkeit genügen zu lassen, dass der Täter in sein Vorstellungsbild lediglich den allgemeinen Deliktstypus der von ihm vorbereiteten Tat aufnimmt. Die **Vorbereitungshandlungen des Täters** müssen **auf die Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat i. S. des § 89 a I 2 StGB gerichtet** sein. Systematisch unabdingbar ist es deshalb, dass die geplante Tat jedenfalls bereits so weit konkretisiert ist, dass überprüft werden kann, ob sie die Voraussetzungen der Staatsschutzklausel erfüllt. Hieraus folgt, dass es Feststellungen bedarf, die ausreichen, um daraus entnehmen zu können, dass die ins Auge gefasste Tat neben den in § 89 a I 2 StGB aufgeführten Deliktstypen auch die dort genannten weiteren Voraussetzungen der Norm erfüllt (vgl. auch OLG Karlsruhe StV 2012, 348).*

*Weitergehende, über das dargelegte Maß hinausgehende Anforderungen an die Konkretisierung der künftigen Tat - etwa mit Blick auf Tatort, Tatzeit und Tatopfer - ergeben sich weder aus dem **Gesetzeswortlaut** noch nach dem **Gesetzeszweck**; sie sind auch von Verfassungs wegen nicht zu fordern (im Erg. ebenso OLG Stuttgart Beschluss v. 04.02.2014 – 4 Ws 16/14; Matt/Renzikowski/Becker/Steinmetz, StGB, 2013, § 89 a Rn 20; SK/StGB-Zöller, 132. Lfg. § 89 a Rn 11; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, 29. Aufl., § 89 a Rn 17). Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit darf insoweit neben dem dargelegten, über die Vorstellungen des Gesetzgebers hinausgehenden Maß der Konkretisierung nicht aus dem Blick geraten, dass der objektive Tatbestand des § 89 a StGB eine konkrete objektive Vorbereitungshandlung erfordert, in der sich das Vorhaben des Täters manifestiert, während sich im Unterschied hierzu etwa die Vorbereitung eines Verbrechens in den Fällen des § 30 StGB im Geistig-Verbalen erschöpfen kann. Insoweit besteht eine gewisse **Parallele zwischen § 89 a StGB und § 87 StGB**. Dieser stellt das Befolgen eines Auftrags zur Vorbereitung von Sabotagehandlungen durch in § 87 I Nr. 1 bis 6 StGB abschließend aufgeführte Verhaltensweisen unter Strafe. Auch dort muss die vorbereitete Tat nicht hinsichtlich eines Tatobjekts, der Zeit und der genauen Tatausführung konkretisiert sein (Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, 29. Aufl., § 87 Rn 4).“ (BGH aaO)*

6. Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass § 89 a StGB auch Verhaltensweisen unter Strafe stellt, die von einer Verletzung oder auch nur konkreten Gefährdung der vom Gesetzgeber durch die Norm unter Schutz gestellten Rechtsgüter derart weit entfernt sind, dass ihre Pönalisierung - auch unter Berücksichtigung des Gewichts der Schutzgüter - die Grenze dessen erreicht, was unter verfassungsrechtlichen Aspekten noch als verhältnismäßig anzusehen ist.

*„Die **Strafbarkeit kann an objektive Tathandlungen anknüpfen, die per se keinen eigenen Unrechtsgehalt aufweisen**. Die Norm beschreibt in Teilen vielmehr eher **neutrale objektive Verhaltensweisen**, die für sich genommen unverdächtig sowie sozialadäquat sind und sich allein wegen der mit ihnen verbundenen, auf irgendeine Weise manifest gewordenen Intention des Täters als tatbestandsmäßig erweisen. Zudem verlagert der hier in Rede stehende § 89 a II Nr. 3 StGB die Strafbarkeit besonders weit ins Vorfeld; denn er pönalisiert das Sichverschaffen und Verwahren von Gegenständen, die für die Herstellung von Waffen, Stoffen oder Vorrichtungen der in Abs. 2 Nr. 1 bezeichneten Art wesentlich sind und stellt deshalb letztlich in der Sache ein Vorbereitungsdelikt zu dem weiteren Vorbereitungsdelikt des § 89 a II Nr. 1 StGB dar (AnwK/StGB-Gazeas, § 89 a Rn 45; MüKo-StGB/Schäfer, 2. Aufl., § 89 a Rn 45; SK/StGB-Zöller 132. Lfg., § 89 a Rn 25). Hinzu kommt, dass **an die Konkretisierung der ins Auge gefassten schweren staatsgefährdenden Gewalttat eher geringe Anforderungen** zu stellen sind. Schließlich kann der vorbereiteten Tat die von § 89 a I 2 StGB vorausgesetzte Bestimmung und Eignung nicht erst dann zukommen, wenn sie die innere Sicherheit des Staates durch eine objektive Schwächung der Leistungsfähigkeit der Sicherheitsorgane beeinträchtigen, sondern schon dann, wenn sie lediglich das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung nachhaltig erschüttern würde.*

*Zwar führt all dies auch in einer Zusammenschau noch nicht zur Verfassungswidrigkeit der Norm. Indes sähe der Senat - auch unter Berücksichtigung der durch § 89 a StGB eröffneten, weit gespannten Reaktionsmöglichkeiten auf der Rechtsfolgenseite - die Grenze zur Unverhältnismäßigkeit vor diesem Hintergrund als überschritten an, wenn es zur Begründung der Strafbarkeit auf der subjektiven Tatseite lediglich erforderlich wäre, dass es der Täter nur für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, das von ihm ins Auge gefasste Vorhaben auch umzusetzen. Dem kann indes durch eine **verfassungskonforme Restriktion des subjektiven Tatbestands** Rechnung getragen werden. Aus den genannten Gründen ist es zur Wahrung der Grundsätze des Tatstrafrechts sowie des **Schuldprinzips** und damit **elementarer Garantien des Grundgesetzes** erforderlich, dass der Täter bei der Vornahme der in § 89 a II StGB normierten Vorbereitungshandlungen zur Begehung der schweren staatsgefährdenden Gewalttat bereits fest entschlossen ist. Bezüglich des „Ob“ der Bege-*

hung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat genügt somit bedingter Vorsatz nicht (so auch NK/StGB-Paeffgen, 4. Aufl., § 89 a Rn 22 f.). Bei einem derartigen Verständnis werden die unter Umständen sozialneutralen objektiven Tathandlungen durch den manifest gewordenen, unbedingten Willen des Täters zur Durchführung der - wenn auch nur in Umrissen konkretisierten - geplanten schweren staatsgefährdenden Gewalttat derart verknüpft, dass noch eine abstrakte Gefährdung der durch § 89 a StGB geschützten gewichtigen Rechtsgüter in einem Maße erkennbar wird, das eine Strafverfolgung des Täters zu legitimieren geeignet ist.“ (BGH aaO)

7. Dieser Auslegung des § 89 a StGB steht dessen Wortlaut nicht entgegen; denn er schließt jedenfalls ein Verständnis dahin nicht aus, dass der **Täter zur Ausführung der von ihm vorbereiteten Tat fest entschlossen** sein muss.

Allerdings findet sich in den **Gesetzesmaterialien** zu § 89 a II Nr. 4 StGB, der die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat durch deren Finanzierung unter Strafe stellt, ein Hinweis, der dahin verstanden werden kann, insoweit genüge der bedingte Vorsatz des Täters, dass der Dritte, dem er die erheblichen Vermögenswerte zur Verfügung stellt, die damit vorbereitete schwere staatsgefährdende Gewalttat begeht (BT-Dr 16/12428 S. 15).

Ähnlich wird im **Schrifttum** teilweise danach unterschieden, ob die vorbereitete Tat durch den Vorbereitungstäter selbst oder durch einen Dritten begangen werden soll; in letztgenanntem Fall reiche der bedingte Vorsatz des „Vorbereitungstäters“ aus, dass der Dritte die vorbereitete Tat ausführe (s. etwa Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, 29. Aufl., § 89 a Rn 17 m. w. Nachw.).

- II. Die **Voraussetzungen des objektiven Tatbestands** des § 89 a I, II Nr. 3 i. V. mit Nr. 1 StGB sind erfüllt.

1. Der Angekl. beging eine der **in § 89 a II StGB bezeichneten Tathandlungen**, indem er sich Gegenstände und Stoffe verschaffte, die für die Herstellung einer Vorrichtung der in Abs. 2 Nr. 1 bezeichneten Art, nämlich von Rohrbomben als Sprengvorrichtungen, wesentlich sind (§ 89 a II Nr. 3 StGB).

„Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Wesentlichkeit im Rahmen einer **wertenden Gesamtschau** im Einzelfall zu beurteilen und dann zu bejahen sein, wenn die Gegenstände oder Stoffe im Falle ihrer Zusammenfügung oder technischen Manipulation ein taugliches Kampfmittel oder eine taugliche Vorrichtung im Sinne des § 89 a II Nr. 1 StGB ergeben; das Fehlen von Kleinteilen von untergeordneter Bedeutung wie einer oder mehrerer Schrauben oder Drähte soll die „Vollendung“ des Tatbestands nicht hindern (BT-Dr 16/12428 S. 15). Danach besteht jedenfalls hier an der Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens des Angekl. kein Zweifel. Er hatte sich bereits alle für den Bau der Sprengvorrichtung erforderlichen Einzelteile beschafft und schon mit deren Bau begonnen.“ (BGH aaO)

2. Die von dem Angekl. ins Auge gefasste **Tat war bereits ausreichend konkretisiert**.

„Der Angekl. plante nicht nur allgemein ein Tötungsdelikt i. S. von § 211 oder § 212 StGB. Vielmehr war sein Tun darauf gerichtet, aus **Hass auf die westliche Welt** eine Sprengvorrichtung herzustellen und diese in einer Menschenmenge zur Explosion zu bringen, um eine **unbestimmte Anzahl von Personen zu töten**. Damit standen Tatwerkzeug, Art der Tatausführung und die groben Umrisse der Tatumstände sowie die Tatmotivation fest. Dies genügt zur Prüfung, ob die Tat die Anforderungen des § 89 a I 2 StGB erfüllt. Ohne Bedeutung ist demgegenüber, dass weder die genaue Tatzeit und der genaue Tatort bestimmt noch die möglichen Opfer individualisiert waren; insbesondere der letztgenannte Umstand ist bei einem Anschlag auf willkürlich ausgewählte Personen für die Tat gerade nicht von Belang (vgl. zu § 49 a I StGB a. F. BGHSt 15, 276).“ (BGH aaO)

3. Die **Vorbereitungshandlungen** des Angekl. **richteten sich auf eine schwere staatsgefährdende Gewalttat**, sie war bestimmt und geeignet, die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland durch eine nachhaltige Erschütterung des Sicherheitsgefühls der Bevölkerung zu beeinträchtigen.

„Die Tätigkeiten des Angekl. waren auf die Begehung eines Sprengstoffanschlags in einer Menschenmenge gerichtet. Anlass war der Hass des radikal-islamistisch eingestellten Angekl. wegen der von ihm als beleidigend wahrgenommenen Behandlung von Muslimen in der westlichen Welt. Die **potentiellen, zufälligen Opfer repräsentierten** lediglich die **westliche Welt als solche**, ein persönlicher Konflikt mit oder ein Kontakt zu ihnen bestand von Seiten des Angekl. nicht. Aufgrund eines derartigen Attentats wären in der Bevölkerung Zweifel entstanden, ob die Sicherheitsbehörden in der Bundesrepublik Deutschland in der Lage sind, solche Verbrechen zu verhindern. Im Ergebnis gilt deshalb nichts anderes, als bei der Fallgestaltung, die der Entscheidung des Senats vom 22.12.2000 zugrunde lag (BGHSt 46, 238; eher für eine Differenzierung zwischen Minderheiten und der Gesamtbevölkerung KG StV 2012, 345): Während dort aufgrund des tiefen Ausländerhasses zufällig ausgewählte Ausländer Opfer der Tat waren, wären hier unbestimmte Menschen infolge der Hass- und Rachegefühle gegen die westliche Welt die Geschädigten gewesen. Beiden Fallgestaltungen ist gemeinsam, dass das **Leben der Mitglieder einer anderen Gruppe in den Augen der Täter keinen Wert**

hatte und beide Taten über den engeren örtlichen Bereich der (möglichen) Tatbegehung hinaus in der gesamten Bundesrepublik ein allgemeines Klima der Angst vor willkürlichen, grundlosen tätlichen Angriffen und eine Unsicherheit darüber auslösen konnten, ob das Leben in diesem Staat noch sicher ist (vgl. i. E. zu diesen Gesichtspunkten BGHSt 46, 238).“ (BGH aaO)

III. Zur **Verwirklichung des subjektiven Tatbestands** reicht **bedingter Vorsatz** aus.

vgl. AnwK/StGB-Gazeas, § 89 a Rn 59; Matt/Renzikowski/Becker/Steinmetz, StGB, § 89 a Rn 20; MüKo-StGB/Schäfer, 2. Aufl., § 89 a Rn 57 ff.; SK/StGB-Zöller, 132. Lfg., § 89 a Rn 30; wohl auch Sieber NSTZ 2009, 353

Vorliegend stellt sich jedoch die Frage, ob der Angekl. **zur Ausführung der von ihm vorbereiteten Tat** tatsächlich **bereits fest entschlossen** war. Im Ergebnis wird dies von BGH aaO verneint.

„Die StrK hat zunächst festgestellt, der Angekl. habe es „zumindest billigend in Kauf genommen“, die Sprengvorrichtung nach der Herstellung auch in der Öffentlichkeit zum Einsatz zu bringen. Im Rahmen der Beweiswürdigung heißt es, es bestehe kein Zweifel daran, dass der Angekl. sich in einem Umfang radikalisiert habe, der ihn „dazu veranlasst habe“, sich alle notwendigen Bestandteile zur Herstellung von Rohrbomben zu verschaffen und zumindest eine dieser Sprengvorrichtungen im öffentlichen Raum zur Explosion zu bringen. Sodann hat das LG ausgeführt, der Angekl. habe „billigend damit gerechnet“, die herzustellenden Rohrbomben später in der Öffentlichkeit zum Einsatz zu bringen. Schließlich hat es formuliert, der Angekl. habe „in sein Bewusstsein aufgenommen“, mittels der Rohrbomben mindestens einen Sprengstoffanschlag in der Öffentlichkeit durchzuführen. Er habe „das Ziel verfolgt“, seiner Kritik Ausdruck zu verleihen, und „zur Umsetzung dieses Ziels“ den Tod von mehreren Menschen in Kauf genommen.

Diese - nicht deckungsgleichen - Ausführungen belegen auch in ihrer Gesamtheit nicht den festen Entschluss des Angekl., die Sprengvorrichtung in einer Menschenmenge zur Explosion zu bringen.“ (BGH aaO)

StGB

**Massenschlägerei**

StGB

§§ 223, 224, 228

**Sittenwidrigkeit wechselseitiger Körperverletzungen**

(OLG München in NStZ 2014, 706; Urteil vom 26.09.2013 – 4 StRR 150/13)

1. Eine **Körperverletzungshandlung** kann **trotz vorliegender Einwilligung** aufgrund der konkreten, die Tatausführung begleitenden Umstände **gegen die guten Sitten verstoßen und rechtswidrig sein**.
2. Die Sittenwidrigkeit wechselseitiger Körperverletzungen bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen kann sich trotz fehlender konkreter Lebensgefahr sowohl aus der **unkontrollierbaren Eskalationsgefahr des Tatgeschehens** mit nicht ausschließbaren gravierenden Körperverletzungsfolgen bis hin zu einer konkreten Lebensgefahr bzgl. einzelner Teilnehmer als auch aus einer **konkret gegebenen Gefährdung von Rechtsgütern Dritter** ergeben.
3. Der **Schutz des Selbstbestimmungsrechts** über die eigene körperliche Integrität kann nur soweit gehen, als dadurch **keine Grundrechte Dritter beeinträchtigt** werden. Bei der Wahl des öffentlichen Verkehrsraums als „Austragungsort“ einer konsentierten Prügelei ist **absehbar, dass unbeteiligte Dritte in die tätlichen Auseinandersetzungen mit hineingezogen** und in ihren Rechten, insbesondere in ihrer Willensentschlussfreiheit und der körperlichen Integrität verletzt werden.

**Fall:** Der Angekl. A ist Mitglied der dem TSV 1860 München nahestehenden Fangruppierung „Cosa Nostra“. Anlässlich eines Fußballspiels traf er sich mit ca. 50 bis 60 weiteren Mitgliedern zwei Stunden vor Spielbeginn in einer Gaststätte in Stadionnähe. Parallel trafen sich ca. 120 dem FC Bayern München nahestehende, überwiegend der Fangruppierung „Schickeria“ zuzurechnende Fans in einer weiteren Gaststätte nahe dem Stadion. In der Folge begingen die Mitglieder beider Gruppierungen in stillschweigend erteiltem, wechselseitigem Einvernehmen Tötlichkeiten. Alle Beteiligten waren sich des Risikos von Verletzungen, die sie infolge der vorhersehbar kurzen Kämpfe erleiden konnten, bewusst und erklärten sich mit Verletzungsfolgen wie kurzzeitigen Schmerzen oder Hämatomen stillschweigend einverstanden.

Der A und zwei weitere TSV-Anhänger nahmen den Kampf mit drei Bayern-Fans auf, die sich ihnen kampfbereit in den Weg gestellt hatten. A versetzte seinem Gegner dabei u.a. einen Faustschlag ins Gesicht. Später befand sich der A mitten in einem Tumult der verfeindeten Fan-Blöcke. Ein stürzender Bayern-Anhänger riss das Fahrrad einer Passantin zu Boden, die daraufhin zu Fall kam. Der A und die anderen Mitglieder der „Cosa Nostra“ flüchteten nunmehr. Da Mitglieder der beiden Gruppierungen ohne Rücksichtnahme auf den fließenden Verkehr auf die Fahrbahn traten bzw. auf der Fahrbahn Tötlichkeiten ausübten, bestand die Gefahr, dass Verkehrsteilnehmer zu Schaden kommen oder aber, dass unbeteiligte Passanten in die tätliche Auseinandersetzung hineingeraten würden.

Der Angekl. A könnte sich wegen **vorsätzlicher und versuchter Körperverletzung gem. §§ 223, 22, 23 StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Der Angekl. hat mit den ihm zur Last liegenden gewaltsamen Tathandlungen den **objektiven Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung verwirklicht**, denn § 223 StGB stellt jedes das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht unerheblich beeinträchtigende üble oder unangemessene Behandeln einer anderen Person unter Strafe (Fischer, StGB, 60. Aufl., § 223 Rn 4).
- II. **Fraglich** ist aber, **ob** eine die **Rechtswidrigkeit** gem. § 228 StGB **ausschließende Einwilligung** der verletzten Person bzw. Personen in die Körperverletzungshandlungen des Angekl. und die damit verbundene Verneinung eines Verstoßes gegen die guten Sitten **gegeben** ist.
  1. **Trotz** Vorliegens einer **Einwilligung** ist eine **nach § 223 StGB tatbestandsmäßige Körperverletzung gem. § 228 StGB nicht gerechtfertigt, wenn die Tat** (und nicht die Einwilligung, vgl. BGH Urteil v. 26.05.2004, 2 StR 505/03, zitiert nach juris Rn 16; Fischer aaO, § 228 Rn 8 f.) **gegen die guten Sitten verstößt**.

Eine Körperverletzung trotz Einwilligung des Geschädigten ist nur dann sittenwidrig, wenn sie auch bei grds. Anerkennung des Verfügungsrechts über die eigene Körperintegrität nach Ziel, Beweggründen, Mittel und Art der Verletzung **gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt** und ihr deshalb die rechtliche Billigung nach der für das Zusammenleben grundlegenden Ordnung zu

versagen ist (BayObLG Beschluss v. 07.09.1998 – 5 StRR 153/98 zitiert nach juris Rn 14).

2. Die Sittenwidrigkeit einer Körperverletzung beurteilt sich vorrangig anhand der **Art und des Gewichts des eingetretenen Körperverletzungserfolgs** sowie des damit einhergehenden **Gefahrengrades für Leib und Leben des Opfers** (BGH Urteil v. 26.05.2004 aaO; Fischer aaO, Rn 9 a).

„Eine Körperverletzung ist jedenfalls dann sittenwidrig, wenn bei **objektiver ex-ante Betrachtung** unter Einbeziehung aller maßgeblichen Umstände die einwilligende Person durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird (BGH aaO), da bei (drohenden) gravierenden Verletzungen i. S. des § 226 StGB der **staatliche Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Rechtsgutshabers** ohne Weiteres zu legitimieren ist (BGH Urteil v. 26.05.2004 aaO; Schönke/Schröder, StGB, § 228 Rn 5); ab einem bestimmten Grad der körperlichen Beeinträchtigung oder einer möglichen Lebensgefahr kann der Einwilligung grds. keine rechtfertigende Wirkung mehr zukommen.“ (OLG München aaO)

3. Jedoch beurteilt sich die **Sittenwidrigkeit i. S. von § 228 StGB** nicht ausschließlich danach, ob **durch die Tat im Ergebnis eine konkrete Lebensgefahr eingetreten** ist.

„Die **Grenze zur Sittenwidrigkeit** kann auch aus anderen, für die Bewertung der Rechtsgutsgefährlichkeit relevanten tatsächlichen Umständen der Tatbegehung überschritten werden.

So sind bei **tätlichen Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen** insbesondere auch die **Auswirkungen und Interaktionen gruppenspezifischer Prozesse** wie etwa die Unkontrollierbarkeit und Eskalationsgefahr der **Gesamtsituation** aufgrund der Beeinflussung innerhalb einer Gruppe und zwischen den konkurrierenden Gruppen trotz fehlender konkreter Lebensgefahr bei der Bewertung des Grades der Gefährlichkeit einer Körperverletzung zu berücksichtigen (BGH Beschluss v. 20.02.2013 - 1 StR 585/12, zitiert nach juris Rn 10).“ (OLG München aaO)

4. Für die Beurteilung des Gefährlichkeitsgrades einer Körperverletzung ist in zeitlicher Hinsicht eine **ex-ante Betrachtung maßgeblich**.

„Insoweit **laufen der Tatbestand der Einwilligung und ihre Rechtswirkungen parallel**. Der Einwilligende muss eine zutreffende Vorstellung vom voraussichtlichen Verlauf und den zu erwartenden Folgen des Angriffs haben, um wirksam einwilligen zu können (Fischer aaO Rn 5; Christian Jäger JA 2013, 634).“ (OLG München aaO)

5. Die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung kann auch bei der Gefahr erheblicher gesundheitlicher Beeinträchtigungen ausscheiden, wenn die Einwilligung auf der Basis eines solche **Körperverletzungen gestattenden Regelwerkes**, z. B. im Rahmen von sportlichen Wettkämpfen, erklärt wird. In einem solchen Fall ist der Körperverletzungserfolg nur dann nicht mehr von der Einwilligung gedeckt, wenn das **Tatverhalten in grob fahrlässiger Art und Weise von den Wettkampffregeln abweicht** (Schönke/Schröder, StGB, § 228 Rn 14).

6. Im Ergebnis sind auch bei konsentierten Körperverletzungshandlungen die konkreten, die **Tatdurchführung begleitenden Umstände zu berücksichtigen**, was vorliegend zu dem Ergebnis führt, dass die Tathandlung des Angekl. trotz der Einwilligung der Verletzten gegen die guten Sitten verstößt.

- a) Die Sittenwidrigkeit der wechselseitigen Körperverletzungen ergibt sich dabei sowohl aus der – ex ante zu beurteilenden – **unkontrollierbaren Eskalationsgefahr des Tatgeschehens** mit nicht ausschließbaren **gravierenden Körperverletzungserfolgen** bis hin zu einer konkreten Lebensgefahr bezüglich einzelner Teilnehmer als auch aus der konkret gegebenen Gefährdung von Rechtsgütern Dritter.

„Die teilnehmenden Personen haben zwar im Vorhinein vereinbart, dass sie sich gegenseitig keine erheblichen Körperverletzungen zufügen werden, jedoch haben sie in keiner Weise vorab sichergestellt, dass die zwischen ihnen vereinbarten Regeln auch tatsächlich eingehalten werden.

Eine **konkrete Eskalationsgefahr** ergab sich darüber hinaus aus der hohen Anzahl von teilnehmenden Personen und aus dem Ort des Geschehens mitten im öffentlichen Straßenverkehrsraum auf dem M.-R. an einer der verkehrsreichsten Stellen M.

Mangels konkretem Regelwerk und **fehlender Überwachung der Auseinandersetzung** (z. B. durch unparteiische Schiedsrichter) handelte es sich nicht um einen einvernehmlich geführten „Schlagabtausch“ zweier rivalisierender Fangruppen, sondern um eine unkontrollierte und **unkontrollierbare gruppenspezifische Massenprügelei**, deren erhebliches **Gefährlichkeitspotential mit großer Eskalationsgefahr** durch die vorher getroffene Vereinbarung nicht in ausreichender Weise eingegrenzt werden konnte.

Aus ex-ante Sicht bestand für die Teilnehmer aufgrund der hohen Anzahl an beteiligten Personen eine konkrete Gefahr erheblicher Körperverletzungen bis hin zu einer konkreten Todesgefahr, denn

es lässt sich bei derartigen Massenprügeleien im Vorhinein nicht mit der notwendigen Sicherheit ausschließen, dass Körperverletzungshandlungen gegen bereits geschlagene, nicht mehr effektiv zur Abwehr fähige Beteiligte fortgeführt werden oder dass sich innerhalb der Auseinandersetzung unterschiedliche Anzahlen von Kämpfern der jeweiligen Gruppen gegenüberstehen.

Fehlen Absprachen und effektive Sicherungen für deren Einhaltung, die bei wechselseitigen Körperverletzungen zwischen rivalisierenden Gruppen den Grad der Gefährdung der Rechtsgüter Leben und Gesundheit der Beteiligten auf ein vor dem Hintergrund des Selbstbestimmungsrechts von Seiten des Staates tolerierbares Maß begrenzen, verstoßen die Taten somit trotz der Einwilligung der Verletzten selbst dann gegen die guten Sitten (§ 228 StGB), wenn mit den einzelnen Körperverletzungserfolgen keine konkrete Todesgefahr verbunden war.“ (OLG München aaO)

- b) Ein Verstoß gegen die „guten Sitten“ ergibt sich vorliegend darüber hinaus auch aus dem Aspekt der **Gefährdung von Rechtsgütern Dritter**.

„Zum einen wurden zahlreiche Verkehrsteilnehmer genötigt, mitten auf einer der verkehrsreichsten Straßen ... anzuhalten, zum anderen wurde eine unbeteiligte Person in ihrer körperlichen Integrität beeinträchtigt, als sie vom Fahrrad fiel, nachdem sie sich der Auseinandersetzung genähert hatte.

Eine **Gefahr der Beeinträchtigung von Rechtsgütern anderer Verkehrsteilnehmer** war aus der maßgebenden ex-ante Sicht gegeben: Bei der Wahl des öffentlichen Verkehrsraums als „Austragungsort“ der Auseinandersetzung bestand von Anfang an ein **besonders hohes Gefährdungspotential für Rechtsgüter Dritter**. Es war absehbar, dass unbeteiligte Dritte in die Auseinandersetzung mit hineingezogen und in ihren Rechten, insbesondere in ihrer Willensentschlussfreiheit und der körperlichen Integrität verletzt würden.

Eine Körperverletzungshandlung, die mit einer erheblichen Gefahr der Beeinträchtigung von Rechten Dritter verbunden ist, ist sittenwidrig i. S. des § 228 StGB. Die vorab erklärte Einwilligung des Verletzten ist rechtsunwirksam, denn die **grds. garantierte individuelle Verfügungsfreiheit des Einzelnen muss** in einem solchen Fall **hinter den Schutz von Drittinteressen zurücktreten** (vgl. Schönke/Schröder, StGB, § 228 Rn 1). Der **Schutz des Selbstbestimmungsrechts über die eigene körperliche Integrität** kann nämlich **nur soweit** gehen, **als dadurch keine Grundrechte Dritter beeinträchtigt werden**. Eine **verfassungskonforme Auslegung des § 228 StGB** erfordert nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz einen gerechten Ausgleich zwischen dem in Art. 2 I GG verbürgten Selbstbestimmungsrecht jedes Einzelnen und den ebenfalls grundgesetzlich geschützten Rechten Dritter auf körperliche Integrität und Willensentschlussfreiheit.“ (OLG München aaO)

(OVG Münster in DÖV 2014, 986; Beschluss vom 28.04.2014 – 10 A 1018/13)

1. Auch im Bauordnungsrecht muss sich nach den zum so genannten **Anscheinsstörer** entwickelten Grundsätzen im Einzelfall derjenige als Ordnungspflichtiger behandeln lassen, der nach außen hin als **Bauherr auftritt** und sich aus der Sicht der Bauaufsichtsbehörde **auch so benimmt**.
2. Die Pflicht der Bauaufsichtsbehörde, den für eine Entscheidung nach § 61 I 2 BauO NRW **maßgeblichen Sachverhalt zu ermitteln**, findet ihre Grenzen in den Mitwirkungsobliegenheiten der im Verwaltungsverfahren Beteiligten.

**Fall** Der Kläger begehrt die Aufhebung einer Ordnungsverfügung der Beklagten vom 25.06.2012, mit der ihm die Nutzung der im Erdgeschoss des Gebäudes G. Straße 328 in F. gelegenen Räume (im Folgenden: Räume) zur Vermittlung von Wetten untersagt worden ist. Er wendet sich in erster Linie gegen die Auffassung des Verwaltungsgerichts, wonach er für die Nutzung der Räume verantwortlich und damit als Störer der richtige Adressat der Ordnungsverfügung sei. Diese Auffassung lasse außer Acht, dass in den Räumen eine gewerbliche Wettannahmestelle auf die K. GmbH angemeldet sei, die als Betreiberin und Mieterin die tatsächliche Gewalt über die Räume ausgeübt habe und ausübe und bereits im Zeitpunkt des Erlasses der Ordnungsverfügung alleinige Handlungsstörerin gewesen sei. Die Beklagte habe allein aufgrund der Angaben in dem von ihm gestellten Bauantrag nicht davon ausgehen dürfen, dass er selbst der Betreiber der Wettannahmestelle und Nutzer der Räume sei. Zur Ermittlung des richtigen Adressaten der Ordnungsverfügung hätte es genügt, einen Auszug aus dem Gewereregister einzuholen. Da die Beklagte dies unterlassen habe, liege hinsichtlich der Störerauswahl ein Ermessensfehler vor. Nichts deute darauf hin, dass er selbst als natürliche Person im Zusammenhang mit dem Betrieb der Wettannahmestelle Handlungsstörer sein könnte. Vielmehr sei allein die K. GmbH für die beanstandete formell illegale Nutzung der Räume verantwortlich. Sein eigenes Handeln als Geschäftsführer sei der K. GmbH zwar zuzurechnen, doch sei er in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der K. GmbH zu keiner Zeit in Anspruch genommen worden. Es sei auch nicht im Interesse einer effektiven Gefahrenabwehr erforderlich und geboten gewesen, gegen ihn persönlich vorzugehen. Darüber hinaus werde in den Räumen kein Wettbüro, sondern eine Wettannahmestelle betrieben. Eine solche Wettannahmestelle, die ihre Besucher nicht zum Verweilen einlade, gehöre zu den im reinen Wohngebiet zulässigen Läden. Eine pauschale Untersagung einer „Wettvermittlung“ sei daher nicht zulässig. Insoweit liege sowohl ein Bestimmtheitsmangel der Ordnungsverfügung als auch ein Ermessensfehler vor. Ferner hätte die Genehmigungsfähigkeit einer von der Sportsbar getrennt betriebenen Wettannahmestelle berücksichtigt werden müssen. Trifft die Rechtsauffassung des Klägers zu?

Die Behörde hat eine Nutzungsuntersagung nach § 61 I 2 BauO NW ausgesprochen, um einen festgestellten baurechtswidrigen Zustand zu beenden. Für eine solche Bauordnungsverfügung gelten ergänzend die Regelungen des allgemeinen Ordnungsrechts. Die Störereigenschaft des Ordnungspflichtigen gehört daher auch zu den Eingriffsvoraussetzungen des § 61 I 2 BauO NW.

### I. Verhaltensstörer, § 17 OBG NW

Störer ist nach § 17 OBG NW, wer durch sein Verhalten eine konkrete Gefahr unmittelbar verursacht und nach § 18 OBG NW, wer für eine Sache verantwortlich ist, von deren Zustand eine Gefahr ausgeht. Hier geht es nicht um den Zustand einer baulichen Anlage, sondern um die Art der Nutzung, also ein Verhalten. Daher ist der Kläger grundsätzlich nur dann Störer, wenn er die entsprechende Nutzung vornimmt. Dies ist jedoch tatsächlich nicht der Fall.

*„[Der] Kläger [hat] nach dem Beschluss des Senates vom 21.12.2012 Unterlagen vorgelegt, die die Stellung der K. GmbH als Mieterin der Räume und als Arbeitgeberin für das dort beschäftigte Personal und damit ihre **bauordnungsrechtliche Verantwortlichkeit** für die formell illegale Nutzung der Räume belegen.“* (OVG Münster aaO)

### II. Anscheinsstörer

Die Behörde ist jedoch fälschlich davon ausgegangen, dass der Kläger der tatsächliche Nutzer ist. Fraglich ist daher, ob sie ihn nach den Grundsätzen über die Anscheinsstörerhaftung in Anspruch nehmen kann.

*„Im Bauordnungsrecht gelten die im Polizei- und Ordnungsrecht zum so genannten Anscheinsstörer entwickelten Grundsätze ebenfalls (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.02.2013 - 2 A 1674/10 -; OVG des Saarlandes, Beschluss vom 02.07.2012 - 2 A 446/11 -; VG München, Urteil vom 28.05.1996 - M 1 K 94.3966 -, juris). [Auch] derjenige muss sich nach ordnungsrechtlichem Verständnis als Ordnungspflichtiger behandeln lassen, der nach außen hin als Bauherr auftritt und sich aus Sicht der Bauaufsichtsbehörde auch so benimmt.“* (OVG Münster aaO)

Es kommt also darauf an, ob der Kläger nach außen als Bauherr aufgetreten ist und die Bauaufsichtsbehörde in auch dafür halten durfte.

„Aus Sicht der Beklagten sprachen im Zeitpunkt des Erlasses der Ordnungsverfügung am 25.06.2012 **alle äußeren Umstände** dafür, dass der **Kläger selbst die ungenehmigte Nutzung der Räume zu verantworten** hatte. So hatte der Kläger in dem gegen ihn eingeleiteten bauaufsichtlichen Ordnungsverfahren zu keinem Zeitpunkt die K. GmbH als Betreiberin eines mit der ungenehmigten Nutzung der Räume in Verbindung zu bringenden Gewerbes oder als Inhaberin der tatsächlichen Gewalt über diese Räume benannt oder überhaupt einen Hinweis auf eine juristische Person gegeben, für die er handele. Er hat vielmehr mit dem **im eigenen Namen gestellten Bauantrag** zur Legalisierung der ungenehmigten Nutzung der Räume, mit seinem Verhalten in dem gegen ihn wegen der ungenehmigten Nutzung der Räume betriebenen Ordnungswidrigkeitenverfahren und anlässlich der behördlichen Kontrollen vor Ort, mit seinen Reaktionen auf das im bauaufsichtlichen Ordnungsverfahren **an ihn als natürliche Person gerichtete Anhörungsschreiben** sowie mit der Bevollmächtigung seiner Prozessbevollmächtigten im eigenen Namen gegenüber der Beklagten den Anschein erweckt, selbst verantwortlicher Betreiber des Wettbüros zu sein, und zugleich die tatsächlichen Betriebsverhältnisse verschleierte. Die **Beklagte durfte daher im Zeitpunkt des Erlasses der Ordnungsverfügung** mangels irgendwelcher Anhaltspunkte für die Existenz eines für die ungenehmigte Nutzung der Räume eigentlich verantwortlichen Dritten, **davon ausgehen**, dass der Kläger persönlich tatsächlich und rechtlich in der Lage sein werde, dem ihm gegenüber ausgesprochenen Nutzungsverbot Folge zu leisten und so den mit der ungenehmigten Nutzung der Räume bestehenden baurechtswidrigen Zustand zu beenden.“ (OVG Münster aaO)

### III. Ermessenausübung

Hierbei müsste die Inanspruchnahme der Kläger als Anscheinsstörer aber auch ermessensgerecht gewesen sein. Die Beklagte könnte insofern ihr **Störerauswahlermessen fehlerhaft** betätigt haben, indem sie den Kläger und nicht die K. GmbH in Anspruch genommen hat. Allerdings hatte sie von deren Existenz auch keine Kenntnis. Gleichwohl könnte sich die Beklagte hierauf nicht berufen, wenn sie Kenntnis hätte haben müssen und diese nur deshalb fehlte, weil die Beklagte ihren Pflichten zur Sachverhaltsaufklärung nicht hinreichend nachgekommen ist.

#### 1. Pflicht zur Sachverhaltsermittlung, § 24 I VwVfG NW

„Die Nichtberücksichtigung der K. GmbH kann ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden. Denn sie war entgegen der Ansicht des Klägers **nicht nach § 24 I VwVfG NW verpflichtet, weitere Ermittlungen** in Bezug auf den für die festgestellte illegale Nutzung der Räume Verantwortlichen anzustellen. Soweit der Kläger meint, die Beklagte sei **im Vorfeld der Störerauswahl** zur Einsichtnahme in das städtische Gewerbeverzeichnis verpflichtet gewesen, um dort gegebenenfalls Informationen über den verantwortlichen Nutzer aufzufinden, überspannt er die **Anforderungen**, die **an eine behördliche Sachverhaltsaufklärung** zu stellen sind. Deren Umfang bestimmt sich maßgeblich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles und korreliert mit der Mitwirkungspflicht der Beteiligten aus § 26 II VwVfG NW.

Allerdings ist es im Rahmen des in § 24 I VwVfG NW verankerten **Untersuchungsgrundsatzes** grundsätzlich Sache der Behörde, den für die Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt im Verwaltungsverfahren zu ermitteln und festzustellen, vgl. OVG NRW; Urteil vom 18.02.2010 - 10 A 1013/08 -, juris, wobei Art und Umfang der Ermittlungen im Verantwortungsbereich der Behörde liegen und von den formellen und materiellen Voraussetzungen der von der Behörde beabsichtigten Entscheidung abhängen. Sie muss die entscheidungserheblichen Tatsachen und Umstände soweit aufklären, dass die Voraussetzungen für den Abschluss des Verwaltungsverfahrens zu ihrer Überzeugung vorliegen.“ (OVG Münster aaO)

Gegen diese Grundsätze hat die Beklagte jedoch nicht verstoßen. Denn die behördliche Aufklärungspflicht findet dort ihre Grenzen, wo ein Beteiligter oder sein Vertreter zu Fragen Aufklärung geben kann, dies aber unterlässt, obwohl ihm die Bedeutung für das Verfahren bewusst sein muss und die **Aufklärung von ihm erwartet werden kann**, weil sie ihm zumutbar ist.

„Diese **Mitwirkungsobliegenheit** erstreckt sich insbesondere auf solche Tatsachen, die für den Betroffenen günstig sind und die die **Behörde nicht ohne weiteres festzustellen** vermag (vgl. Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Auflage, § 24 Rn. 28; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn. 12f, jeweils mit weiteren Nachweisen). Die Beklagte hatte hier nach den oben beschriebenen Umständen **keine Veranlassung**, an der Verantwortlichkeit des Klägers für die ungenehmigte Nutzung der Räume **zu zweifeln**. Für diesen war auch klar erkennbar, dass die Beklagte ihn aufgrund dieser Umstände persönlich für den allein Verantwortlichen hielt und beabsichtigte mit den Mitteln des Bauordnungsrechts gegen ihn vorzugehen. In dieser Situation oblag es dem Kläger, die gegen seine bauordnungsrechtliche Inanspruchnahme sprechenden, für ihn günstigen Tatsachen offenzulegen, statt die Beklagte in ihrem durch sein eigenes Verhalten hervorgerufenen Irrtum zu belassen oder diesen sogar noch zu verstärken.“ (OVG Münster aaO)

## 2. Entgegenstehen von Rechten Dritten

Die Inanspruchnahme des Klägers war jedoch rechtswidrig, wenn Rechte Dritte der Befolgung der Ordnungsverfügung entgegenstehen. So solche dritte Person kommt hier die K. GmbH als Mieterin in Betracht.

*„[Mit] der Nutzungsuntersagungsverfügung wird von ihm **nichts rechtlich Unmögliches** verlangt. Als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der K. GmbH ist der Kläger auch privatrechtlich zur Aufgabe der ungenehmigten Nutzung der Räume ohne Weiteres in der Lage. Sollten gleichwohl bei der Vollstreckung der Ordnungsverfügung Maßnahmen gegen die K. GmbH erforderlich werden, ließen sich diese nachholen. Für die Rechtmäßigkeit der Ordnungsverfügung ist dies ohne Bedeutung.“* (OVG Münster aaO)

Die Inanspruchnahme des Klägers war demnach auch nicht wegen etwaiger entgegenstehender Rechte Dritter - der K. GmbH - ausgeschlossen.

## 3. Fehlen der Erforderlichkeit

Fraglich ist, ob die Maßnahme vielleicht wegen des Fehlens der Erforderlichkeit unverhältnismäßig und damit ermessenfehlerhaft ist. Die Nutzungsuntersagung ist nur erforderlich, wenn kein milderer Mittel gleicher Eignung gibt, um den baurechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Als solches mildere Mittel kommt regelmäßig die Genehmigung der formell illegalen Nutzung in Betracht.

*„Angesichts dessen, dass der Kläger mit der auf die Räume bezogenen Bauvoranfrage vom 09.02.2012 lediglich eine Nutzungsänderung von „Ladenlokal in eine Sportsbar (Gastronomie)“ gestellt hat, liegen seine Ausführungen zur vermeintlichen Genehmigungsfähigkeit der untersagten Nutzung der Räume als Wettbüro und dem daraus angeblich folgenden Ermessensfehler erkennbar neben der Sache. Der Senat hat bereits in dem oben erwähnten Beschluss im zugehörigen Eilverfahren ausgeführt, dass die Nutzungsuntersagung mit Blick auf die mögliche Genehmigungsfähigkeit der untersagten Nutzung nur dann ermessenfehlerhaft wäre, wenn für die Nutzung ein bescheidungsfähiger Bauantrag vorläge und dieser aus Sicht der Beklagten genehmigungsfähig wäre.“* (OVG Münster aaO)

## IV. Ergebnis

Der Kläger wurde von der Beklagten zu Recht durch das an ihn gerichtete Nutzungsverbot als Ordnungspflichtiger in Anspruch genommen.

(BVerwG in NVwZ 2014, 1573; Urteil vom 14.05.2014 – 6 A 3/13)

1. Ein Vereinsverbot kann von der in Anspruch genommenen Vereinigung **in einem weiteren Umfang der gerichtlichen Kontrolle zugeführt** werden als von Personen, die von der Verbotsbehörde als Vereinsmitglieder angesehen werden.
2. Die **Begriffsmerkmale** eines Vereins im Sinne des Vereinsgesetzes sind **weit auszulegen**.
3. Ein **religiöser Verein** kann nur dann als verfassungswidrig beurteilt werden, wenn er sich nicht darauf beschränkt, sich mit religiös begründeten, im Widerspruch zu grundlegenden Verfassungsprinzipien stehenden Lehren als Glaubensinhalt zu befassen und in diesem Sinne für sie zu werben, sondern die **konkrete Umsetzung dieser Lehren** oder aus ihnen hergeleiteter Verhaltenspflichten **in Deutschland propagiert**.

**Fall:** Die Kl., die „DawaFFM“ (Kl. zu 1) und der „Internationale Jugendverein – Dar al Schabab e. V.“ (Kl. zu 2), wenden sich gegen ein von dem Bundesministerium des Innern erlassenes Vereinsverbot.

Die Kl. zu 1 ist nicht im Vereinsregister eingetragen, eine Satzung ist nicht bekannt. Der Kl. zu 2 ist ein eingetragener Verein mit Sitz in Frankfurt a. M. Nach seiner Satzung sieht er seinen Hauptzweck in der Errichtung, Ausstattung und Unterhaltung einer Moschee des sunnitischen Glaubenzweigs in Frankfurt a. M., will aber auch Jugendliche durch nachhaltige Jugendarbeit an eine ethische Lebensweise heranführen.

Das Bundesministerium des Innern stellte mit Verfügung vom 25.02.2013 fest, dass sich die Kl. zu 1 als Verein im Sinne des Vereinsgesetzes mit dem Kl. zu 2, der eine Teilorganisation dieses Vereins darstelle, gegen die verfassungsmäßige Ordnung und den Gedanken der Völkerverständigung richte. Die Kl. seien verboten und würden aufgelöst. Hiergegen wenden die Kl. sich. Mit Erfolg?

Die Klagen haben Erfolg, wenn sie zulässig und Begründet sind.

## I. Zulässigkeit der Klagen

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

Es müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht angehören. Hier sind Vereinsverbote nach dem Vereinsgesetz ergangen. Hierbei handelt es sich ohne weiteres um Regelungen, welche die Behörde berechtigten und verpflichten, die also öffentlich-rechtlich sind. Da auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

### 2. Zuständigkeit des Gerichts

Für Klagen gegen Vereinsverbote des Bundesinnenministeriums ist das BVerwG nach § 50 I Nr. 2 VwGO erstinstanzlich zuständig.

### 3. Statthaftigkeit der Klage

Bei den Vereinsverboten handelt es sich um belastende Verwaltungsakte, gegen die mit der Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Fall vorgegangen werden kann.

### 4. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Die Klagebefugnis könnte sich aus der Adressatentheorie ergeben, wonach der Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes stets in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt sein kann und damit immer nach § 42 II VwGO klagebefugt ist. Fraglich ist jedoch, ob dies hinsichtlich aller in der Klagebegründung enthaltener Gesichtspunkte gilt.

*„Nach der Rechtsprechung des BVerwG zu Vereinsverboten kann ein solches Verbot **von der in Anspruch genommenen Vereinigung in einem weiteren Umfang** der gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden als von den Personen, die von der Verbotsbehörde als Vereinsmitglieder angesehen werden. Einzelne Personen haben eine Klagebefugnis nur dann, wenn die Verbotsverfügung zu ihren Händen ergangen ist und sie in materieller Hinsicht geltend machen, sie bildeten keinen Verein i.S.d. § 2 I VereinsG. Trifft dieser Einwand*

zu, ist die Verfügung aufzuheben, ansonsten ist die Klage abzuweisen. Eine Überprüfung des Vorliegens von Verbotgründen nach § 3 I VereinsG i.V.m. Art. 9 II GG kann in einem solchen Verfahren nicht erreicht werden (vgl. BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 34, S. 34; BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 45 Rn. 5 = BeckRS 2008, 37334; BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 54 = NVwZ 2011, 372 Rn. 14, und BVerwG, Beschl. v. 06.01.2014 – 6 B 60/13, BeckRS 2014, 46341 Rn. 16). Ist die **Vereinseigenschaft einer Personengruppierung unstreitig** und wird die materielle Rechtmäßigkeit der Verbotsverfügung im Übrigen angegriffen, insbesondere die Verwirklichung von Verbotgründen in Frage gestellt, ist zur **Anfechtung der Verfügung nur die verbotene Vereinigung selbst befugt**, nicht hingegen ein Mitglied (BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 7, S. 2 = BeckRS 1984, 31313766; BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 34, S. 34; BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 39, S. 67 = BeckRS 2003, 23121; BVerwG, NVwZ 2006, 214 [216]; BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 45 = BeckRS 2008, 37334 Rn. 5; BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 54 = NVwZ 2011, 372 Rn. 14, und BVerwG, Beschl. v. 06.01.2014 – 6 B 60/13, BeckRS 2014, 46341 Rn. 16). Eine **als Verein** im Sinne des Vereinsgesetzes **in Anspruch genommene Gruppierung** kann schließlich auch das Vereinsverbot in nach § 42 II VwGO zulässiger Weise sowohl mit der Begründung anfechten, die Voraussetzungen eines Vereins i.S.d. § 2 I VereinsG lägen nicht vor, so dass die Verbotsverfügung schon aus diesem Grund aufzuheben sei, als auch geltend machen, die Verfügung sei im Übrigen, insbesondere mangels Erfüllung eines Verbotgrunds materiell rechtswidrig (vgl. BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 34, S. 34, und BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 54 = NVwZ 2011, 372 Rn. 14). Die von der Kl. zu 1 erhobene Klage ist in die zuletzt genannte Fallgruppe einzuordnen.“ (BVerwG aaO)

Die Kl. zu 1 ist i.S.d. § 42 II VwGO befugt, die Verbotsverfügung unter allen in der Klagebegründung enthaltenen Gesichtspunkten anzugreifen. Für den Kl. zu 2 als eingetragenen Verein und als Adressat der Verfügung gilt dies ohne weiteres.

## 5. Beteiligtenfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit des Kl. zu 2 als eingetragenen Verein ergibt sich ohne weiteres aus § 61 Nr. 1 VwGO. Aber auch die Kl. zu 1 ist nach § 61 Nr. 2 VwGO beteiligungsfähig.

„Sie wird im Verfahren durch die in der Verbotsverfügung als Repräsentanten genannten Personen vertreten. Dies folgt aus dem in § 54 S. 1 i.V.m. §§ 709, 710, 714 BGB enthaltenen Grundsatz, dass den Mitgliedern eines nicht rechtsfähigen Vereins die Geschäftsführung und Vertretung gemeinschaftlich zusteht, sofern – wie hier – nichts Anderes vereinbart wurde (dazu allgemein: BVerwG, NVwZ 2013, 521 Rn. 4).“ (BVerwG aaO)

## 6. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Hinsichtlich des Vorliegens der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken.

## II. Begründetheit der Klagen

Die Klagen sind nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die Verbotsverfügung des Bundesministeriums des Innern vom 25.02.2013 rechtswidrig ist und die Kl. in ihren Rechten verletzt (§ 113 I 1 VwGO).

### 1. Klage der Kl. zu 1

Die Verbotsverfügung gegenüber der Kl. zu 1 könnte rechtswidrig sein.

#### a) Ermächtigungsgrundlage

„Rechtsgrundlage für das Verbot der Kl. zu 1 ist § 3 I 1 VereinsG i.V.m. Art. 9 II GG. Nach Art. 9 II GG sind Vereinigungen verboten, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten. Gemäß § 3 I 1 VereinsG darf ein Verein erst dann als verboten behandelt werden, wenn durch Verfügung der Verbotsbehörde festgestellt ist, dass der Verein einen der Verbotgründe des Art. 9 II GG erfüllt; zugleich mit dieser Feststellung ordnet die Verbotsbehörde die Auflösung des Vereins an.

Das Verbot des Kl. zu 2 findet seine Rechtsgrundlage in § 3 III 1 und 2 VereinsG. Danach erstreckt sich das Verbot eines Vereins auf seine nichtgebietlichen Teilorganisationen mit eigener Rechtspersönlichkeit, wenn diese in der Verbotsverfügung ausdrücklich benannt sind.“ (BVerwG aaO)

#### b) formelle Rechtswidrigkeit

Die Verfügungen sind formell rechtmäßig.

„Das Bundesministerium des Innern hat bei dem Erlass der Verfügung nicht gegen Bestimmungen des formellen Rechts verstoßen. Es hat insbesondere seine Zuständigkeit gewahrt [§ 3 II 1 Nr. 2 VereinsG]

und in nicht zu beanstandender Weise [§ 28 II Nr. 1 VwVfG] von einer Anhörung der Kl. abgesehen. [wird ausgeführt]“ (BVerwG aaO)

### c) materielle Rechtswidrigkeit

Die Verbotsverfügung ist materiell rechtswidrig, wenn die Voraussetzungen für ein Vereinsverbot nicht vorliegen.

#### aa) Qualifizierung der Kl. zu 1 als Verein

Die Kl. zu 1. unterfällt dem Recht der Vereinsverbote, wenn sie die Merkmale eines Vereins nach der in § 2 I VereinsG enthaltenen Begriffsbestimmung erfüllt. Danach ist ein Verein im Sinne des Gesetzes ohne Rücksicht auf die Rechtsform jede **Vereinigung**, zu der sich eine **Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig** zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat.

„Die **Begriffsmerkmale** des § 2 I VereinsG sind **weit auszulegen**. Dies ist in der Instanzrechtsprechung (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1993, 25; OVG Lüneburg, DVBl 2013, 1406 [1407f.] = BeckRS 2013, 55386, und dazu: BVerwG, Beschl. v. 06.01.2014 – 6 B 60/13, BeckRS 2014, 46341 Rn. 11 f.) und im Schrifttum (Groh in Das Deutsche Bundesrecht, Vereinsgesetz, Stand März 2014, I F 10, § 2 Rn. 2 ff.; Wache in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Vereinsgesetz IV, Stand November 2013, V 52, § 2 Rn. 2 ff.) zu Recht nicht umstritten. Eine weite Auslegung entspricht einerseits dem gefahrenabwehrrechtlichen Zweck des Vereinsgesetzes. Sie dient andererseits dem Schutz der Vereinigungsfreiheit, da die Existenz einer Vereinigung, die die Voraussetzungen eines Vereins i.S.d. § 2 I VereinsG erfüllt, nur gem. § 3 I VereinsG und nach Feststellung des Vorliegens eines Verbotsgrunds nach Art. 9 II GG beendet werden darf (vgl. BT-Drs. 4/430, 13).

Auch bei einer extensiven Interpretation des Vereinsbegriffs kann zwar ein Zusammenschluss von Personen nur dann angenommen werden, wenn diese sich durch einen **konstitutiven Akt** verbunden haben. Jedoch dürfen an die Qualität dieses Aktes keine hohen Anforderungen gestellt werden. Eine **stillschweigende Übereinkunft reicht aus**. Hinsichtlich des gemeinsamen Zwecks genügt eine **faktische Übereinstimmung über die wesentlichen Ziele** des Zusammenschlusses, gleichviel worin diese Ziele bestehen. Die vom Willen der einzelnen Mitglieder losgelöste und organisierte Gesamtwillensbildung, der die Mitglieder kraft der Verbandsdisziplin untergeordnet sein müssen, **erfordert weder eine Satzung noch spezifische Vereinsorgane**. Ausreichend ist eine Organisationsstruktur, die faktisch auf eine organisierte Willensbildung schließen lässt. Das Vorliegen sämtlicher Begriffsmerkmale kann aus Indizien hergeleitet werden.

Nach diesen Maßgaben können die Kl. die Vereinseigenschaft der Kl. zu 1 nicht mit Erfolg in Abrede stellen. [wird ausgeführt]“ (BVerwG aaO)

#### bb) besondere Anforderungen bei religiösen Vereinen

Hat ein Verein einen religiösen Charakter, kann er sich auf das Grundrecht der **religiösen Vereinigungsfreiheit** berufen kann, die von dem Grundrecht der Religionsfreiheit aus Art. 4 I und II GG umfasst wird (BVerfGE 83, 341 [354] = NJW 1991, 2623 = NVwZ 1991, 1072 Ls.; BVerfGE 105, 279 [293 f.] = NJW 2002, 2626 = NVwZ 2002, 1495 Ls.). Am religiösen Charakter der Kl. zu 1 bestehen keine Bedenken. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die in § 3 I 1 VereinsG i.V.m. Art. 9 II GG geregelten Verbotsgründe nicht anwendbar wären.

„Denn diesen Gründen unterfallen nach der Rechtsprechung des Senats (BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 44 = NVwZ 2006, 694 Rn. 12 = NJW 2006, 1990 Ls.) **auch Religionsgesellschaften i.S.d. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV**, so dass ihre Anwendung auf die im Vergleich mit den Religionsgesellschaften weniger schützenswerten religiösen Vereine erst recht geboten ist. Jedoch kommt der religiösen Vereinigungsfreiheit auch dann besonderes Gewicht zu, wenn sich der Staat mit religiösen Vereinen auseinander zusetzen hat, die sich ihm sowie seiner Verfassungs- und Rechtsordnung gegenüber kritisch verhalten. Sie beeinflusst auch dann die Prüfung, ob der religiöse Verein im konkreten Fall einen Verbotsgrund erfüllt hat. Das **Verbot** muss sich unter **Berücksichtigung der religiösen Vereinigungsfreiheit** zu dem mit ihm bezweckten **Schutz von Verfassungsgütern als unerlässlich** erweisen. Dadurch wird zugleich den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der **Verhältnismäßigkeit** Rechnung getragen (vgl. dazu: BVerfG, Kammerbeschluss, NJW 2004, 47 [48] = NVwZ 2004, 472 Ls.; BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 35, S. 46 = NVwZ 2003, 986 = NJW 2003, 3073 Ls., und BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 44 = NVwZ 2006, 694 Rn. 12 f. = NJW 2006, 1990 Ls.).“ (BVerwG aaO)

### cc) Richten gegen die verfassungsmäßige Ordnung

Die Kl. zu 1 könnte sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richten und damit den Verbotsgrund des § 3 I 1 Alt. 2 VereinsG i.V.m. Art. 9 II GG Alt. 2 GG erfüllen.

#### (1) Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung

„Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehören vor allem die **Achtung vor** den im Grundgesetz konkretisierten **Menschenrechten** sowie das **demokratische Prinzip** mit der Verantwortlichkeit der Regierung, das Mehrparteienprinzip und das Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer **Opposition** (vgl. aus der neueren Rechtsprechung des Senats: BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 55 = NVwZ-RR 2011, 14 Rn. 13, und BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 59 = NVwZ 2013, 870 Rn. 13). Mit diesen Gewährleistungen eng verbunden und damit von dem Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung umfasst ist das **Rechtsstaatsprinzip** (BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 35, S. 43 = NVwZ 2003, 986 = NJW 2003, 3073 Ls.).

Das Verbot einer Vereinigung ist **nicht** schon dann gerechtfertigt, wenn diese die verfassungsmäßige Ordnung **lediglich ablehnt** und ihr andere Grundsätze entgegenstellt. Die Vereinigung muss ihre verfassungsfeindlichen **Ziele vielmehr kämpferisch-aggressiv** verwirklichen wollen. Dies ist nicht erst dann zu bejahen, wenn die Vereinigung ihre Ziele durch Gewaltanwendung oder sonstige Rechtsverletzungen zu verwirklichen sucht; es genügt, dass sie die **verfassungsmäßige Ordnung fortlaufend untergraben** will. Dabei lassen sich die gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichteten Ziele einer Vereinigung vor allem ihrem Auftreten in der Öffentlichkeit, ihren Publikationen sowie den Äußerungen und der Grundeinstellung ihrer Funktionsträger entnehmen.“ (BVerwG aaO)

#### (2) Anwendung auf den Fall

Nach dem Gesamtbild richtet sich die Kl. zu 1 gegen die verfassungsmäßige Ordnung.

„Sie erfüllt die Voraussetzungen des Verbotsgrunds aus § 3 I 1 Alt. 2 VereinsG i.V.m. Art. 9 II GG Alt. 2 GG, weil sie nicht nur auf der Scharia beruhende, im Widerspruch zur Verfassungsordnung des Grundgesetzes stehende Lehren als Glaubensinhalt vertritt und für sie wirbt, sondern auch auf die Umsetzung dieser Lehren oder aus ihnen hergeleiteter Verhaltenspflichten in Deutschland hinwirkt und dabei eine kämpferisch-aggressive Haltung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung einnimmt, die ihren Charakter prägt und die Beendigung ihrer Existenz als Verein als unerlässlich erscheinen lässt. [wird ausgeführt]“ (BVerwG aaO)

### dd) Richten gegen den Gedanken der Völkerverständigung

Die Kl. zu 1 könnte sich auch gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten und damit den Verbotsgrund des § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i.V.m. Art. 9 II Alt. 3 GG erfüllen.

#### (1) Begriff der Völkerverständigung

Die objektiven Voraussetzungen des Verbotsgrunds der Völkerverständigungswidrigkeit sind erfüllt, wenn die Tätigkeit oder der Zweck einer Vereinigung geeignet ist, den Gedanken der Völkerverständigung zu beeinträchtigen.

„Das ist nicht nur dann der Fall, wenn der Zweck oder die Tätigkeit darauf gerichtet ist, das **friedliche Zusammenleben der Völker** i.S.v. Art. 26 I 1 GG zu stören. Vielmehr richtet sich ein Verein auch dann gegen den Gedanken der Völkerverständigung, wenn sein Zweck oder seine Tätigkeit der **friedlichen Überwindung der Interessengegensätze von Völkern zuwiderläuft**. Dies ist vor allem dann gegeben, wenn Gewalt in das Verhältnis von Völkern hineingetragen und insbesondere zur **Tötung von Menschen** aufgefordert wird. In einem solchen Fall ist es für die Erfüllung des objektiven Verbotstatbestandes nicht erforderlich, dass der Verein selbst Gewalt ausübt. Der Verbotsgrund bezieht sich nicht nur auf die friedlichen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu fremden Völkern, sondern auch auf den Frieden zwischen diesen. Der Verbotstatbestand ist nur erfüllt, wenn der Zweck oder die Tätigkeit des Vereins geeignet ist, den Gedanken der Völkerverständigung **schwerwiegend, ernst und nachhaltig zu beeinträchtigen**. Auch muss die Völkerverständigungswidrigkeit, um ein Verbot rechtfertigen zu können, den **Charakter des Vereins prägen**. Wenn das objektiv gegen den Gedanken der Völkerverständigung gerichtete Verhalten von einem entsprechenden Willen der Vereinigung getragen wird, ist der Verbotsgrund in subjektiver Hinsicht verwirklicht (vgl. insgesamt: BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 41, S. 79 f.,

83 = NVwZ 2005, 1435; BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 53 = NVwZ 2010, 1372 Rn. 44).“ (BVerwG aaO)

## (2) Anwendung auf den Fall

Das Gesamtbild der Kl. zu 1 rechtfertigt auch den Schluss, dass sie sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung richtet.

*„Die Voraussetzungen des Verbotssgrunds aus § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i.V.m. Art. 9 II Alt. 3 GG verwirklicht die Kl. zu 1 in objektiver und subjektiver Hinsicht, weil sie – wie bereits ausgeführt – staatlichen Einrichtungen Deutschlands oder deutschen Staatsbürgern mit Gewalt droht sowie zu solcher Gewalt aufstachelt sowie darüber hinaus den gewaltsamen Dschihad jedenfalls in von religionsbezogenen Auseinandersetzungen betroffenen Staaten durch Äußerungen eines führenden Mitglieds sowie die Verbreitung von gewaltverherrlichenden Kampfgesängen und Gebeten mit der Bitte um die Vernichtung von andersgläubigen Menschen und Völkern befürwortet und von Deutschland aus unterstützt und dadurch den*

*Gedanken der Völkerverständigung schwerwiegend, ernst und nachhaltig in einer den Charakter des Vereins prägenden Weise beeinträchtigt. [wird ausgeführt]“ (BVerwG aaO)*

## ee) Verhältnismäßigkeit

Fraglich ist, ob neben dem Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen auch noch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu prüfen ist.

*„Nach der **Rechtsprechung** des Senats (vgl. etwa: BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 59 = NVwZ 2013, 870 Rn. 56; BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 60 = NVwZ 2013, 521 Rn. 34) sind nach der **durch Art. 9 II GG vorgegebenen Struktur des Vereinsverbots** (vgl. dazu: BVerfGE 80, 244 [253 f.] = NJW 1990, 37 = NVwZ 1990, 156 Ls.) **Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit** eines Verbots auf der Rechtsfolgenseite des § 3 I 1 VereinsG in der Regel – und so auch hier – **ausgeschlossen**. Den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist auf der Tatbestandsseite der Norm bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen eines Verbotssgrunds erfüllt sind, Rechnung zu tragen. Dies ist, wie aus den bisherigen Darlegungen ersichtlich, geschehen.“ (BVerwG aaO)*

## 2. Klage des Kl. zu 2

Der Kl. zu 2 wird, ohne dass es der Erfüllung eines Verbotssgrunds durch ihn selbst bedarf, von dem Verbot der Kl. zu 1 erfasst, weil er i.S.d. § 3 III 1 VereinsG eine Teilorganisation der Kl. zu 1 darstellt und wegen seiner nicht gebietlichen Struktur und seiner eigenen Rechtspersönlichkeit von dem Bundesministerium des Innern gem. § 3 III 2 VereinsG in der angefochtenen Verbotsverfügung ausdrücklich benannt worden ist.

*„Nach § 3 III 1 VereinsG sind **Teilorganisationen** diejenigen Organisationen, die einem Verein derart **eingliedert** sind, dass sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse als Gliederung dieses Vereins erscheinen. Voraussetzung für eine Teilorganisation ist eine **Identität zwischen dem Verein als Ganzen und seiner Gliederung**. Die Gliederung muss tatsächlich in die Gesamtorganisation eingebunden sein und im Wesentlichen von ihr beherrscht werden. Eine totale organisatorische Eingliederung etwa in dem Sinne, dass ausschließlich Mitglieder oder Sympathisanten der Gesamtorganisation der Teilorganisation angehören dürfen, ist nicht notwendig. Indizien für eine Einbindung können sich aus der personellen Zusammensetzung der Vereinigungen, ihrer Geschichte, ihrem Selbstverständnis und ihren Zielen, ihrer Tätigkeit und Finanzierung sowie aus Verflechtungen bei der Willensbildung und aus Weisungsgegebenheiten ergeben. Es ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen. Dabei können auch Indizien, die für sich genommen als nicht zwingend erscheinen mögen, in ihrer Summe eine Qualifikation als Teilorganisation rechtfertigen (BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 49 = NVwZ 2010, 455 Rn. 17, und BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 52 = NVwZ-RR 2010, 562 Rn. 27; für Teilorganisationen von Religionsgesellschaften: BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 36, S. 49 = NVwZ 2003, 990 = NJW 2003, 3073 Ls.).*

*Nach diesen Maßstäben ergibt sich die Eigenschaft des Kl. zu 2 als Teilorganisation der Kl. zu 1 aus den zwischen ihm und der Kl. zu 1 bestehenden personellen und finanziellen Verflechtungen. [wird ausgeführt]“ (BVerwG aaO)*

## Kurzauslese I

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

BGB  
§§ 241 II, 626 I

### Kündigung eines Arbeitsverhältnisses Androhung der Durchsetzung von umstrittenen Forderungen

BGB

(BAG in DB 2014, 2777 = NZA2014, 1258; Urteil vom 08.05.2014 – 14 Sa 1178/12)

Droht der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber **nachteilige Folgen** mit dem Ziel **an**, umstrittene eigene Forderungen durchzusetzen, **kann darin** nach den Umständen des Einzelfalls **eine erhebliche, die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigende Verletzung seiner Pflicht liegen**, auf berechnigte Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen.

„Eine auf ein solches Verhalten gestützte Kündigung setzt regelmäßig die **Widerrechtlichkeit der Drohung** voraus. Unbeachtlich ist demgegenüber, ob das Verhalten den Straftatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) erfüllt. Auch eine nicht strafbare, gleichwohl erhebliche Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten kann einen wichtigen Grund i. S. von § 626 I BGB bilden (BAGE 142, 188 = NZA 2013, 199 = NJW 2013, 635 m. w. Nachw.).

Eine Drohung setzt objektiv die Ankündigung eines zukünftigen Übels voraus, dessen Zufügung in irgendeiner Weise als von der Macht des Ankündigenden abhängig hingestellt wird (BAG NZA-RR 2012, 129). Sie muss nicht ausdrücklich ausgesprochen werden. Die Drohung kann auch versteckt erfolgen, bspw. durch eine Warnung oder einen Hinweis auf nachteilige Folgen (vgl. BAG NZA 1996, 875; BGH NJW-RR 1996, 1281). **Als Übel genügt jeder Nachteil**. Das In-Aussicht-Stellen eines zukünftigen Übels ist widerrechtlich, wenn entweder das Mittel, d. h. das angedrohte Verhalten, oder der Zweck, d. h. die erwartete Willenserklärung, oder jedenfalls der Einsatz des fraglichen Mittels zu dem fraglichen Zweck von der Rechtsordnung nicht gedeckt ist (vgl. BAG NZA 1999, 417 = NJW 1999, 2059).

Dem Arbeitnehmer ist es auf Grund der **dem Arbeitsvertrag immanenten Pflicht zur Rücksichtnahme** verwehrt, sich ohne Einverständnis des Arbeitgebers betriebliche Unterlagen oder Daten anzueignen oder diese für betriebsfremde Zwecke zu vervielfältigen. Betreffen die Unterlagen ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, ist die Herstellung einer verkörperten Wiedergabe gem. § 17 II Nr. 1b UWG sogar strafbewehrt, wenn dies zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zu Gunsten eines Dritten oder in der Absicht geschieht, **dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen**. Verstößt der Arbeitnehmer rechtswidrig und schuldhaft gegen diese Vorgaben, kann darin ein wichtiger Grund i. S. des § 626 I BGB liegen. Ob eine außerordentliche Kündigung berechnigt ist, hängt insbesondere von der Motivation des Arbeitnehmers und möglichen nachteiligen Folgen für den Arbeitgeber ab (vgl. BAG BeckRS 1982, 04958).

Im Streitfall hat der Kl. ohne Einverständnis der Bekl. Fotokopien verschiedener, den Geschäftsbetrieb der Bekl. betreffender Rechnungen und Schecks hergestellt, ohne dass hierfür ein **dienstliches Bedürfnis** bestanden hätte. Selbst wenn er die Kopien ausschließlich zu seiner Rechtsverteidigung hat verwenden wollen und verwandt hat, durfte das LAG daraus nicht ohne Weiteres auf eine Wahrnehmung berechtigter Interessen schließen. Dem **Rechtsschutzinteresse** einer Partei, die sich nicht im Besitz prozessrelevanter Urkunden befindet, trägt das Gesetz mit den Regelungen zur Vorlagepflicht in § 142 ZPO und § 424 ZPO Rechnung. Besondere Umstände, auf Grund derer der Kl. hätte annehmen dürfen, ein entsprechendes prozessuales Vorgehen sei von vornherein aussichtslos, sind nicht festgestellt.“ (BAG aaO)

BGB  
§ 280 I 1

### Abwehr einer unberechnigten Kündigung Erstattung von Anwaltskosten

BGB

(BGH in ZMR 2014, 963; Urteil vom 04.06.2014 – VIII ZR 289/13)

Der **schuldhaft eine materiell unbegründete Kündigung aussprechende Vermieter haftet** dem Mieter **auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten**, die dieser zur **Abwehr der Kündigung** aufwendet.

„Der mit der Widerklage geltend gemachte, auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichtete **Schadensersatzanspruch** des Bekl. ist aus § 280 I 1 BGB begründet. Der Vermieter, der schuldhaft eine materiell unbegründete Kündigung ausspricht und dem Mieter auf diese Weise sein **Besitzrecht grundlos streitig macht**, verletzt vertragliche Nebenpflichten aus dem Mietvertrag (BGHZ 89, 296 = NJW 1984, 1028; BGH NJW 1988, 126; BGH NZM 1998, 718).“ (BGH aaO)

BGB  
§§ 546, 546a, 271 II, 293

### Wohnungsrückgabe Pflicht des Vermieters zur vorzeitigen Schlüsselrücknahme

BGB

(LG Bonn in NJW-RR 2014, 1420; Urteil vom 05.06.2014 – 6 S 173/13)

Ein Mieter ist **grds. dazu berechnigt, den Rückgabeanspruch aus § 546 BGB bereits vor Vertragsende zu erfüllen** mit der Folge des Eintritts des Annahmeverzugs bei Ablehnung der angebotenen Schlüsselübergabe.

„Der **Mieter** ist gem. § 271 II BGB zur **vorzeitigen Rückgabe der Mietsache, also schon vor Vertragsende, grds. berechnigt** (vgl. zutr. Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl., § 546 Rn. 77); der Mieter darf bereits vor Fälligkeit des Anspruchs aus § 546 BGB erfüllen (vgl. zu dieser Voraussetzung im Hinblick auf § 293 BGB Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 293 Rn. 8) und vermag daher den Vermieter durch ein Angebot der Schlüsselübergabe in **Annahmeverzug** zu setzen, soweit der Vermieter die Entgegennahme ablehnt. Der Mieter hat also in der Regel ein Recht zur vorzeitigen Rückgabe der Mietsache, **es sei denn, durch eine vorzeitige Leistung würde in die Rechte oder rechtlich geschützten Interessen des Gläubigers eingegriffen** (zutr. Schmidt-Futterer, § 546 Rn. 77). Dies folgt auch daraus, dass der **Mieter, der grds. zum Gebrauch der Mietsache nicht verpflichtet** ist, deren Übernahme bei Vertragsbeginn ablehnen kann, ohne in Schuldnerverzug zu geraten.

Aus den Vereinbarungen der Parteien oder den **berechtigten Interessen des Vermieters** kann sich zwar etwas Anderes ergeben, aber hierfür bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte – insbesondere ist nicht ersichtlich, dass der Kl. ein besonderes (für die Bekl. auch erkennbares) Interesse hinsichtlich der Wahrnehmung der Obhutspflicht durch die Bekl. bis zum Vertragsende gehabt hätte.

Soweit der Kl. gegen diese rechtliche Würdigung mit der Rspr. des OLG Düsseldorf (VersR 1989, 46), des KG (NZM 2000, 92), des OLG Dresden (NJW-RR 2001, 79 = NZM 2000, 827) und mit der Lit.-Meinung von Lamme (Wohnraummietrecht, § 546 Rn. 11), Roth (Bamberger/Roth, BGB, § 546 Rn. 19) und Bieber (MüKo-BGB, § 546 Rn. 16) argumentiert, wobei diese Auffassungen teilweise danach differenzieren, welcher Zeitraum zwischen Rückgabeangebot und Vertragsende liegt, rechtfertigt dies keine abweichende Beurteilung. Die Kammer ist mit Streyl der Auffassung, dass der Anspruch aus § 546 BGB grds. unabhängig vom Zeitraum bis zum Vertragsende erfüllbar ist und dass der Mieter bereits vor Vertragsende erfüllen darf, sofern keine besonderen Umstände vorliegen. Die (etwaige) Gegenauffassung (jedenfalls das KG verneint schlechthin undifferenziert ein Erfüllungsrecht des Mieters vor Vertragsende – dort Übergabeangebot eine Woche vor Weihnachten, Vertragsende 31.12.) steht nach Auffassung der Kammer insbesondere nicht im Einklang mit § 271 II BGB, wonach der Schuldner im Zweifel vor der vertraglich bestimmten Zeit (hier dem Vertragsende) leisten darf.“ (LG Bonn aaO)

BGB  
§ 737 S. 1

### Gesellschafterkündigung Fortbestand einer zweigliedrigen Gesellschaft

BGB

(OLG Koblenz in ZIP 2014, 2086; Urteil vom 15.07.2014 – 3 U 1462/12)

Bei einer **zweigliedrigen Gesellschaft** ist die **Ausschließung eines Gesellschafters unter Fortbestand der Gesellschaft grds. nicht möglich**, denn § 737 BGB, der den Ausschluss eines Gesellschafters behandelt, ist nicht unmittelbar anwendbar. Bei einer zweigliedrigen GbR steht den Mitgesellschaftern jedoch analog § 737 S. 1 BGB, § 140 I 2 HGB ein durch einseitige Erklärung auszuübendes Übernahmerecht zu, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Fall der Kündigung eine Übernahme- oder Fortsetzungsklausel enthält.

„Für die **Beurteilung, ob ein wichtiger Grund angenommen werden kann, gelten strengste Anforderungen**. Die Ausschließung eines Gesellschafters muss unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls das äußerste Mittel darstellen, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden und von dem ausscheidenden Gesellschafter drohende Gefahren zu begegnen (Baumbach/Hopt-Roth, HGB, 36. Auflage 2014, § 140 Rn. 6; § 133 Rn. 5 f; BGHZ 16, 317 = WM 1955, 437). Der **wichtige Grund** muss auf solchen **Umständen in der Person des Gesellschafters** gründen, die die **Fortsetzung der Gesellschaft mit ihm für den Mitgesellschafter unzumutbar** machen. Maßgebend ist namentlich im Fall der **Zerstörung des Vertrauensverhältnisses** unter den Gesellschaftern eine **Würdigung der Gesamtumstände** des Einzelfalls, bei der auch das **Verhalten der Mitgesellschafter zu berücksichtigen** ist (BGH NJW 2006, 844). Kommen auch Pflichtwidrigkeiten der den Ausschluss erklärenden Mitgesellschafter in Betracht, setzt der Ausschluss eine „**überwiegende Verursachung des Zerwürfnisses**“ durch den **auszuschließenden Gesellschafter** voraus (BGH NZG 2003, 625). Beispiele für wichtige Gründe können sein: Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen oder unberechtigte zur Aushöhung des Gesellschaftsvermögens vorgenommene Entnahmen in der Erwartung der Trennung von der Gesellschaft (BGHZ 80, 346 = NJW 1981, 985 f = WM 1981, 936; Baumbach/Hopt-Roth aaO, § 140 Rn. 7).“ (OLG Koblenz aaO)

StGB  
§§ 52, 53

### Mehrheitliche Tatbegehung Umfang des jeweiligen Tatbeitrags

StGB

(BGH in BeckRS 2014, 19395; Urteil vom 13.02.2014 – III ZR 311/13)

Sind an einer **Deliktserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt**, ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, **bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden**.

„**Maßgeblich** ist dabei der **Umfang des erbrachten Tatbeitrags**. Leistet ein Mittäter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten - soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt - als **tatmehrheitlich** begangen zuzurechnen. Fehlt es an einer solchen **individuellen Tatförderung**, erbringt der Täter aber im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeltaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung i. S. des § 52 I StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte **tatmehrheitlich** begangen haben (st. Rspr., vgl. nur BGH NstZ 2014, 702 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

StGB  
§§ 86a, 3, 9

### Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen Tatort

StGB

(BGH in FD-StrafR 2014, 364252; Urteil vom 13.02.2014 – III ZR 311/13)

Beim **Hochladen von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen**, deren öffentliche Verwendung nach § 86a StGB strafbar ist, **von einem im Ausland befindlichen Server** in das Internet, ist ein **die Anwendung deutschen Strafrechts begründender Tatort** nicht dadurch gegeben, dass die Inhalte von Deutschland aus abrufbar sind.

I. Nach **§§ 3, 9 StGB** muss im Inland entweder die **Tathandlung begangen bzw. unterlassen** worden oder ein **zum Tatbestand gehörender Erfolg eingetreten bzw. beabsichtigt** gewesen sein (§ 9 I StGB).

Das **abstrakte Gefährdungsdelikt** des § 86a StGB (vgl. BGHSt 23, 267) umschreibt keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg, so dass eine Inlandstat über § 9 I Var. 3 oder 4 StGB nicht begründet werden kann.

„Selbst wenn man der Ansicht zustimmen wollte, dass die **Frage nach dem Erfolgsort** i. S. des § 9 I StGB normspezifisch am **Schutzzweck der jeweiligen Strafvorschrift ausgerichtet** werden muss (so BGHSt 42, 235 zur objektiven Bedingung der

Strafbarkeit des abstrakten Gefährdungsdelikts des § 323a StGB), die Regelung mithin nicht nur auf Erfolgsdelikte im Sinne der allgemeinen Deliktslehre abstellt, ist **jedenfalls an dem Ort, an dem die hervorgerufene abstrakte Gefahr in eine konkrete umgeschlagen ist oder gar nur umschlagen kann, kein zum Tatbestand gehörender Erfolg eingetreten** (ebenso Schönke/Schröder/Eser, StGB, 29. Aufl., § 9 Rn. 6a; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 28. Aufl., § 9 Rn. 2; Satzger NSTz 1998, 112; offengelassen für den Fall, dass sich die abstrakte Gefahr realisiert hat, von BGHSt 46, 2 12). Dieser muss vielmehr in einer von der tatbestandsmäßigen Handlung räumlich und/oder zeitlich abtrennbaren **Außenweltsveränderung** bestehen (Hilgendorf NJW 1997, 1873). Das Argument, diese Auffassung konterkariere die Bemühung, den Schutz bestimmter Rechtsgüter durch die Schaffung von abstrakten Gefährdungsdelikten zu erhöhen (so Heinrich GA 1999, 72), vermag nicht zu überzeugen. Gerade die diesen Schutz ausmachende Vorverlagerung der Strafbarkeit kann Anlass sein, diese - schon mit Blick auf völkerrechtliche Fragen (vgl. hierzu Roegele, Deutscher Strafrechtsimperialismus, 2014, 53) - nicht ausnahmslos auf Sachverhalte mit internationalem Bezug zu erstrecken. Auch soweit die Gegenmeinung betont, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 9 StGB durch das 2. Strafrechtsreformgesetz vom 04.07. (BGBl. I, S. 717) keine Einschränkung der bis dahin zu § 3 III StGB a. F. herrschenden Auffassung zum Begehungsort abstrakter Gefährdungsdelikte habe erreichen wollen (so LK/Werle/Jeßberger, StGB, 12. Aufl., § 9 Rn. 33 m. w. Nachw.), steht dieser etwaige **Gesetzgeberwille** im diametralen Widerspruch zu der mit der Neufassung eingefügten Voraussetzung, dass der Erfolg zum Tatbestand der Strafnorm gehören muss (ebenso Satzger aaO, S. 115 f.).“ (BGH aaO)

- II. Der Angekl. hat auch allein im Ausland gehandelt (§ 9 I Var. 1 StGB), denn der **Handlungsort wird bei aktivem Tun durch den Aufenthaltsort des Täters bestimmt** (MüKo-StGB/Ambos, 2. Aufl., § 9 Rn. 8 m. w. Nachw.).

„Schon deshalb vermag die Ansicht nicht zu überzeugen, nach der ein Handlungsort auch dort gegeben sein soll, wo die durch mediale Übertragung transportierte Handlung ihre Wirkung entfaltet (so aber KG NJW 1999, 3500; zustimmend Schönke/Schröder/Eser aaO, § 9 Rn. 4). Der **Radius der Wahrnehmbarkeit einer Handlung ist nicht Teil ihrer selbst** (ebenso Heinrich NSTz 2000, 533; ablehnend auch MüKo-StGB/Steinmetz aaO, § 86 Rn. 8 f.). Aus denselben Erwägungen kommt es auch nicht in Betracht, den Standort des vom Täter angewählten Servers für ausschlaggebend zu erachten (so aber Schönke/Schröder/Eser aaO, § 9 Rn. 7b).

Ebenfalls eine **Frage der Wirkung der tatbestandlichen Handlung** wäre es, wenn man in dem Abruf der vom Angeklagten bereitgestellten Inhalte von Deutschland aus den Abschluss des Verwendens durch Verbreiten von Schriften sehen würde. Denn anders als bei der Beförderung durch andere Personen fehlt es bei der rein technischen Übertragung im Internet an der Möglichkeit, Handeln Dritter und damit deren Handlungsort selbst dem Täter gem. § 25 I Alt. 2 bzw. § 25 II StGB zuzurechnen (vgl. hierzu MüKo-StGB/Steinmetz aaO, § 86 Rn. 7). Der Senat kann daher offenlassen, ob der zu der Vorgängerregelung des heutigen § 176a III StGB ergangenen Entscheidung (BGHSt 47, 55), die sich für das Internet von dem herkömmlichen Verständnis des Verbreitens von Schriften als einem Akt deren körperlicher Übergabe löst und die gespeicherten Daten mit dem Datenspeicher gleichsetzt (kritisch hierzu Kudlich JZ 2002, 310; SK-StGB/Rudolphi/Stein, 40. Lfg., § 11 Rn. 61 f.), zu folgen wäre, zumal angesichts der weiteren Tathandlungsvariante des öffentlichen Verwendens im Rahmen des § 86a I Nr. 1 StGB hierzu ein Bedürfnis nicht besteht.“ (BGH aaO)

StGB  
§ 252

### Räuberischer Diebstahl Täterschaft

StGB

(BGH in BeckRS 2014, 20034; Beschluss vom 16.09.2014 – 3 StR 373/14)

**Täter des § 252 StGB kann nicht derjenige sein, der weder selbst im Besitz der entwendeten Sache ist, noch am Diebstahl mittäterschaftlich beteiligt war.**

„Dies folgt aus der von § 252 StGB verlangten **Besitzerhaltungsabsicht**. Der Angekl. erfüllte indes keine der die Täterschaft begründenden Voraussetzungen. Besitz am Notebook hatte die Nichtrevidentin. Dieser kann dem Angekl. nicht gem. § 25 II StGB zugerechnet werden. Denn die Annahme des LG von Mittäterschaft bei Begehung des Diebstahls wird von den Feststellungen nicht getragen. Die Einfügung der **Drittzueignungsabsicht** durch das 6. Strafrechtsreformgesetz vom 26.01.1998 (BGBl. I S. 164) **hat zwar den Anwendungsbereich der Mittäterschaft ausgedehnt, die allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen Täterschaft und Teilnahme in diesem Bereich jedoch nicht außer Kraft gesetzt**. Voraussetzung ist weiterhin die gemeinsame Beherrschung des Tatgeschehens aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses.

Nach den Feststellungen fehlte es jedoch an jeglichem Einfluss des Angekl. auf das Geschehen der Wegnahme: diese war eine Idee der Nichtrevidentin, die allein handelte und die allein Nutzen aus der Tat ziehen sollte. Auch der festgestellte, allerdings nicht weiter erläuterte gemeinsame Tatentschluss vermag vor diesem Hintergrund Mittäterschaft nicht zu begründen.“ (BGH aaO)

GVG  
§§ 198 ff

### Entschädigung wegen Verfahrensverzögerung Strafvollzugsgesetz

GVG

(BGH in BayVBl 2014, 735; Urteil vom 13.02.2014 – III ZR 311/13)

Die **Entschädigungsregelung** bei überlanger Verfahrensdauer nach §§ 198 ff. GVG ist **auf das gerichtliche Verfahren nach §§ 109 ff. StVollzG unmittelbar anzuwenden**.

„Nach § 2 EGGVG gelten die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes und damit auch die Entschädigungsregelung bei überlangen Gerichtsverfahren für die ordentliche Gerichtsbarkeit und deren Ausübung. Davon **umfasst sind nach § 13 GVG alle Zivil- und Strafsachen**. Auf andere Gerichtsbarkeiten ist das Gerichtsverfassungsgesetz nicht unmittelbar anzuwenden, sondern nur insoweit, als seine Geltung durch Verweisungsnormen ausdrücklich vorgeschrieben ist (z. B. § 173 VwGO, § 202 SGG, § 155 FGO; Steinbeiß-Winkelmann/Ott, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, § 198 GVG Rn. 9).

Das **gerichtliche Verfahren ist in §§ 109 ff. StVollzG nicht abschließend geregelt und entzieht sich einer eindeutigen Einordnung**. § 120 I StVollzG verweist zwar ergänzend auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften der Strafprozessordnung; dies ist jedoch nicht unproblematisch. Denn das Verfahren nach §§ 109 ff. StVollzG ähnelt seiner Struktur nach dem Verwaltungsstreitverfahren und ist kein Strafprozess, so dass bei jeder Norm der Strafprozessordnung sorgfältig geprüft werden muss, ob sie für das Strafvollzugsgesetz passt, das heißt mit dem materiellen Strafvollzugsrecht und dem verwaltungsprozessual ausgestalteten Antrags-

recht nach §§ 109 ff. StVollzG in Einklang zu bringen ist (AK-StVollzG/Kamann/Spaniol, 6. Aufl., § 120 Rn. 3; Arloth, StVollzG, 3. Aufl., § 120 Rn. 1 f.). Dies hat zu einer weitgehend richterrechtlichen Ausgestaltung des Verfahrens geführt (Arloth, § 120 Rn. 1).

Die unmittelbare Geltung des Gerichtsverfassungsgesetzes ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber die gem. §§ 109 ff. StVollzG zu treffenden Entscheidungen den ordentlichen Gerichten (§ 12 GVG) zugewiesen hat. Der zuständige erstinstanzliche Spruchkörper ist die Strafvollstreckungskammer des LG (§ 78 a I 2 Nr. 2 GVG), der auf Grund der **Vollzugsnähe** im Rahmen der Entscheidungen nach §§ 462 a, 463 StPO auch insoweit **besondere Sachkunde** zukommt (AK-StVollzG/Kamann/Spaniol, § 110 Rn. 1; Arloth, § 110 Rn. 1). Über die Rechtsbeschwerde nach § 116 StVollzG entscheidet ein Strafsenat des OLG, in dessen Bezirk die Strafvollstreckungskammer ihren Sitz hat (§ 117 StVollzG). Für das Vorlageverfahren nach § 121 II GVG ist der BGH zuständig. Die vorgenannten Gerichte werden bei Entscheidungen nach §§ 109 ff. StVollzG als ordentliche Gerichte tätig (§ 12 GVG) und üben ordentliche Gerichtsbarkeit aus (vgl. Steinbeiß-Winkelmann/Ott, § 198 GVG Rn. 9; nicht eindeutig insoweit Kissel/Mayer, GVG, 7. Aufl., § 12 Rn. 4 einerseits sowie Einleitung Rn. 2 und § 2 EGGVG Rn. 2 andererseits).

Für dieses Ergebnis spricht auch, dass **§§ 23 ff. EGGVG, die im Bereich des Strafvollzugsrechts subsidiär gelten** (Arloth, Vorb. § 108 Rn. 8), die Zuständigkeit der sachnäheren ordentlichen Gerichte für die Überprüfung der in § 23 I EGGVG bezeichneten Maßnahmen abweichend von der Generalklausel des § 40 VwGO bestimmen (Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., Vorb. § 23 EGGVG Rn. 1).“ (BGH aaO)

BWVwVfG  
§ 44 I

**Einbürgerung**  
**Nichtigkeit wegen Verwendung einer falschen Identität**  
(BVerwG in NVwZ 2014, 1679; Urteil vom 09.09.2014 – 1 C 110/14)

öfFR

Eine unter Verwendung einer anderen Identität erschlizierte Einbürgerung ist nicht i. S. des § 44 I BWVwVfG nichtig.

„Die Nichtigkeit könnte sich daher nur aus § 44 I BWVwVfG ergeben. Danach ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem **besonders schwerwiegenden Fehler** leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist.

**Bezugspunkt der Offensichtlichkeit** nach § 44 I BWVwVfG ist das Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Fehlers. Besonders schwerwiegend ist nur ein Mangel, der den **Verwaltungsakt als schlechterdings unerträglich, d. h. mit tragenden Verfassungsprinzipien oder der Rechtsordnung immanenten wesentlichen Wertvorstellungen unvereinbar** erscheinen lässt (BVerwG NJW 1985, 2658 = DVBl 1985, 624 = NVwZ 1985, 836). Die an eine ordnungsgemäße Verwaltung zu stellenden Anforderungen müssen in einem so erheblichem Maße verletzt sein, dass von niemandem erwartet werden kann, den Verwaltungsakt als verbindlich anzuerkennen (BVerwG NVwZ 1998, 1061; BVerwG NVwZ 2000, 1039). Für diese Beurteilung ist grds. auf den Erlasszeitpunkt abzustellen (BVerwG, Buchholz 316 § 44 VwVfG Nr. 102 = BeckRS 2011, 50438). Ein derart schwerwiegender Fehler haftete der Einbürgerung des Kl. nicht an.

Zwar hatte der Kl. die Bekl. **über seine Identität und Staatsangehörigkeit arglistig getäuscht**, so dass seine **Einbürgerung wegen eines wesentlichen entscheidungserheblichen Mangels rechtswidrig** ist. Entgegen der Auffassung der Revision ist sie aber deswegen **nicht mangels existierenden Bezugsobjekts nichtig**. Denn die **Einbürgerung bezog sich nicht auf eine nicht vorhandene oder andere Person, sondern auf die Person des Kl.** unter falschem Namen auf Grund falscher Angaben (vgl. BVerwG, Buchholz 132.0 § 24 1. StARegG Nr. 1, S. 1).“ (BVerwG aaO)

GewO  
§ 35 I

**Gewerbeuntersagung**  
**Berücksichtigung zurückliegender Jugendstraftaten**  
(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2015, 25; Beschluss vom 13.10.2014 – 7 PA 33/14)

GewO

Im Rahmen der Prüfung, ob eine **Gewerbeuntersagung** auszusprechen ist, sind **auch Jugendstraftaten zu berücksichtigen, so lange** die entsprechenden – regelmäßig verkürzten (vgl. § 46 I Nr. 1 - 4 BZRG) – **Tilgungsfristen nicht abgelaufen** sind.

„Getilgte oder zu tilgenden Verurteilungen sind – vorbehaltlich des § 52 I Nr. 4 BZRG – nach § 51 I BZRG grds. nicht mehr zu berücksichtigen (BVerwG GewA 1995, 115; BVerwG GewA 1995, 377). Wann eine Eintragung über eine Verurteilung zu tilgen ist, bestimmt sich nach **§§ 45 ff. BZRG**. Bei Eintragung mehrerer Straftaten ist die Tilgung nach § 47 III BZRG grds. erst zulässig, wenn für alle Verurteilungen die Voraussetzungen der Tilgung gegeben sind.

Der **Ablauf der Tilgungsfrist stellt allerdings nur die äußerste zeitliche Grenze** dar, von deren Erreichen ab die Eintragungen dem Ast. nicht mehr vorgehalten werden dürfen (Landmann/Rohmer, GewO, Loseblatt, § 35 Rn. 41, 174). Die Regelvermutungsfristen für einzelne Gewerbe in §§ 33 c II Nr. 1 Hs. 2, 33 d III 2, 33 i II Nr. 1 sowie §§ 34 b IV Nr. 1 Hs. 2, 34 c II Nr. 1 Hs. 2 GewO von drei und fünf Jahren lassen eine gewisse Tendenz erkennen, die **Zuverlässigkeit nach verhältnismäßig kurzer Zeit nicht mehr allein wegen Eintragungen im Bundeszentralregister zu verneinen** (vgl. Landmann/Rohmer, § 35 Rn. 41 a. E.). Es besteht indes kein Anlass, diese **spezialgesetzlichen Regelvermutungen** in Abweichung von dem im Bundeszentralregistergesetz geregelten Tilgungs- und Verwertungsfristen (§§ 45 ff., 51 BZRG) zu verallgemeinern und gleichsam in eine **Zuverlässigkeitsvermutung umzukehren** (OVG Lüneburg NVwZ-RR 2008, 464). Die **Prognose**, ob und inwieweit längere Zeit zurückliegendes strafrechtliches Fehlverhalten die Annahme andauernder Unzuverlässigkeit rechtfertigt, **erfordert vielmehr eine Gesamtwürdigung**, in die namentlich Art und Umstände der Straftat und die Entwicklung der Persönlichkeit des Kl. einzubeziehen sind (BVerwG BeckRS 1995, 31220696; BVerwG NVwZ-RR 1994, 19 = GewA 1993, 414; OVG Lüneburg = NVwZ-RR 2008, 464 m. w. Nachw.). Aus der Berücksichtigung von Eintragungen im Bundeszentralregister ergibt sich auch **kein Schematismus**. Denn eine Regelvermutung sieht die Gewerbeordnung abseits der genannten speziellen Regelungen weder in die eine noch in die andere Richtung vor. Die behördliche Entscheidung über die Gewerbeuntersagung ist in jedem Einzelfall auf der Grundlage einer Prognose über das künftige Verhalten des Kl. im Rechtsverkehr zu treffen (BVerwG NVwZ-RR 1994, 19; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2008, 464).“ (OVG Lüneburg aaO)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 292

### Beweislast bei Verkehrsunfall „So-nicht-Unfall“-Grundsatz bei abwesendem Beschädigten (OLG Dresden in NJW-RR 2014, 1441; Urteil vom 15.08.2014 – 7 U 1421/13)

ZPO

Schildert ein Geschädigter, der den **Unfallhergang nicht selbst erlebt** hat und auch über keine unmittelbaren Zeugen zu dessen Ablauf verfügt, den konkreten Unfallhergang so, wie ihm dies der **vermeintliche Unfallverursacher geschildert** hat, und hatte er auch keinerlei Anhaltspunkte, an der Richtigkeit dieser Schilderung zu zweifeln, sind die zu dem so genannten „So-nicht-Unfall“ in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze nicht anwendbar. Es obliegt in diesem Fall grundsätzlich dem **Unfallgegner** den **Nachweis** eines manipulativen Geschehens unter Mitwirkung des Geschädigten zu führen.

**Fall:** Die Kl. nimmt die Bekl. auf Grund eines streitigen Unfallereignisses auf Schadensersatz in Anspruch. Die Kl. stellte am 16.07.2011 den Pkw Maserati auf dem Parkplatz M ab. Als die Kl. zum Fahrzeug zurückkam, fand sie einen Zettel der PD W vom 16.07.2011 vor. Diesem konnte die Kl. entnehmen, dass der Pkw Ford, den der Bekl. zu 1 am Unfalltag von der Bekl. zu 2 gemietet hatte und der bei der Bekl. zu 3 haftpflichtversichert ist, gegen den Pkw Maserati, der einen reparierten Vorschaden hatte, gerollt ist und diesen im Frontbereich beschädigt hat. Die Kl. begehrt Schadensersatz i.H.v. 6.346,62 € (Reparaturkosten laut Gutachten netto unter dem Vorbehalt der Nachforderung i.H.v. 5.836,31 €; Sachverständigenkosten der Dekra Automobil GmbH brutto gemäß Rechnung vom 09.08.2011 i.H.v. 485,31 €; Kostenpauschale für Telefonate, Fahrtkosten, Portogebühren 25,00 €) sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 603,93 €. Die Kl., die sich die Unfallschilderung des Bekl. zu 1 gegenüber der Polizei zu eigen gemacht hat, behauptet, dass der Bekl. zu 1 den Pkw Ford beim Abparken auf dem Parkplatz nicht ordnungsgemäß gegen Wegrollen abgesichert habe, so dass der Pkw Ford gegen den Pkw Maserati gerollt ist und den von der Dekra im Gutachten vom 09.08.2011 beschriebenen Schaden verursacht habe. Die Bekl. zu 3 ist im Prozess dem Bekl. zu 1 als Nebenintervenient beigetreten und hat für den Bekl. zu 1 Verteidigungsabsicht angezeigt. Der Bekl. zu 1 hat einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen im Prozess beauftragt und die Bekl. zu 3 im Wege der Widerklage auf Kostenerstattung und Freistellung von weiteren Kosten in Anspruch genommen.

Die Bekl. zu 3 hat den dargestellten Unfallhergang mit Nichtwissen bestritten und behauptet, der Unfall sei gestellt gewesen. Der Bekl. zu 1. hingegen ist der Schilderung seiner Verantwortlichkeit geblieben.

Wie wird das Gericht über die zulässige Klage entscheiden?

Das Gericht wird der Klage stattgeben, wenn die Kl. zur Überzeugung des Gerichts dargelegt hat, dass ihr ein Schadensersatzanspruch gegen die Bekl. als Gesamtschuldner zusteht.

Ein Anspruch der Klägerin könnte sich aus §§ 7 I, 18 StVG, § 115 I VVG ergeben.

Hat sich der Unfall, wie von der Kl. geschildert, tatsächlich ereignet, so steht ihm ein solcher Anspruch ohne weiteres zu. Fraglich ist jedoch, ob der Kl. dies zur Überzeugung des Gerichts dargelegt hat.

#### I. Substantiierungs- und Beweislast

Grundsätzlich ist die Kl. als Geschädigte darlegungs- und beweisbelastet für den äußeren Tatbestand der Rechtsgutverletzung. Sie muss den Unfall so detailliert wie irgend möglich darstellen bzw. vortragen, inwieweit dieser durch das Fehlverhalten eines Dritten (hier des Bekl. zu 1) verursacht worden und es insoweit zur Entstehung eines konkreten Schadens gekommen ist (vgl. Hallbach in Veith/Gräfe, Der Versicherungsprozess, § 5 E Rn. 317 ff. m.w.N.).

Wird der Vortrag der Kl. bestritten, so ist sie also grundsätzlich in vollem Umfang beweisbelastet.

*„Insoweit konnte auch die Bekl. zu 3 in zulässiger Weise den Unfall als solchen mit Nichtwissen bestreiten. Sie und der Bekl. zu 1, auf dessen Schilderung sich auch der Klagevortrag stützt, sind lediglich einfache Streitgegenossen und können deshalb auch unterschiedlich vortragen (vgl. Hallbach in Veith/Gräfe, Der Versicherungsprozess, § 5 E Rn. 317 ff. bzw. Rn. 474 unter Hinweis auf BGH, NJW 1982, 996 = VersR 1981, 1158 Rn. 318).*

*Der Geschädigte hat für die Richtigkeit der von ihm aufgestellten Behauptung den Vollbeweis zu erbringen; Beweiserleichterungen kommen ihm dabei nicht zugute (Hallbach in Veith/Gräfe, § 5 E Rn. 317 ff. bzw. Rn. 474).“*  
(OLG Dresden aaO)

## II. Erbringung des Beweises der kausalen Verursachung des Schadens durch den Unfall

Fraglich ist jedoch, die Kl. diesen Vollbeweis erbracht hat, indem der Bekl. zu 1 im Rahmen des Zeugenbeweises den Unfallhergang und seine Verantwortlichkeit bestätigt hat.

### 1. Anforderungen an Vollbeweis

„Die **Anforderungen** an den zu erbringenden Nachweis des äußeren, haftungsbegründenden Schadenseignisses dürfen **nicht überspannt** werden. Dies gilt, wie bereits das OLG Saarbrücken in seinem Urteil vom 18.10.2011 (OLG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 356), welches auch die Bekl. zu 2 und 3 anführen, überzeugend dargelegt hat, vor allem deshalb, weil andernfalls die **Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Falle behaupteter Unfallmanipulationen** unterlaufen würde. Während nämlich für die Behauptung einer Unfallmanipulation (vgl. dazu im Einzelnen unten) die beklagte Versicherung im Grundsatz beweisbelastet ist, Zweifel also zu ihren Lasten gehen, führen **Zweifel am äußeren Tatbestand der Rechtsgutverletzung** notwendig zur Klageabweisung. Eben deshalb bedarf es stets einer sorgfältigen Abwägung im jeweils zu entscheidenden Einzelfall, ob in der Gesamtschau der beweisrelevanten Faktoren nicht hintanzustellende Zweifel am von der Klage behaupteten Lebenssachverhalt verbleiben oder nicht.“ (OLG Dresden aaO)

Die Bestätigung des von der Kl. vorgetragenen Hergangs durch den Bekl. zu spricht daher zunächst dafür, den Vollbeweis als erbracht anzusehen.

### 2. „So-nicht-Unfall“

Allerdings könnte hier die Rechtsfigur des „So-nicht-Unfalls“ zu berücksichtigen sein.

#### a) Inhalt

„Nach dieser in der veröffentlichten Judikatur eher selten thematisierten Rechtsfigur (soweit ersichtlich nur: OLG Hamm, NZV 2014, 225; LG Essen, Urt. v. 18.03.2013 – 20 O 140/12, BeckRS 2013, 19322; KG, KG-Report 2009, 775 = BeckRS 2009, 23504; OLG Hamm, NJOZ 2005, 1131; OLG Hamm, r + s 1999, 322) ist der im Rahmen der **haftungsausfüllenden Kausalität** zu führende Schadensnachweis dann nicht erbracht, wenn **nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit** (§ 287 ZPO) festgestellt werden kann, dass die von dem Geschädigten eingeklagten Schäden ganz oder teilweise **bei dem streitgegenständlichen Unfall entstanden** sind (OLG Hamm, NZV 2014, 225) oder aber das Schadensbild nicht zu dem von dem Geschädigten behaupteten Unfall passt (OLG Hamm, r + s 1999, 322). Darüber hinaus soll sich diese Rechtsfigur aber auch auf jene Fälle erstrecken, in denen die geltend gemachten **Schäden nicht zu dem** von den Unfallbeteiligten behaupteten **Geschehen passen** (KG, KG-Report 2009, 775 = BeckRS 2009, 23504), erfasst mithin also letztlich auch den vom Geschädigten voll (§ 286 ZPO) zu beweisenden Unfallhergang (so explizit: LG Essen, Urt. v. 18.03.2013 – 20 O 140/12, BeckRS 2013, 19322; anklingend auch in den Gründen von OLG Hamm, NZV 2014, 225).“ (OLG Dresden aaO)

#### b) Anwendung auf den Fall

Die Fälle des „So-nicht-Unfalls“ zeichnen sich dadurch aus, dass der klagende Geschädigte einen Unfallhergang vorgetragen hat, den er – nach seiner Behauptung – entweder selbst erlebt haben will oder der ihm von Zeugen (die zumeist in seinem Lager stehen, wie etwa der Fahrzeugführer) berichtet wurde.

„Von einer solchen Gestaltung entfernt sich der vorliegende Fall grundlegend. Die Kl. hat mit Recht im Rahmen ihrer Anhörung mehrfach darauf verwiesen, dass ihr eine **andere Schilderung** des Unfallhergangs **als die vom Bekl. zu 1 herrührende** bei objektiver Betrachtung **gar nicht möglich ist**, weil sich der Unfall in ihrer Abwesenheit und auch ohne weitere Zeugen ereignete. In diesem Sinne hat sie, wie von der Rechtsprechung gefordert (vgl. OLG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 356), das **Unfallgeschehen so detailliert wie ihr möglich dargestellt**. Sie musste und konnte sich – ohne greifbaren Anlass zu Zweifeln – darauf verlassen, dass der Bekl. zu 1 wahrheitsgemäß vorträgt. Jedenfalls ist der auf ihrer eigenen Wahrnehmung begründete Vortrag, nämlich dass sie ihr Fahrzeug **am Unfalltag dort abstellte**, es bei ihrer Rückkehr **beschädigt vorfand** und hierfür der Bekl. zu 1 die **Verantwortung übernahm**, nach Überzeugung des Senats wahr. Selbst wenn man also – zu Gunsten der Bekl. zu 2 und 3 – davon ausginge, dass der Bekl. zu 1 den Unfallablauf in Teilbereichen wahrheitswidrig geschildert hätte, geht dies mit Blick auf die aufgezeigte Beweislastverteilung nicht zulasten der geschädigten Kl.

[Auch hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität haben sich maßgebliche Divergenzen zwischen der Sachverhaltsschilderung und dem Schadensbild nicht ergeben], so dass im Übrigen schon die eingangs zitierten Entscheidungen zu den „So-nicht-Unfällen“, soweit sie sich mit dem Nachweis des Schadensbildes im Rahmen des § 287 ZPO befassen, von vornherein nicht einschlägig sind.

Selbst wenn sich aber – unterstellt – die Kollision zum Teil anders zugetragen haben sollte (etwa durch ein fahrlässiges Zurücksetzen des Bekl. zu 1), gehen insoweit **begründbare Zweifel** im Rahmen des Nachweises des haftungsbegründenden Zusammenhangs i.S.d. § 7 I StVG hier **nicht zulast-**

*ten der Kl., weil nach der festen Überzeugung des Senats die schadenstiftende Kollision als solche „beim Betrieb“ des von der Bekl. zu 2 gehaltenen Pkw geschehen sein muss.*

*Überzeugende andere Geschehensabläufe oder wirklich hinreichend konkrete Anhaltspunkte (vgl. OLG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 356), dass die Kl. mit einer Beschädigung ihres Pkw im Sinne eines kollusiven Zusammenwirkens mit dem Bekl. zu 1 einverstanden war, vermag der Senat in Würdigung aller Umstände des vorliegenden Falls nicht zu erkennen. [wird ausgeführt]“ (OLG Dresden aaO)*

Es gibt daher zunächst keinen durchgreifende Zweifel daran, dass der Pkw der Kl. beim Betrieb des gegnerischen Pkw i.S.d. § 7 I StVG in haftungsbegründender Weise beschädigt worden ist.

### III. Beweis einer Unfallmanipulation durch die Bekl. zu 3

Vor diesem Hintergrund obliegt es nach den obigen Ausführungen dem Versicherer, den Beweis für das Vorliegen eines die Rechtswidrigkeit ausschließenden Tatbestandes bei gestelltem Verkehrsunfall (also für die rechtfertigende Einwilligung des Geschädigten in die Rechtsgutverletzung, Hallbach in Veith/Gräfe, § 5 E Rn. 336 m.w.N.; BGHZ 71, 339 = NJW 1978, 2154). zu erbringen.

*„Insoweit kommen dem Versicherer allerdings **Beweiserleichterungen** zugute, denkbar ist sogar, **unter bestimmten Umständen prima facie** von einer solchen Verabredung auszugehen (BGHZ 71, 339 = NJW 1978, 2154; BGH, VersR 1979, 514 = BeckRS 1978, 00257). Es genügt nämlich ein **für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit**, das heißt ein für einen vernünftigen, die Lebensverhältnisse klar überschauenden Menschen so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie mathematisch lückenlos auszuschließen. Um diesen Überzeugungsgrad bei Gericht zu begründen, muss der Versicherer **Indizien** sammeln, die den **Schluss auf die gesuchte innere Haupttatsache** rechtfertigen können, wobei diese Hilfstatsachen ihrerseits feststehen müssen, das heißt entweder unstreitig sind oder aber bewiesen (Hallbach in Veith/Gräfe, § 5 E Rn. 336 m.w.N.). Davon geht letztlich – wohl – auch das Urteil des KG vom 07.09.2010 (KG, VRR 2011, 105 = BeckRS 2010, 28411) aus, obschon es „nur“ von erheblicher Wahrscheinlichkeit (so auch OLG München, ZfS 2013, 336 = BeckRS 2013, 04588) spricht. Insoweit kann auf das zuvor im Hinblick auf konkrete Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Unfallbeteiligten (vgl. oben) Ausgeführte verwiesen werden. Genügen die Umstände des vorliegenden Falls aber nicht, um **konkrete Zweifel an der Schilderung der Unfallbeteiligten** zu begründen, genügen diese – erst recht – nicht, um eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines manipulierten Unfalls zu begründen.“ (OLG Dresden aaO)*

### IV. Ergebnis

Der Kl. steht deshalb der eingeklagte Schadensbetrag zu.

ZPO  
§ 167**Zustellung „demnächst“ zur Verjährungshemmung  
Untätigkeit nach Streitwertfestsetzung**

ZPO

(OLG Frankfurt a. M. NJW 2014, 3667; Urteil vom 14.07.2014 – 23 U 261/13)

1. Ob eine Zustellung demnächst erfolgt ist, **nicht allein auf zeitliche Umstände** abzustellen. Zu berücksichtigen ist auch, dass angesichts der von Amts wegen vorzunehmenden Zustellung den Parteien **keine Nachteile wegen Verzögerungen innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbetriebs** entstehen sollen.
2. Andererseits ist die Rückwirkung wegen des gebotenen Vertrauensschutzes für den Empfänger nur vertretbar, wenn die Zustellung **in nicht allzu erheblichem Abstand vom Fristablauf erfolgt**.
3. Bei **allein vom Kläger verursachten Zustellungsverzögerungen** von mehr als 14 Tagen ab Fristablauf ist eine Rückwirkung ausgeschlossen.
4. Wenn die Verzögerung **sowohl von der Partei als auch vom Gericht verursacht** wurde, ist bei der Berechnung der Zeitdauer der Verzögerung auf die Zeitspanne abzustellen, um die sich der ohnehin erforderliche Zeitraum für die Zustellung der Klage als Folge der Nachlässigkeit des Klägers verzögert.

**A. Grundlagenwissen: Hemmung der Verjährung**

Während früher zwischen der Hemmung und der Unterbrechung der Verjährung unterschieden wurde (Hemmung: Zeit wird nicht mitgerechnet; Unterbrechung: Frist beginnt neu zu laufen) ist heute grundsätzlich nur noch die Hemmung von Verjährungsfristen vorgesehen. Lediglich in § 212 BGB ist ein Neubeginn der Verjährung vorgesehen bei Anerkenntnis oder Vollstreckungshandlung.

- I. Bei Rechtsverfolgung wird die Verjährung gem. § 204 I Nr. 1 BGB grundsätzlich erst mit Rechtshängigkeit gehemmt, d.h. mit **Zustellung der Klage** an den Klagegegner. Allerdings tritt die Verjährungshemmung rückwirkend auf den Zeitpunkt des Eingangs der Klage bei Gericht ein, wenn die Zustellung nach § 167 ZPO **demnächst** erfolgt.

Ist **Prozesskostenhilfe** beantragt, so muss das Gericht aber erst über die Gewährung der Prozesskostenhilfe entscheiden, bevor die Klage zugestellt wird. Da hierbei einige Zeit verstreichen kann, sieht § 204 I Nr. 14 BGB vor, dass die Verjährung auch durch die Stellung eines Prozesskostenhilfeantrags gehemmt wird.

- II. Soweit die Parteien **Verhandlungen** über den Anspruch oder die anspruchsbegründenden Tatsachen führen, ist die Verjährung nach § 203 BGB gehemmt. Mit dieser Norm wollte der Gesetzgeber die Verhandlungsbereitschaft der Parteien fördern, damit Verhandlungen nicht – wie zuvor – bei drohendem Verjährungseintritt durch Klageerhebung abgebrochen werden müssen. Die Hemmung hält dabei so lange an, bis ein Teil die **Fortführung der Verhandlungen verweigert**.
- III. Verzichtet der Gläubiger vorübergehend auf die Geltendmachung seines Anspruchs, so sollen ihm hieraus im Hinblick auf die Verjährung keine Nachteile erwachsen. Für die Dauer des **vereinbarten Leistungsverweigerungsrechts** ist die Verjährung daher nach § 205 BGB gehemmt.
- IV. Die Berufung auf die Einrede der Verjährung kann rechtsmissbräuchlich sein. Hat eine Partei den Gegner im Vertrauen bestärkt, auch ohne Klage zum Recht zu kommen und ihn dadurch von der rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten, kann die spätere Erhebung der Verjährungseinrede unter Berücksichtigung aller Umstände nach § 242 BGB ein Verstoß gegen Treu und Glauben sein

**B. Keine Zustellung „demnächst“ bei Untätigkeit nach Streitwertbeschluss (vgl. OLG Frankfurt a. M. NJW 2014, 3667)**

**Fall:** Der Kl. machte aus eigenem Recht gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Kauf einer Beteiligung an dem Lebensversicherungsfonds

X-GmbH & Co. KG zum Nennwert von 100.000 US-Dollar zuzüglich 5 % Agio am 18.07.2002 geltend. Das LG Frankfurt a. M. (Urt. v. 18.10.2013 – 2-25 O 363/12, BeckRS 2014, 22308) hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, dass ein Schadensersatzanspruch des Kl. gegen die Bekl. aus § 280 I BGB jedenfalls verjährt sei. Die Verjährung habe gem. §§ 195, 199 I und III BGB mit dem 01.01.2003 zu laufen begonnen und mit dem 31.12.2012 geendet, da sie weder durch Verhandlungen noch durch die Klageerhebung gehemmt worden sei.

Zwar sei die Klageschrift vor Ablauf der Verjährung am 28.09.2012 bei Gericht eingegangen, habe den Ablauf der Verjährung aber nicht gehemmt, weil die Klagezustellung erst am 21.02.2013 erfolgt sei und damit nicht mehr „demnächst“. Der zunächst per Scheck geleistete Vorschuss habe nicht zur Klagezustellung geführt, weil er nicht ausgereicht habe, den durch das Gericht anschließend festgesetzten vorläufigen Streitwert abzudecken. Auf die Übermittlung des Streitwertbeschlusses vom 18.10.2012 und die Vorschussanforderung vom 25.10.2012 habe die Klägerseite erst mit Einzahlung am 14.02.2013 reagiert. Weil dem Prozessbevollmächtigten des Kl. ausweislich des Empfangsbekennnisses der Streitwertbeschluss vom 18.10.2012 am 26.10.2012 zugegangen sei, habe er ungeachtet der Frage des Erhalts der Vorschussanforderung bereits Ende Oktober die Einzahlung des restlichen Vorschusses bewirken können. Selbst wenn der Kl. die Vorschussanforderung abgewartet haben sollte, sei jedenfalls eine Nachfrage seitens des Kl. bis Anfang Februar 2013 unterblieben und dadurch die von der Rechtsprechung gesetzte Frist von drei bis vier Wochen überschritten. Damit sei die Klägerseite insgesamt mehr als drei Monate untätig geblieben und eine Rückwirkung der Zustellung als demnächst auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung entfalle.

Hält diese Rechtsauffassung einer Überprüfung stand?

### I. Berechnung der Verjährungsfrist

Das LG ist davon ausgegangen, dass die Verjährungsfrist gem. §§ 195, 199 I und III BGB mit dem 01.01.2003 zu laufen begonnen und mit dem 31.12.2012 geendet habe. Dies ist unzutreffend.

*„Vielmehr verjähren nach § 199 III Nr. 1 BGB sonstige Schadensersatzansprüche ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an, das heißt vorliegend beginnend mit der Zeichnung der streitgegenständlichen Beteiligung am 18.07.2002. Der Schadensersatzanspruch gegen Anlageberater entsteht nämlich nach der Rechtsprechung des BGH bereits mit dem Erwerb der Kapitalanlage (NJW-RR 2004, 1407 = WM 2004, 1823), wobei der schuldrechtliche Vertrag maßgeblich ist, weil der Anlageentschluss durch die fehlerhafte Aufklärung beeinflusst worden ist (Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 199 Rn. 15).“ (OLG Frankfurt aaO)*

Danach wäre die Verjährungsfrist am 18.07.2012 abgelaufen und die Klageerhebung am 28.09.2012 hätte die Verjährung ohnehin nicht mehr hemmen können.

### II. Hemmung der Verjährung nach § 203 BGB

Allerdings konnte die Verjährung zeitweise gehemmt sein.

*„Ausgehend von dem vorgerichtlichen Schriftwechsel zwischen den Parteien hat ...eine Hemmung nach § 203 BGB stattgefunden mit der Folge, dass die Verjährung vorliegend nicht mit dem 18.07.2012 abgelaufen ist, sondern gem. § 203 S. 2 BGB drei Monate nach dem Ende der Hemmung mit dem 02.07.2012, dem Zugang des Schreibens der Bekl. vom 28.06.2012 bei den Prozessbevollmächtigten des Kl.“ (OLG Frankfurt aaO)*

Nach § 203 S. 2 BGB ist demzufolge drei Monate nach dem Ende der Hemmung somit die Verjährungsfrist mit dem 02.10.2012 abgelaufen, so dass die Einreichung der Klage bei Gericht danach am 28.09.2012 noch in unverjährter Zeit erfolgte.

### III. Zustellung „demnächst“, § 167 ZPO

Kommt es für die Hemmung der Verjährung nach § 204 I Nr. 1 ZPO auf die Erhebung der Klage an und ist die Klage nach § 253 I ZPO erst mit der Zustellung erhoben, so könnte dies nach § 167 ZPO auf den Zeitpunkt des Eingangs der Klage bei Gericht (28.09.2012) zurückzurechnen sein, wenn die Zustellung im Sinne des § 167 ZPO „demnächst“ erfolgte. Dies ist bei einer Zustellung knapp 5 Monate später sehr fraglich.

#### 1. Prüfungsmaßstab

*„Zwar ist bei der Beurteilung, ob eine Zustellung demnächst erfolgt ist, nicht allein auf zeitliche Umstände abzustellen. Zu berücksichtigen ist auch, dass angesichts der von Amts wegen vorzunehmenden Zustellung den Parteien keine Nachteile wegen Verzögerungen innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbetriebs entstehen sollen. Andererseits ist die Rückwirkung wegen des gebotenen Vertrauensschutzes für den Empfänger nur vertretbar, wenn die Zustellung in nicht allzu erheblichem Abstand vom Fristablauf erfolgt (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 167 Rn. 10). Deshalb besteht keine absolute zeitliche Grenze für die Annahme einer noch demnächst erfolgenden Zustellung. Dies gilt grundsätzlich auch für – wie vorliegend – mehrmonatige Verzögerungen.“*

Bei **allein vom Kläger verursachten Zustellungsverzögerungen von mehr als 14 Tagen** ab Fristablauf schließt der BGH eine Rückwirkung aus (NJW 2004, 3775). Verzögerungen im Zustellungsverfahren, die **allein durch eine fehlerhafte Sachbehandlung** des Gerichts verursacht sind, muss sich der Kläger grundsätzlich **nicht zurechnen** lassen (BGHZ 168, 306 = NJW 2006, 3206). Bei nicht vom Kläger verursachten Verzögerungen im Geschäftsbetrieb tendiert die Rechtsprechung zu einer relativ weiten Auslegung von „demnächst“ (vgl. BGHZ 168, 306 = NJW 2006, 3206; BGH, NJW 1993, 2811); nach dem Beschluss des BGH vom 09.02.2005 (NJW 2005, 1194) ist eine Zustellung selbst nach längerer Zeit (hier: etwas mehr als zwei Monate) noch als demnächst erfolgt anzusehen, wenn der Antragsteller alles ihm für eine fristgerechte Zustellung Zumutbare getan und die Verzögerung nicht schuldhaft herbeigeführt hat. Wenn die Verzögerung sowohl von der Partei als auch vom Gericht verursacht wurde, ist nach dem Urteil des BGH vom 10.02.2011 (NJW 2011, 1227) bei der Berechnung der Zeitdauer der Verzögerung auf die Zeitspanne abzustellen, um die sich der ohnehin erforderliche Zeitraum für die Zustellung der Klage als Folge der Nachlässigkeit des Klägers verzögert.“ (OLG Frankfurt aaO)

## 2. Nachforschungspflicht des Klägers

Allerdings kommt es nicht nur auf die unmittelbare Verantwortlichkeit für die Verzögerung an. Vielmehr ist der Kläger, der zunächst alles seinerseits Erforderliche getan hat, nach **gefestigter BGH-Rechtsprechung** (NJW 2006, 3206; NJW 2005, 1194; NJW-RR 1992, 470; s. auch BVerfG, NJW 2012, 2869) verpflichtet, sich bei Verzögerungen beim Gericht nach den Ursachen zu erkundigen (BGH, NJW 2005, 1194 unter Verweis auf BGH, NJW-RR 2004, 1575 = FamRZ 2004, 1368). Der **Umfang** dieser Verpflichtung hängt allerdings wesentlich davon ab, ob die Partei **infolge eigenen nachlässigen Verhaltens** mit der fehlenden Zustellung rechnen musste.

„Allerdings geht der BGH in ständiger Rechtsprechung auch davon aus, dass einer Partei solche nicht nur geringfügigen Verzögerungen zuzurechnen sind, die sie oder ihr Prozessbevollmächtigter bei sachgerechter Prozessführung hätten vermeiden können (BGHZ 145, 358 = NJW 2001, 885). Das ist nicht nur in Fällen angenommen worden, in denen Mängel der Klagschrift, etwa die Angabe einer falschen Anschrift der beklagten Partei, das Zustellungsverfahren verzögert haben (vgl. dazu die Nachw. in BGHZ 145, 358 = NJW 2001, 885), sondern auch dann, wenn nach Einreichung der Klage trotz vollständiger und ordnungsgemäßer Angabe aller maßgeblichen Verfahrensdaten die Anforderung des **Gerichtskostenvorschusses ausbleibt**. In diesen Fällen hat der BGH angenommen, der Kläger oder sein Prozessbevollmächtigter müssten **nach angemessener Frist wegen der ausstehenden Vorschussanforderung** nachfragen. Zwar sind beide nicht gehalten, von sich aus den Vorschuss zu berechnen und mit der Klage einzuzahlen (BGHZ 69, 361 [363 f.] = NJW 1978, 215 m.w.N.; BGH, NJW 1993, 2811 [unter II 2 c]), doch dürfen sie **nicht unbegrenzt lange untätig** bleiben, sondern müssen bei ausbleibender Vorschussanforderung beim Gericht nachfragen und so auf eine größtmögliche Beschleunigung der Zustellung hinwirken (BGHZ 69, 361 [363 f.] = NJW 1978, 215; BGH, NJW-RR 2003, 599 = VersR 2003, 489; NJW 2003, 2830; NJW-RR 1992, 470 = VersR 1992, 433 [unter I 3]).

Die genannten Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass der **Kläger und sein Prozessbevollmächtigter** zu dem Zeitpunkt, in dem die Verzögerung eintritt, **noch nicht alles getan haben**, was das Verfahrensrecht von ihnen zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Zustellung fordert. Das gilt auch für den Fall der fehlenden Anforderung des Gebührenvorschusses, denn auch dort Wissen der Kläger und sein Prozessbevollmächtigter, dass die Zahlung noch aussteht und die Klage erst danach zugestellt werden kann.“ (OLG Frankfurt aaO)

Selbst wenn man vorliegend davon ausgeht, dass die Klägervorteiler die vom 25.10.2012 datierende Vorschussanforderung erst am 06.02.2013 erhalten haben, beruht vorliegend die Verzögerung im Zustellungsverfahren nicht allein auf einer fehlerhaften Sachbehandlung des Gerichts, sondern vor allem auch auf einer erst nach später als drei Monaten gehaltenen Nachfrage der Klägervorteiler.

„[Diese hatten] hier nicht „alle für eine ordnungsgemäße Klagezustellung ... geforderten Mitwirkungshandlungen erbracht“ .... Dies wäre nämlich eine von Anfang an vollständige Zahlung des zutreffend ermittelten Kostenvorschusses gewesen, woran es indessen unstrittig mangelt.“ (OLG Frankfurt aaO)

## IV. Ergebnis

Mangels Hemmung nach § 204 I Nr. 1 BGB ist deshalb Verjährung etwaiger Schadenersatzansprüche des Kl. eingetreten.

(BGH in NStZ 2014, 722; Beschluss vom 20.10.2014 – 5 StR 176/14)

1. Das bloße **Bestehen eines Haftbefehls rechtfertigt nicht die Bestellung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren.**
2. Auch wenn der **Beschuldigte nicht unverzüglich** i. S. d. § 115 I StPO dem Ermittlungsrichter vorgeführt wird, ist ihm **kein Pflichtverteidiger beizuordnen.**

**A. Grundlagenwissen: Der maßgebliche Zeitpunkt für die Pflichtverteidigerbestellung**

- I. Nach **§ 140 I Nr. 4 StPO** ist die Verteidigung bereits dann eine notwendige, wenn gegen einen Beschuldigten Untersuchungshaft oder einstweilige Unterbringung vollstreckt wird.

Die **Neuregelung** des § 140 I Nr. 4 StPO hatte neben der lange erhobenen Forderung durch die Verteidigung vor allem den Hintergrund, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass die zeitnahe Bestellung eines Pflichtverteidigers (anstelle derjenigen nach drei Monaten) bei vollstreckter U-Haft zu einer Verkürzung der Haftzeiten führen werde (vgl. BT-Dr 16/13097).

- II. In der **Lit. umstritten** blieb aber trotz der Formulierung in § 141 III 4 („unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung“) der exakte Zeitpunkt der Bestellung: Während nach einer Ansicht sogar eine Frist bis zu einer Woche nach der Vorführung vor dem Ermittlungsrichter ausreichen soll (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 141 Rn. 3 m. w. Nachw.), wird von anderen häufig auf einen früheren Zeitpunkt abgestellt.

Weitgehende Einigkeit herrscht insbesondere in Veröffentlichungen durch Verteidiger darüber, dass eine **Anwesenheit des Pflichtverteidigers bereits bei der Eröffnung des Haftbefehls** aufgrund der besonderen Situation des zu inhaftierenden Beschuldigten **wünschenswert** ist (Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo-StPO, § 140 Rn 17; vgl. a. die Studie von Jahn abrufbar unter [www.jura.uni-frankfurt.de/46108219/RuPS](http://www.jura.uni-frankfurt.de/46108219/RuPS)). Aus der Zusammenschau der §§ 115 IV, 115a II 4 StPO wird darüber hinaus gefolgert, dass die Vollstreckung des Haftbefehls bereits mit der Festnahme beginne, so dass zu diesem Zeitpunkt bereits ein Pflichtverteidiger beizuordnen sei (v. Stetten in: Volk (Hrsg.) MAH Strafverteidigung, § 16 Rn 12 mwN).

Dieser Ansicht hat BGH aaO nun jedoch eine Absage erteilt.

**B. Die Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren (BGH in NStZ 2014, 722)**

**Fall:** Am 12.09.2001 wurde die 63 Jahre alte D gewaltsam getötet in ihrer Wohnung aufgefunden. Die Ermittlungen verliefen zunächst ergebnislos. Nach deren Wiederaufnahme im Dezember 2012 ergab ein DNS-Abgleich einer Speichelprobe der Angekl. Übereinstimmung u. a. mit in der Hand der Getöteten gefundenen Haaren. Gegen die Angekl. wurde am 27.02.2013 Haftbefehl erlassen. Am 05.03.2013 wurde sie festgenommen und zur Berliner Mordkommission verbracht. Noch am selben Tag und am Vormittag des folgenden Tages wurde sie jeweils nach ordnungsgemäßer Belehrung auch über ihr Recht auf Verteidigerkonsultation vernommen. Anschließend wurde sie dem Haftrichter vorgeführt. Nach weiterer korrekter Belehrung war sie aussagebereit, erklärte, keinen Anwalt zu benötigen und noch nie einen benötigt zu haben. Zur Sache bekundete sie, sie habe schon bei der Polizei ausgesagt. Was sie dort gesagt habe, sei zutreffend. Auf Vorhalt einer Passage aus einem Vernehmungsprotokoll bekundete sie, dass sie es ja gewesen sein müsse. Sie sei da gewesen und habe die Frau angegriffen. Weiter wolle sie jetzt nichts sagen. Der Ermittlungsrichter ordnete den Vollzug des Haftbefehls an und bestellte der Angekl. einen Pflichtverteidiger.

Am zweiten Hauptverhandlungstag widersprach der Verteidiger vorab der Verwertung der polizeilichen und richterlichen Vernehmungen. Nach Herbeiführung von Gerichtsbeschlüssen (§ 238 II StPO) wurden die Polizeibeamten und der Ermittlungsrichter vernommen. Ein weiterer Verwertungswiderspruch erfolgte nicht.

- I. Der **BGH** hat bereits mehrfach entschieden, dass **keine Pflicht** besteht, dem **Beschuldigten** stets bereits **frühzeitig im Ermittlungsverfahren**, etwa beginnend mit dem dringenden Verdacht eines (auch schweren) Verbrechens, einen **Verteidiger zu bestellen** (BGHSt 47, 233; BGH NStZ-RR 2006, 181; BGH NJW 2006, 1008). Das gilt auch dann, wenn ein Haftbefehl besteht.
- II. Von dieser Rspr. abzurücken, besteht nach **BGH aaO** kein Anlass.

1. Der **Gesetzgeber** hat mit dem Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2274) den **Zeitpunkt der rechtlich zwingenden Bestellung eines Pflichtverteidigers** in § 140 I Nr. 4 StPO in Kenntnis der bestehenden Rspr. bewusst auf den **Beginn der Vollstreckung der Untersuchungshaft** festgelegt.

*„Nach § 141 III 4 StPO hat die **Verteidigerbestellung „unverzüglich“** zu erfolgen, sofern der Haftbefehl nach seiner Verkündung nicht außer Vollzug gesetzt wird (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 16/13097, S. 19). Erst mit der Aufrechterhaltung der Haft nach § 115 IV 1 StPO liegt eine Vollstreckung der Untersuchungshaft i. S. des § 140 I Nr. 4 StPO vor. Forderungen, frühere Ereignisse, wofür bspw. der Erlass eines Haftbefehls oder die Ergreifung des Beschuldigten in Betracht gekommen wären, haben sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchgesetzt (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht S. 16 f.; siehe Jahn, FS Rissing-van Saan, 2011, S. 275, 277 f. m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)*

2. Diesen gesetzlichen Vorgaben wurde im hier vorliegenden Fall mit der sofortigen **Verteidigerbestellung nach Anordnung des Vollzugs der Untersuchungshaft** entsprochen.

*„Besonderheiten, etwa die Durchführung einer beweissichernden ermittlungsrichterlichen Vernehmung eines wesentlichen Belastungszeugen in Abwesenheit des Beschuldigten (vgl. BGHSt 46, 93), waren nicht gegeben. Der Umstand allein, dass die bislang unbestrafte Angekl. über keine Erfahrungen mit der Strafjustiz verfügte und mit einem Mordvorwurf konfrontiert wurde, genügt für die Annahme einer von der Verteidigung geltend gemachten Ermessensreduktion auf Null auf Seiten der StA in Richtung auf sofortige Verteidigerbestellung nicht.“ (BGH aaO)*

- III. Allerdings haben die Polizeibeamten gegen **§ 115 I StPO** verstoßen, indem sie die Angekl. nach ihrer Ergreifung nicht unverzüglich dem zuständigen Gericht vorgeführt, die **Vorführung vielmehr zum Zweck der Durchführung polizeilicher Beschuldigtenvernehmungen aufgeschoben** haben (vgl. BGH NJW 1990, 1188).

1. Dieser Verfahrensfehler verengt jedoch nicht den der StA in § 141 III 2 StPO übertragenen **Beurteilungsspielraum** betreffend das Hinwirken auf sofortige Verteidigerbestellung.

*„Vielmehr wäre es - sofern eingebunden - deren Pflicht gewesen, nachhaltig für die Wahrung des **Unverzüglichkeitsgebots** nach § 115 I StPO Sorge zu tragen. Infolge der in erster Linie auf Gewährleistung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 I GG zielenden **Schutzrichtung des § 115 I StPO** (vgl. BVerfG NStZ 1994, 551; LR/StPO-Hilger, 26. Aufl., § 115 Rn 1), die das Interesse an frühzeitiger Verteidigerbestellung (vgl. auch KK/StPO-Graf, StPO, 7. Aufl., § 115 Rn 1 a) gleichsam als Reflex mit umfasst, vermag die Verletzung dieser Vorschrift den Zeitpunkt rechtlich zwingender Verteidigerbestellung aber nicht vorzuverlagern.“ (BGH aaO)*

2. Ein **Verwertungsverbot** wäre freilich anzunehmen, wenn die Polizeibeamten die gebotene **Vorführung bewusst unterlassen hätten, um die Verteidigerbestellung durch den Haftrichter zu umgehen**.

*„Dafür sind jedoch keine Anhaltspunkte vorhanden. Hiergegen spricht vielmehr, dass der Haftrichter nach der **Wertentscheidung des Gesetzgebers** die aussagebereite Beschuldigte - wie geschehen - in dem in § 115 II StPO bezeichneten Zeitrahmen vor Vollstreckung der Untersuchungshaft ohne vorherige Verteidigerbestellung hat vernehmen dürfen. Es liegt die Annahme nahe, dass die Beamten hier in bloßer Verkennung des § 115 I StPO bestrebt waren, dem zuständigen Gericht eine tragfähige Grundlage für seine Entscheidung über den Vollzug der Untersuchungshaft zu vermitteln.*

*Die Verletzung des in § 115 I StPO normierten Unverzüglichkeitsgebots hat die Revision, nicht in einer Verfahrensrüge beanstandet, sich vielmehr ausdrücklich auf die Rüge unterlassener Verteidigerbestellung beschränkt. Damit ist dem Senat die Prüfung verwehrt, ob dieser Verfahrensfehler etwa zur Unverwertbarkeit der von der Angekl. vor der Polizei, unter Umständen auch vor dem Haftrichter gemachten Angaben hätte führen müssen; hiergegen sprächen die Einhaltung immerhin der in Art. 104 Abs. 3 GG bestimmten Frist, die nach Vorführung vor den Haftrichter und korrekter Belehrung gleichwohl erfolgte Aussage der Angekl., die den Beistand eines Verteidigers ausdrücklich nicht begehrte, sowie die Schwere des Tatvorwurfs. Die Angriffsrichtung bestimmt den Prüfungsumfang des Revisionsgerichts; einem Revisionsführer steht es wegen seiner Dispositionsbefugnis zu, ein Prozessgeschehen nur unter einem bestimmten Gesichtspunkt zu rügen, einen etwa zusätzlich begangenen Verfahrensverstoß aber hinzunehmen (vgl. BGH NStZ 2013, 671; BGH NStZ 2014, 221, jew. m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)*

**Erledigung einer Baugenehmigung  
nicht durch Nutzungsunterbrechung**

(VGH Mannheim in NVwZ 2014, 1597; Urteil vom 02.07.2014 – 8 S 1071/13)

1. Eine Baugenehmigung nach § 58 I BWLBO wirkt als **grundstücks- und vorhabenbezogener** Verwaltungsakt immer auch **für und gegen den jeweiligen Eigentümer** des Grundstücks und nicht nur für den Bauherrn und dessen Rechtsnachfolger.
2. Die **Unterbrechung einer genehmigten Nutzung** kann für sich genommen nicht zur Erledigung der Baugenehmigung auf andere Weise führen, wenn ihr kein dauernder Verzichtswille zu Grunde liegt, der **unmissverständlich und unzweifelhaft** zum Ausdruck gebracht worden ist.
3. Die **Abmeldung eines Gewerbes** kann grundsätzlich nicht als unmissverständlicher und unzweifelhafter Ausdruck eines Verzichtswillens gewertet werden.
4. Eine Baugenehmigung kann sich auf Grund einer Änderung der Sach- oder Rechtslage nur **ausnahmsweise i.S.d. § 43 II BWVwVfG auf andere Weise erledigen**. Kann einer solchen Änderung etwa durch nachträgliche Anforderungen oder Anpassungen nach § 58 VI und § 76 I BWLBO Rechnung getragen und dadurch die rechtmäßige Ausnutzbarkeit der Baugenehmigung sichergestellt werden, tritt eine solche Erledigung nicht ein.

**Fall:** Der Kl. ist Eigentümer des Grundstücks mit der Flst. Nr. ... im Gemeindegebiet der Bekl. (K-Straße ...). Auf diesem Grundstück befindet sich ein dreigeschossiges Gebäude, das ursprünglich zu einem industriell genutzten Fabrikgelände gehörte.

Mit verschiedenen Baugenehmigungen aus den Jahren 1995 und 1996 genehmigte die Bekl. die Nutzungsänderung des Erdgeschosses der Fabrikhalle in ein Tanzlokal mit 75 Stellplätzen, die Nutzungsänderung eines weiteren Teils der Halle in eine Gaststätte mit Gartenwirtschaft mit 17 Stellplätzen, den Einbau einer Speisegaststätte mit Tanzlokal im 1. Obergeschoss; den Einbau eines Cafés mit Tanzlokal und einer Gaststätte im 2. OG einschließlich der Herstellung von 84 Stellplätzen und daran anschließend die „Nutzungsänderung OG und DG des bestehenden Gebäudes in eine Erlebnisgastronomie“. Die damalige Eigentümerin angrenzender Grundstücke übernahm zu Gunsten des Baugrundstücks mit Erklärungen vom 04.10.1995 und 06.12.1995 die Baulast zur Sicherung weiterer notwendiger Stellplätze für das Vorhaben zu Lasten ihrer Grundstücke.

Am 18.03.2004 genehmigte die Bekl. der W-GmbH den Um- und Ausbau und die Renovierung des Gebäudes in allen drei Geschossen zur Diskothek „das J“. Die Bauherrin bezeichnete das Vorhaben in den eingereichten Bauvorlagen als „Ausbau und Renovierung der bestehenden Diskotheken und einer Gaststätte: Abbruch und Neubau einer Trennwand, Herstellen zweier Türrdurchbrüche, Einbau neuer Treppen- und Podestanlagen; Komplettrenovierung der Wand-, Decken- und Bodenflächen“. Der Baugenehmigung vom 18.03.2004 waren 33 „Nebenbestimmungen der Kreisbrandmeisterstelle“ beigefügt.

Mit einer weiteren Baugenehmigung vom 17.07.2007 wurde sodann auf Antrag der Fa. p die Nutzungsänderung von Teilen der Diskothek – allein Teilflächen des Erdgeschosses betreffend – in eine Verkaufsfläche mit Werkstatt genehmigt.

Die Betreiber der genehmigten Gaststätten und Diskotheken haben wiederholt gewechselt. Die W-GmbH zeigte im April 2003 die Neugründung des Betriebs „Diskothek «J»“ gewerberechtlich an. Am 25.05.2009 erfolgte die Abmeldung dieses Gewerbes zum 31.12.2005. Die J-GmbH zeigte am 16.01.2006 die Aufnahme des Gewerbes in dem Gebäude – „Betrieb gastronomischer Einrichtungen, vor allem Diskotheken sowie der Import und Handel mit Waren aller Art wie Gastronomiebedarf und technischen Geräten, soweit eine Genehmigung nicht erforderlich ist“ – zum 30.11.2005 an. Der J-Betriebs-GmbH wurde am 06.02.2006 von der Bekl. eine Gaststättenerlaubnis zum Betrieb der „Erlebnisgastronomie «Disco J»“ erteilt. Am 15.05.2009 wurde die Abmeldung zum 28.02.2007 auf Grund eines Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter der J-Betriebs-GmbH angezeigt.

Die Baulasten zur Sicherung der notwendigen Stellplätze wurden auf den Antrag der damaligen Eigentümerin am 31.08.2009 gelöscht, nachdem die Baurechtsbehörde auf sie mit der Begründung verzichtet hatte, dass ein öffentliches Interesse am Fortbestand nach der Abmeldung des Betriebs der Diskothek zum 31.12.2005 nicht mehr bestehe. Die damalige Eigentümerin des begünstigten Grundstücks, ein Vertreter oder der Insolvenzverwalter der J-Betriebs-GmbH sind vor der Löschung der Baulast nicht angehört worden.

Der Kl. schloss am 22.07.2010 mit dem Insolvenzverwalter der J-Betriebs-GmbH, für diese handelnd, einen notariell beurkundeten Kaufvertrag u.a. über das Grundstück mit der Flst. Nr. ... in ... Ein sodann von der PS-GmbH gestellter Antrag auf einen Bauvorbescheid zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit einer Nutzungsänderung in fünf Spielhallen wurde mit Bescheid der Bekl. vom 19.11.2010 abgelehnt. Ein hiergegen erhobener Widerspruch blieb erfolglos. Eine diesbezüglich erhobene Klage wurde am 27.03.2013 zurückgenommen.

Mit Schreiben vom 29.10.2010 erklärte der Kl. gegenüber der Bekl., für den Fall der abschlägigen Bescheidung der Bauvoranfrage den Betrieb der Diskothek im genehmigten Umfang wiederaufleben lassen zu wollen. Darauf-

hin teilte die Bekl. mit Schreiben vom 17.11.2010 mit, dass nach der Betriebsaufgabe vor mehr als fünf Jahren nunmehr der baurechtliche Bestandsschutz entfallen sei. Der Betrieb einer Diskothek könne daher ohne neue Baugenehmigung nicht aufgenommen werden.

Der Kl. hat am 14.04.2011 Klage erhoben, mit der er die Feststellung begehrt hat, dass die Baugenehmigung vom 18.03.2004 nicht erloschen sei, soweit sie nicht die Teilfläche im Erdgeschoss betreffe, für die mit der Baugenehmigung vom 17.07.2007 die Nutzungsänderung von Teilen der Diskothek in eine Verkaufsfläche mit Werkstatt genehmigt worden sei. Wird die Klage Erfolg haben?

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

## I. Zulässigkeit der Klage

„Die Feststellungsklage ist zulässig. Der Streit um die Fortgeltung einer wirksam erteilten Baugenehmigung betrifft das **Bestehen eines Rechtsverhältnisses** i.S.d. § 43 I VwGO. Der Kl. ist als Eigentümer des Grundstücks, für das die umstrittene Baugenehmigung erteilt worden ist, in analoger Anwendung von § 42 II VwGO klagebefugt. Denn auf Grund des Erwerbs des Eigentums am Grundstück und der damit erlangten, auch nicht schuldrechtlich beschränkten Verfügungsbefugnis ist er – auch i.S.d. § 58 II BWLBO – Rechtsnachfolger der bisherigen Eigentümerin, der J-Betriebs-GmbH, geworden. Unerheblich ist dabei, dass die Baugenehmigung nicht der vormaligen Eigentümerin, sondern der W-GmbH erteilt worden war. Denn die Baugenehmigung wirkt als grundstücks- und vorhabenbezogener Verwaltungsakt immer auch für und gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks und nicht nur für den Bauherrn und dessen Rechtsnachfolger (Sauter, BWLBO, 3. Aufl., Stand Juni 2010, § 58 Rn. 18). Dem Kl. kommt für seine Klage schließlich auch das **erforderliche berechnete Interesse an der baldigen Feststellung** (§ 43 I VwGO) zu. Denn die Bekl. bestreitet die Wirksamkeit der Baugenehmigung vom 18.03.2004 für das Grundstück des Kl., während dieser sein Gebäude als Diskothek verpachten möchte. Die bestrittene baurechtliche Zulässigkeit einer entsprechenden Nutzung vermittelt das erforderliche berechnete Interesse an einer gerichtlichen Feststellung.“ (VGH Mannheim aaO)

## II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn eine Erledigung tatsächlich nicht eingetreten ist.

Mit der am 18.03.2004 erteilten Baugenehmigung für „Umbau und Renovierung“ der Diskothek ist die Nutzung des gesamten Gebäudes K-Straße ... wirksam neu und unabhängig von früher erteilten Baugenehmigungen genehmigt worden. Die Baugenehmigung, die mit ihrer Zustellung (vgl. § 58 I 6 BWLBO) wirksam geworden ist, legalisiert insbesondere nicht nur die Umbau- und Renovierungsmaßnahmen. Dies folgt schon aus den umfangreichen brandschutzrechtlichen Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung, die erkennen lassen, dass die Nutzung des gesamten Gebäudes baurechtlich vollständig neu genehmigt worden ist.

Fraglich ist jedoch, ob sich die Baugenehmigung vom 18.03.2004 i.S.d. § 43 II BWVwVfG auf andere Weise erledigt hat.

„In **Ermangelung einer spezialgesetzlichen Regelung** - insbesondere ist § 62 I BWLBO mit seinen Bestimmungen zum Erlöschen nicht ausgenutzter Baugenehmigungen auf das Erlöschen von Baugenehmigungen für bereits errichtete, aber nicht mehr genutzte Gebäude nicht (analog) anwendbar (VGH Mannheim [Senat], NVwZ-RR 1990, 171 [172]; VGH Mannheim, BauR 2009, 1881 [1884] = NVwZ-RR 2009, 715 Ls. = NJOZ 2009, 2886) – richtet sich die **Fortdauer der Wirksamkeit** einer Baugenehmigung allein nach der allgemeinen Bestimmung des **§ 43 II BWVwVfG**.“ (VGH Mannheim aaO)

Danach bleibt ein Verwaltungsakt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist.

Die Baugenehmigung vom 18.03.2004 ist weder aufgehoben worden noch hat sie sich durch Zeitablauf erledigt.

„Ob der **bloße Zeitablauf** zur Erledigung eines Verwaltungsakts führt, ist dann, wenn – wie hier – spezialgesetzlich nichts geregelt ist, dem **Regelungsgehalt des Verwaltungsakts** zu entnehmen (Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 43 Rn. 206). **Weder** ist die Baugenehmigung **ausdrücklich befristet** noch lässt sich ihrem Inhalt eine **zeitliche Grenze** ihres Regelungsanspruchs entnehmen.“ (VGH Mannheim aaO)

Die Baugenehmigung könnte sich aber auf andere Weise i.S.d. § 43 II BWVwVfG erledigt haben.

### 1. Begriff der Erledigung auf andere Weise

„Auf andere Weise erledigt ist ein Verwaltungsakt, der seine **regelnde Wirkung verliert**. Da das Gesetz den Wirksamkeitsverlust des Verwaltungsakts bei den übrigen in § 43 II BWVwVfG genannten Varianten entweder – wie in den Fällen der Rücknahme, des Widerrufs oder der anderweitigen Aufhebung – an ein formalisiertes Handeln der Behörde oder – wie im Fall des Zeitablaufs – an einen eindeutig bestimmbar

Tatbestand knüpft, ist die Annahme einer Erledigung „auf andere Weise“ im Sinne der letzten Variante der Vorschrift **nur in eng begrenzten Ausnahmefällen** gerechtfertigt (BVerwGE 143, 87 = NVwZ 2012, 1547 Rn. 19). Als Fallgruppen für die Erledigung auf andere Weise sind insbesondere anerkannt

- der **Wegfall des Regelungsobjekts** (BVerwGE 140, 221 = NVwZ 2012, 168 Rn. 43; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1990, 171 [172]; VGH Mannheim, BauR 2009, 1881 [1884] = NVwZ-RR 2009, 715 Ls. = NJOZ 2009, 2886),
- die **inhaltliche Überholung der Regelung** durch eine neue Sachentscheidung (BVerwGE 143, 87 = NVwZ 2012, 1547 Rn. 21),
- der **einseitige Verzicht** (BVerwGE 84, 209 [211 f.] = NVwZ 1990, 464; VGH Mannheim, NVwZ 1995, 280) und
- die **Änderung der Sach- oder Rechtslage**, wenn diese den Verwaltungsakt ausnahmsweise gegenstandslos werden lässt (BVerwGE 143, 87 = NVwZ 2012, 1547 Rn. 25).“ (VGH Mannheim aaO)

## 2. Erledigung auf andere Weise durch Unterbrechung der genehmigten Nutzung

Die Unterbrechung der genehmigten Nutzung könnte zur Annahme einer Erledigung auf andere Weise Anlass geben.

### a) Erfordernis eines Verzichtswillens

Dies würde allerdings voraussetzen, dass der Nutzungsunterbrechung ein **Verzichtswille** zugrunde liegt (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1990, 171 [172]).

„Ein solcher Verzichtswille muss **unmissverständlich und unzweifelhaft** zum Ausdruck kommen, damit die Baugenehmigung erlischt (VGH Mannheim, BauR 2009, 1881 [1884] = NVwZ-RR 2009, 715 Ls. = NJOZ 2009, 2886). Hingegen spielt das so genannte **Zeitmodell des BVerwG**, das es für die Auslegung des Begriffs der „alsbaldigen Neuerrichtung“ aus § 35 IV 1 Nr. 3 BauGB entwickelt hat (BVerwGE 64, 42 [44 f.] = NJW 1982, 400) und mit dem der seit dem Untergang eines Gebäudes verstrichenen Zeitspanne je nach deren Dauer eine unterschiedliche Bedeutung für den Bestandsschutz beigemessen wird (BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 383 = BeckRS 2010, 54713 Rn. 25), für die **Erledigung einer nach baden-württembergischen Landesrecht erteilten Baugenehmigung** keine Rolle. Denn die Bestandsschutzregelung aus § 35 IV 1 Nr. 3 BauGB konkretisiert Inhalt, Umfang und Dauer der Bestandskraft einer Baugenehmigung nicht; die Begriffe und die rechtliche Bedeutung des bodenrechtlichen Bestandsschutzes einerseits und der verwaltungsverfahrenrechtlichen Bestandskraft der Baugenehmigung andererseits sind voneinander zu unterscheiden (Gatz in jurisPR-BVerwG 19/2007, Anm. 4; vgl. auch BVerwG, NVwZ 1998, 735 [736]).

Da das geltende Baurecht **keine Rechtspflicht zur fortgesetzten Nutzung einer genehmigten baulichen Anlage** kennt, kann die Unterbrechung einer genehmigten Nutzung keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Baugenehmigung haben (VGH Mannheim, NJOZ 2009, 2886 = BauR 2009, 1881 [1883 f.] = NVwZ-RR 2009, 715 Ls.). Die **bloße Nichtnutzung** kann daher jedenfalls **in aller Regel nicht als – konkludente – Erklärung** eines Verzichts auf die Baugenehmigung angesehen werden (aA in einem obiter dictum: VGH Mannheim, BauR 2003, 1539 = BeckRS 2003, 22401). Dies entspricht der Rechtsprechung anderer Oberverwaltungsgerichte, die ebenfalls eine Anwendung des „Zeitmodells“ ablehnen und auf einen geäußerten Verzichtswillen abstellen (VGH München, NVwZ-RR 2003, 726 [727]; OVG Lüneburg, BauR 2011, 1154 [1156 f.] = BeckRS 2011, 45089; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2013, 672 [673]; auch OVG Münster, BauR 2014, 679 = BeckRS 2013, 58414) sowie der wohl herrschenden Auffassung in der Lehre (vgl. etwa Mager, JA 2010, 79 [80], und Goldschmidt/de Witt, BauR 2011, 1590 [1596]).“ (VGH Mannheim aaO)

### b) Erklärung eines Verzichtswillens

Es kommt daher darauf an, ob hier die Berechtigten einen solchen Verzichtswillen ausdrücklich oder konkludent erklärt haben.

#### aa) Gewerbeabmeldung

In den Gewerbeabmeldungen betreffend den Betrieb einer Diskothek könnte ein taugliches Indiz für eine solche Verzichtserklärung liegen.

„Die **gewerberechtliche Anzeigepflicht** nach § 14 I GewO obliegt dem jeweiligen Betreiber des Gewerbes; dieser ist nach § 14 I 1 GewO verpflichtet, die Aufnahme des Gewerbes, und nach § 14 I 2 Nr. 3 GewO, die Aufgabe seines Betriebs der zuständigen Behörde anzuzeigen. Entsprechend ist jeder **Inhaberwechsel** auch mit einer Ab- und Anmeldung des Gewerbes verbunden. Bei einem nahtlosen Übergang läge es fern, in diesen Vorgängen einen Verzicht auf die Baugenehmigung zu erblicken. Andernfalls müsste – jedenfalls bei einem Eigentumswechsel – der neue Inhaber neben der Anmeldung seines Gewerbes nach § 14 I 1 GewO zugleich auch einen Antrag bei der zuständigen Baurechtsbehörde stellen, ihm ebenfalls die entsprechende gewerbliche Nutzung des Grundstücks baurechtlich zu genehmigen. Dies wäre mit dem Charakter der Baugenehmigung als grundstücksbezogene Genehmigung unvereinbar.

Vor diesem Hintergrund kann die Abmeldung des Gewerbes **grundsätzlich nicht als unmissverständlich und unzweifelhafter Ausdruck eines Verzichtswillens** gewertet werden. Dies gilt auch für den Fall, dass im Zeitpunkt der Abmeldung des Gewerbes noch nicht absehbar ist, ob es zur Fortführung desselbigen durch einen neuen Inhaber kommen wird. Dies gilt insbesondere, wenn der bisherige Inhaber um eine Veräußerung des Grundstücks bemüht ist. Die Möglichkeit, das Grundstück infolge der fortbestehenden Baugenehmigung als ein im genehmigten Umfang gewerblich nutzbares Grundstück zu veräußern, erweitert den Kreis potenzieller Käufer und erhöht den Grundstückswert. Ein Verzicht auf die Baugenehmigung liefe dem Veräußerungsinteresse regelmäßig erkennbar zuwider und kann bei verständiger Würdigung daher gerade nicht konkludent in der Gewerbeabmeldung enthalten sein.“ (VGH Mannheim aaO)

#### bb) Verwertungsbemühungen des Insolvenzverwalters

Vielleicht kann ein konkludenter Verzicht auf die Baugenehmigung den Bemühungen des Insolvenzverwalters zur Verwertung des Grundstücks entnommen werden.

„Gemäß § 159 InsO hat der Insolvenzverwalter nach dem Berichtstermin **unverzüglich** das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu **verwerten**, soweit Beschlüsse der Gläubigerversammlung nicht entgegenstehen. Die zur Masse gehörenden Gegenstände sind von ihm so gewinnbringend wie möglich zu veräußern. Angesichts dieser Umstände kann auch in dem Handeln des Insolvenzverwalters **kein unmissverständlich und unzweifelhafter Ausdruck eines Verzichtswillens** erkannt werden.“ (VGH Mannheim aaO)

#### cc) Bauantrag der Fa. p

„In dem Bauantrag der Fa. p, der zur Erteilung der Baugenehmigung vom 17.07.2007 für die Nutzungsänderung im Erdgeschoss des Gebäudes des Kl. geführt hat, kann ebenfalls kein Verzicht auf die Baugenehmigung vom 18.03.2004, soweit sie sich auf andere Räume bezieht, liegen. Denn diese Bauherrin war hinsichtlich der Baugenehmigung vom 18.03.2004 nicht dispositionsbefugt. Ihr standen die Rechte aus dieser Baugenehmigung zu keinem Zeitpunkt zu.“ (VGH Mannheim aaO)

#### dd) Verzicht auf Baulasten / Baugenehmigung für eine Nutzungsänderung im Erdgeschoss des Gebäudes am 17.07.2007

Schließlich haben auch weder der Verzicht der Bekl. auf die die notwendigen Stellplätze sichernde Baulasten noch die Erteilung der Baugenehmigung für eine Nutzungsänderung im Erdgeschoss des Gebäudes am 17.07.2007 zu einer Erledigung der im Streit befindlichen Baugenehmigung vom 18.03.2004 auf andere Weise geführt. Es handelt sich bei den beiden Ereignissen jeweils nicht um eine Änderung der Sach- oder Rechtslage, die die streitbefangene Baugenehmigung hat gegenstandslos werden lassen.

„Im Grundsatz lässt die **nachträgliche Änderung** der für den Erlass des Verwaltungsakts maßgeblichen Sach- oder Rechtslage **dessen Wirksamkeit unberührt**. Dies folgt aus § 51 I Nr. 1 BWVwVfG und der dieser Vorschrift zu Grunde liegenden Wertung. Hat danach die Behörde auf Antrag des Betroffenen über die Aufhebung oder Änderung eines unanfechtbaren Verwaltungsakts zu entscheiden, wenn sich die dem Verwaltungsakt zu Grunde liegende Sach- oder Rechtslage nachträglich zu Gunsten des Betroffenen geändert hat, können geänderte Umstände nur dann unmittelbar zum Wirksamkeitsverlust des Verwaltungsakts führen, wenn sie ihn ausnahmsweise gegenstandslos machen. Ob von einer derartigen **Gegenstandslosigkeit** auszugehen ist, hängt davon ab, ob der Verwaltungsakt nach seinem **Inhalt und Zweck** und gegebenenfalls im Zusammenhang mit den Vorschriften, auf denen er beruht, Geltung auch gerade für den Fall der veränderten Umstände beansprucht oder nicht (BVerwGE 143, 87 = NVwZ 2012, 1547 Rn. 25). Eine **Baugenehmigung** kann sich danach auf Grund einer Änderung der Sach- oder Rechtslage **nur ausnahmsweise** i.S.d. § 43 II BWVwVfG auf andere Weise erledigen. Kann einer solchen Änderung etwa durch **nachträgliche Anforderungen oder Anpassungen** nach § 58 VI und § 76 I BWLBO Rechnung getragen und dadurch die rechtmäßige Ausnutzbarkeit der Baugenehmigung sichergestellt werden, tritt eine solche Erledigung nicht ein.

Gemessen hieran führen die oben genannten Änderungen der Sach- und Rechtslage nicht zur Gegenstandslosigkeit und damit nicht zur Unwirksamkeit der Baugenehmigung vom 18.03.2004. [wird ausgeführt]“ (VGH Mannheim aaO)

### 3. Ergebnis

Die zulässige Feststellungsklage ist auch begründet. Die Baugenehmigung vom 18.03.2004 ist in dem zur Entscheidung gestellten Umfang entgegen der Auffassung der Bekl. nicht erloschen, sondern weiterhin wirksam.

**Verweigerung von Girokonto für Partei  
Einstweiliger Rechtsschutz**

(BVerfG in NVwZ 2014, 1572; Beschluss vom 11.07.2014 – 2 BvR 1006/14)

1. Auf Grund der **verfassungsrechtlich gewährleisteten Chancengleichheit der Parteien** (Art. 21 I GG i.V.m. Art. 3 I GG), die durch das Gleichbehandlungsgebot in § 5 I 1 PartG konkretisiert wird, ist eine Landesbank als Trägerin öffentlicher Gewalt – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – verpflichtet, ein Girokonto für eine politische Partei (hier: der NPD) bei einer Sparkasse zu eröffnen, ohne die Partei auf die Benutzung eines anderweitig eingerichteten Kontos oder auf die Möglichkeit verweisen zu können, bei einem privaten Kreditinstitut ein Konto zu eröffnen.
2. Auch wenn bei der vorläufigen Prüfung im **Verfahren nach § 123 VwGO** mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein **Anordnungsanspruch** gegeben ist, liegt eine Verletzung von Art. 19 IV GG durch Überspannung der Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Anordnungsgrundes nicht vor, wenn vom Antragsteller die substantiierte Darlegung verlangt wird, dass sein subjektives Recht bei Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird.

**A. Grundlagenwissen: Einstweilige Anordnung nach § 123 I VwGO**

- I. Die **einstweilige Anordnung** als Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes kommt **nach § 123 V VwGO** dann in Betracht, wenn §§ 80, 80a VwGO nicht eingreifen, weil im Hauptsacheverfahren die Anfechtungsklage nicht einschlägig ist, sondern eine Verpflichtungs-, Feststellungs- oder allgemeine Leistungsklage vorliegt.

Lediglich in den Fällen der konkreten Normenkontrolle nach § 47 VwGO findet § 123 VwGO keine Anwendung, weil hier eine eigene Regelung getroffen wurde. Es gibt also keine Regelungslücke zwischen den verschiedenen Arten des einstweiligen Rechtsschutzes. Greifen sonstige Regelungen nicht ein, ist jedenfalls § 123 VwGO einschlägig.

- II. Es sind **zwei Arten der einstweiligen Anordnung** zu unterscheiden:

1. **Sicherungsanordnung**, § 123 I 1 VwGO (vgl. § 945 ZPO)

Eine **Sicherungsanordnung** dient der Sicherung eines bestehenden Zustandes (Bewahrung des status quo), also der Abwehr von Änderungen (**vorbeugende Gefahrenabwehr**), während mit der **Regelungsanordnung** auch die Erweiterung der bestehenden Rechtsposition begehrt werden kann. Es handelt sich also um **zustandssichernde und zustandsverbessernde Maßnahmen** (Veränderung des status quo). Die Sicherungsanordnung ist also insofern die engere Regelung.

2. **Regelungsanordnung**, § 123 I 2 VwGO (vgl. § 940 ZPO).

Häufig findet eine genaue Unterscheidung in der Praxis nicht statt, da jedenfalls dann, **wenn** eine **Sicherungsanordnung** möglich ist, **auch** eine **Regelungsanordnung getroffen** werden kann (Redeker/v. Oertzen § 123 Rn 5). Dies führt dazu, dass die Rspr. meist auf § 123 I 2 VwGO zurückgreift oder gar auf eine nähere Bezeichnung verzichtet und nur § 123 I VwGO als Rechtsgrundlage nennt. Diese praktische Handhabung darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Voraussetzungen vor Sicherungs- und Regelungsanordnung unterschiedlich sind. Aus diesem Grund erfolgt hier zum besseren systematischen Verständnis eine gesonderte Darstellung der Anordnungsarten.

**B. Einstweiliger Rechtsschutz gegen Versagung der Kontoeröffnung für Partei (BVerfG in NVwZ 2014, 1572)**

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Durchsetzung des Anspruchs einer Partei auf Eröffnung eines Girokontos im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes.

Der Bf., ein nach eigenen Angaben im August 2013 gegründeter Kreisverband der NPD, bemühte sich zunächst im Oktober 2013 und sodann wieder ab Februar 2014 erfolglos um die Eröffnung eines Girokontos bei der Sparkasse ... Den Antrag des Bf., die ... Landesbank als Rechtsträgerin der Sparkasse ... im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu verpflichten, ein Geschäftsgirokonto zu eröffnen, lehnte das VG Berlin mit Beschluss vom 17.04.2014 (VG 2 L 49/14, BeckRS 2014, 54897) wegen fehlender Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes ab. Der Bf. habe weder die keinen Aufschub duldende Erforderlichkeit der Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr noch hinreichende Bemühungen um die Eröffnung eines Girokontos bei einem anderen Kreditinstitut dargelegt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde blieb erfolglos. Nunmehr wird das BVerfG angerufen. Wird die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben?

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

## I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

„Die Verfassungsbeschwerde ist ... zulässig. Die **Versagung vorläufigen Rechtsschutzes** durch die Fachgerichte kann grundsätzlich Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein, da sie eine **selbstständige Beschwer** enthält, die sich nicht mit jener der späteren Hauptsacheentscheidung deckt (BVerfGE 77, 381 [400 f.] = NVwZ 1988, 427 m.w.N.). Der Bf. hat auch den **Rechtsweg** im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes **erschöpft**. Der in § 90 II 1 BVerfGG niedergelegte Grundsatz der **Subsidiarität** steht der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde ebenfalls nicht entgegen. Danach ist die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens erforderlich, wenn es die ausreichende Möglichkeit bietet, der Grundrechtsverletzung abzuwehren (vgl. BVerfGE 77, 381 [401] = NVwZ 1988, 427). Die Notwendigkeit, vorab ein Klageverfahren zu betreiben, fehlt allerdings, wenn dies für den Bf. **nicht zumutbar** ist. Das ist der Fall, wenn die Verletzung von Grundrechten durch die Eilentscheidung selbst geltend gemacht wird, wie etwa vorliegend eine Verletzung des Art. 19 IV GG i.V.m. Art. 21 I und Art. 3 I GG durch die **Verweigerung einstweiligen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes** (vgl. BVerfGE 79, 275 [279] = NVwZ 1989, 451 = NJW 1989, 1665 Ls. m.w.N.).“ (BVerfG aaO)

## II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichte könnte den Bf. in seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV i.V.m. Art. 21 I und Art. 3 I GG verletzen.

### 1. Gewährleistungsgehalt

„Art. 19 IV GG garantiert über das formelle Recht, die Gerichte anzurufen, hinaus die Effektivität des Rechtsschutzes (vgl. BVerfGE 35, 263 [274] = NJW 1973, 1491; stRspr). Das gilt **auch** für den **verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz** gem. § 123 VwGO. Die Auslegung und Anwendung des § 123 VwGO kann vom BVerfG aber nur daraufhin überprüft werden, ob sie Fehler erkennen lässt, die auf einer **grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des Grundrechts** des jeweiligen Ast. und seines Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz beruhen (vgl. BVerfGE 79, 69 [74] = NJW 1989, 827 = NVwZ 1989, 352 Ls.). Droht dem Ast. bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine **erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten**, die durch eine der Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so ist – erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs – einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, es sei denn, dass **ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen** (vgl. BVerfGE 79, 69 [74 f.] = NJW 1989, 827 = NVwZ 1989, 352 Ls.; BVerfGE 93, 1 [13 f.] = NJW 1995, 2477 = NVwZ 1995, 1197 Ls.). Je schwerer die sich aus der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes ergebenden Belastungen wiegen und je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie im Falle des Obsiegens in der Hauptsache rückgängig gemacht werden können, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtspositionen zurückgestellt werden (vgl. BVerfGE 35, 382 [402] = NJW 1974, 227). Entscheidend ist, dass die Prüfung eingehend genug ist, um den Ast. vor erheblichen und unzumutbaren, anders weder abwendbaren noch reparablen Nachteilen effektiv zu schützen (vgl. BVerfGE 79, 69 [74] = NJW 1989, 827 = NVwZ 1989, 352 Ls.; BVerfGE 93, 1 [13 f.] = NJW 1995, 2477 = NVwZ 1995, 1197 Ls.; BVerfGK 5, 135 [139 f.] = NVwZ-RR 2005, 442).“ (BVerfG aaO)

### 2. Anwendung auf den Fall

Es kommt demnach darauf an, ob die Verwaltungsgerichts Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund diesen Maßstäben entsprechend geprüft haben.

#### a) Vorliegen eines Anordnungsanspruchs

Vom Vorliegen eines Anordnungsanspruchs kann ausgegangen werden.

„Nach dem unwidersprochenen Vortrag des Bf. führt die Landesbank ... bei der Sparkasse ... Girokonten für Kreisverbände anderer Parteien. Auf Grund der verfassungsrechtlich gewährleis-

teten **Chancengleichheit der Parteien** (Art. 21 I GG i.V.m. Art. 3 I GG), die durch das **Gleichbehandlungsgebot** in § 5 I 1 PartG konkretisiert wird (vgl. BVerfGK 10, 363 [364] = BeckRS 2007, 21805), ist die Landesbank ... als Trägerin öffentlicher Gewalt deshalb – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – verpflichtet, ein Girokonto für den Bf. bei der Sparkasse ... zu eröffnen, ohne diesen auf die Benutzung eines anderweitig eingerichteten Kontos oder auf die Möglichkeit verweisen zu können, bei einem privaten Kreditinstitut ein Konto zu eröffnen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.08.2010 – 6 B 16/10, BeckRS 2010, 52475 Rn. 11; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007 – OVG 3 B 7/06, BeckRS 2008, 30190 = BeckRS 2008, 35069; OVG Schleswig, Beschl. v. 26.01.2010 – 2 MB 28/09, BeckRS 2010, 46356).“ (BVerfG aaO)

#### b) Vorliegen eines Anordnungsgrundes

Fraglich ist jedoch, ob die Verwaltungsgerichte zu Unrecht das Vorliegen eines Anordnungsgrundes verneint haben, weil Sie die Anforderungen an die Glaubhaftmachung überspannt haben.

„Die angefochtenen Entscheidungen lassen jedoch eine verfassungswidrige **Überspannung der Anforderungen an die Glaubhaftmachung** des Anordnungsgrundes nicht erkennen. Auch wenn – wie hier – mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein **Anordnungsanspruch vorliegt**, ist für eine Verletzung von Art. 19 IV GG jedenfalls erforderlich, dass das subjektive Recht des Bf. bei Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes **mehr als nur unerheblich beeinträchtigt** wird (vgl. BVerfGE 79, 69 [77] = NJW 1989, 827 = NVwZ 1989, 352 Ls.). Hierfür war **im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung** des OVG **nichts ersichtlich**. Weder hatte der Bf. substantiiert geltend gemacht, für den Europawahlkampf auf die erwartete Spende i.H.v. 1.500,00 € dringend angewiesen zu sein, noch nachvollziehbar dargelegt, weshalb die benötigten Kabelbinder nur mittels eines Girokontos bei der Sparkasse ... beschafft werden könnten (vgl. auch BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 15.05.2014 – 2 BvR 1006/14, BeckRS 2014, 52024 Rn. 8). Auch im Übrigen sind die Verwaltungsgerichte nachvollziehbar davon ausgegangen, dass der Bf. die keinen Aufschub duldende Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr (über ein Konto bei der Sparkasse ...) nicht dargelegt habe. Da eine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung des Rechts auf Chancengleichheit, hier in seiner Ausprägung durch § 5 I 1 PartG, nach alledem nicht zu befürchten war, gebot Art. 19 IV GG vorliegend nicht die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes.“ (BVerfG aaO)

### III. Ergebnis

Der Bf. wird nicht in seinem Grundrecht aus Art. 19 IV GG i.V.m. Art. 21 I und Art. 3 I GG verletzt. Die Verfassungsbeschwerde ist nicht begründet.

## Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 29

### Erfüllungsort bei Rücktritt Austauschort

ZPO

(OLG Düsseldorf in KammerMitt RAK Düsseldorf 2014, 429; Beschluss vom 17.03.2014 – I-5 Sa 7/14)

**Einheitlicher Erfüllungsort i. S. d. § 29 ZPO für den Vollzug des Rücktritts** (früher: Wandlung) ist der sog. **Austauschort**, also der Ort, an dem sich die Sache zur Zeit des Rücktritts "vertragsgemäß" befindet. Die bloße **Aufbewahrung einer Sache an einem bestimmten Ort**, z. B. in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Kl., **genügt daher nicht, um an diesem Ort einen Gerichtsstand zu begründen**.

*„Ein besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes i. S. d. § 29 ZPO ergibt sich nicht daraus, dass sich die Kaufsache in den Büroräumen des Prozessbevollmächtigten der Kl. in Düsseldorf befindet. Einheitlicher Erfüllungsort für den Vollzug des Rücktritts (früher: Wandlung) ist der sog. Austauschort, das ist derjenige Ort, an dem sich die Sache zur Zeit des Rücktritts vertragsgemäß befindet (BGH NJW 1983, 1479). Die bloße Aufbewahrung einer Sache an einem bestimmten Ort genügt daher nicht. Die Argumentation der Kl., dem Käufer einer Brille stehe es frei, diese an jeden beliebigen Ort mitzunehmen (und so an jedem beliebigen Ort einen Gerichtsstand zu begründen) ist originell, aber ersichtlich falsch. Denn in diesem Fall fehlt gerade eine vertragsgemäße Bestimmung des Ortes, wo sich die Sache befinden soll. Eine solche Bestimmung kann in der Regel für den Wohnsitz des Käufers angenommen werden (wenn dem Verkäufer bewusst ist, dass der Käufer die Sache dorthin verbringen wird), nicht aber für jeden anderen Ort.“ (OLG Düsseldorf aaO)*

ZPO  
§§ 139 II 1, 522 II

### Gerichtliche Hinweispflicht Berufungs-Beschluszurückweisung

ZPO

(BGH in NJW-RR 2014, 1431; Beschluss vom 01.10.2014 – VII ZR 28/13)

Stützt ein Berufungsgericht in einem **Hinweis nach § 522 II 2 ZPO** seine Rechtsauffassung auf einen **Gesichtspunkt, den der Berufungskläger erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat**, muss diesem **Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden**, § 139 II 1 ZPO. Die hierdurch veranlassten **neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel dürfen nicht zurückgewiesen werden**.

*„Bleiben Angriffsmittel einer Partei deswegen unberücksichtigt, weil der Tatrichter sie in **offenkundig fehlerhafter Anwendung einer Präklusionsvorschrift** wie des § 530 ZPO zu Unrecht für ausgeschlossen erachtet hat, so ist zugleich das rechtliche Gehör (Art. 103 I GG) der Partei verletzt (vgl. BGH BeckRS 2013, 16136; BGH NJW-RR 2013, 655 = NZBau 2013, 433 = BauR 2013, 1146, jew. zu § 531 ZPO).*

*Stützt ein BerGer. in einem Hinweis nach § 522 II 2 ZPO seine Rechtsauffassung auf einen Gesichtspunkt, den der Berufungskläger erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, muss diesem Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, § 139 II 1 ZPO. Die hierdurch veranlassten neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel dürfen nicht zurückgewiesen werden.“ (BGH aaO)*

ZPO  
§ 180

### Ersatzzustellung Gemeinschaftsbriefkasten

ZPO

(OLG Hamm in NSTZ-RR 2014, 376; Beschluss vom 11.09.2014 – 5 RVs 85/14 u. 5 Ws 252 u. 253/14)

Eine **wirksame Ersatzzustellung** kann auch durch **Einwurf der Ladung in einen Gemeinschaftsbriefkasten** erfolgen. Dies setzt voraus, dass

- der Gemeinschaftsbriefkasten durch eine entsprechende Beschriftung eine **eindeutige Zuordnung zum Zustellungsempfänger** erlaubt,
- der Adressat seine **Post typischerweise erhält** und
- der **Kreis der Mitbenutzer überschaubar** ist.

*„Wird der Angekl. im Wege der Ersatzzustellung durch Einlegung in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten (§ 180 ZPO) geladen, so ist von einer wirksamen Ladung auszugehen, wenn der Angekl. zum Zustellungszeitpunkt **unter der Zustelladresse tatsächlich wohnhaft** war (vgl. OLG Karlsruhe Justiz 2008, 371 f.) oder zu einer vormals dauerhaft genutzten Wohnung einen fortlaufenden Kontakt beibehält (vgl. BayObLG DAR 2004, 281; OLG Hamburg NJW 2006, 1685). Letzteres kann bspw. dadurch geschehen, dass der Zustellungsadressat seine vormalige Wohnung weiterhin für das Sammeln der an ihn gerichteten Post nutzt (vgl. BayObLG aaO).*

*Der Wirksamkeit der Ersatzzustellung steht auch nicht entgegen, dass die Ladung in einen Gemeinschaftsbriefkasten eingeworfen worden ist. Die Ersatzzustellung durch Einlegen in einen Briefkasten erfordert die **eindeutige Zuordnung zum Zustellungsempfänger**. Eine solche eindeutige Zuordnung ist auch bei Gemeinschaftsbriefkästen möglich, wenn eine entsprechende Beschriftung vorgesehen ist, der Adressat seine Post typischerweise erhält und der Kreis der Mitbenutzer überschaubar ist (vgl. OLG Frankfurt NSTZ-RR 2010, 349). Außerdem muss eine **sichere Aufbewahrung der zuzustellenden Schriftstücke gewährleistet** sein (vgl. OLG Hamm VRS 107, 109). Die vorgenannten Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall allesamt erfüllt (wird ausgeführt).“ (OLG Hamm aaO)*

**Beschwerdebegründungsfrist**  
Verlängerung durch das unzuständige Gericht

(BGH in FuR 2014, 708; Beschluss vom 20.08.2014 – XII ZB 155/13)

Auf eine vom Ausgangsgericht irrtümlich gewährte Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist darf der Verfahrensbevollmächtigte sich nicht verlassen, denn ausschlaggebend ist allein, ob das zur Entscheidung über die Beschwerde zuständige Gericht eine Fristverlängerung gewährt.

„Die Frist war auch nicht wirksam durch die Abteilungsrichterin des Familiengerichts verlängert worden, da über die Verlängerung der Begründungsfrist der Vorsitzende des Beschwerdegerichts entscheidet (§ 117 I 4 FamFG i. V. m. § 520 II 2, 3 ZPO). Insoweit liegt der Fall anders als bei der Fristverlängerung durch den Vorsitzenden eines nicht berufenen Spruchkörpers (BGHZ 37, 125 = NJW 1962, 1396; offen gelassen in einem wiederum anders gelagerten Fall BGH NJW 2009, 1149).“ (BGH aaO)

**Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers**  
Rechtsweg

(BAG in NZA 2015, 60; Beschluss vom 22.10.2014 – 10 AZB 46/14)

- I. Ist der Geschäftsführer einer GmbH durch die Gesellschafter abberufen worden und ist ihm dies bekanntgegeben worden, endet die Fiktion des § 5 I 3 ArbGG. Nach der Abberufung des Geschäftsführers richtet sich die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen bei Rechtsstreitigkeiten zwischen diesem und der Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen.

„Nach § 2 I Nr. 3a und b ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis und über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses. Wer Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes ist, bestimmt § 5 ArbGG.

Nach § 5 I 1 ArbGG sind Arbeitnehmer Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. In Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit gelten jedoch nach § 5 I 3 ArbGG Personen nicht als Arbeitnehmer, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind. Für einen Rechtsstreit zwischen dem Vertretungsorgan und der juristischen Person sind nach dieser gesetzlichen Fiktion die Gerichte für Arbeitssachen nicht zuständig.

Die Fiktion des § 5 I 3 ArbGG greift unabhängig davon ein, ob das der Organstellung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis materiell-rechtlich als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist. Sie soll sicherstellen, dass die Mitglieder der Vertretungsorgane mit der juristischen Person keinen Rechtsstreit im „Arbeitgeberlager“ vor dem Arbeitsgericht führen (BAGE 107, 165 = NZA 2003, 1108). Auch wenn ein Anstellungsverhältnis zwischen der juristischen Person und dem Mitglied des Vertretungsorgans wegen dessen starker interner Weisungsabhängigkeit als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist und deshalb materielles Arbeitsrecht zur Anwendung kommt, sind zur Entscheidung eines Rechtsstreits aus dieser Rechtsbeziehung die ordentlichen Gerichte berufen, solange die Fiktion Wirkung entfaltet (BAGE 139, 63 m. w. Nachw.).“ (BAG aaO)

- II. Ist ein GmbH-Geschäftsführer zum Zeitpunkt der Klagezustellung noch nicht abberufen gewesen, steht einer Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zunächst § 5 I 3 ArbGG entgegen. Die Sperrwirkung der Fiktion entfällt jedoch dann, wenn die Abberufung vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit noch erfolgt. Zuständigkeitsbegründende Umstände sind im Rahmen des Verfahrens nach § 17 III GVG zu berücksichtigen; dies gilt auch dann, wenn sie bei Klageerhebung noch nicht vorlagen.

1. Nach bisheriger Senatsrechtsprechung müssen die Voraussetzungen für das Eingreifen der Fiktion des § 5 I 3 ArbGG im Zeitpunkt der Zustellung der Klage vorliegen. Ist ein Geschäftsführer zu diesem Zeitpunkt noch nicht wirksam abberufen, ist und bleibt für die Klage der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten und nicht zu den Arbeitsgerichten zulässig (BAG BeckRS 2014, 73465 Rn. 23 m. w. Nachw.). Hieran hält BAG aaO nicht weiter fest.

„Nachträgliche zuständigkeitsbegründende Umstände sind vielmehr auch dann zu berücksichtigen, wenn ein zum Zeitpunkt der Klageerhebung vor dem Arbeitsgericht noch nicht abberufener Geschäftsführer vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit abberufen wird. Damit entfällt die Fiktionswirkung des § 5 I 3 ArbGG.

Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen richtet sich die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs zunächst nach den tatsächlichen Umständen zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit (MüKo-ZPO/Zimmermann, 4. Aufl., § 17 a GVG Rn. 8; Kissel/Mayer, GVG, 7. Aufl., § 17 Rn. 9f.). Nachträgliche Veränderungen führen grds. nicht zum Verlust des einmal gegebenen Rechtswegs. Dieser in § 17 I 1 GVG enthaltene Grundsatz der perpetuatio fori gilt jedoch nur rechtswegerhaltend. Alle bis zur letzten Tatsachenverhandlung eintretenden Umstände, welche die zunächst bestehende Unzulässigkeit des Rechtswegs beseitigen, sind dagegen zu berücksichtigen, sofern nicht vorher ein rechtskräftiger Verweisungsbeschluss ergeht (Kissel NJW 1991, 945; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 72. Aufl., § 17 GVG Rn. 3, § 261 ZPO Rn. 31; MüKo-ZPO/Zimmermann, § 17 GVG Rn. 6; Musielak/Wittschier, 11. Aufl., § 17 GVG Rn. 4; Prütting/Gehrein/Bitz, 5. Aufl., § 17 GVG Rn. 7; Stein/Jonas/Jacobs, 22. Aufl., § 17 GVG Rn. 12; Thomas/Putzo/Hüßtege, 35. Aufl., § 17 GVG Rn. 3; Wieczorek/Schütze/Schreiber, 3. Aufl., § 17 GVG Rn. 4; Zöller/Lückemann, ZPO, 30. Aufl., § 17 GVG Rn. 2). Wird vorab gem. § 17 a III GVG über die Rechtswegzuständigkeit entschieden, sind spätere zuständigkeitsbegründende Veränderungen auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nach § 17 a IV GVG zu berücksichtigen, wenn sie dort zulässigerweise eingeführt werden können (BGHZ 130, 13 = NJW 1995, 2295; Zöller/Lückemann, § 17 GVG Rn. 2). Dies dient vor allem der Prozessökonomie (Kissel NJW 1991, 945; Wieczorek/Schütze/Schreiber, § 17 GVG Rn. 4; Zöller/Lückemann, § 17 GVG Rn. 2) und soll vermeiden, dass ein Rechtsstreit verwiesen wird, auch wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs die Zuständigkeit des entscheidenden Gerichts begründet ist. Die veränderten zuständigkeitsrelevanten Umstände können damit dazu führen, dass ein ursprünglich begründeter Verweisungsantrag unbegründet wird (MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 261 Rn. 80; zur Möglichkeit der Erledigungserklärung in einem solchen Fall: BGH NJW-RR 2001, 1007).“ (BAG aaO)

2. Soweit das **BAG** die Auffassung vertreten hat, es komme für das Eingreifen der Fiktionswirkung des § 5 I 3 ArbGG ausschließlich auf die **Umstände zum Zeitpunkt der Klageerhebung** an (vgl. BAG BeckRS 2014, 73465; BAG BeckRS 2013, 66911), hält BAG aaO hieran nicht mehr fest.

„Zwar ist dieser Zeitpunkt zunächst entscheidend für die Bestimmung des zuständigen Gerichts und geeignet, rechtssicher festzustellen, ob § 5 I 3 ArbGG der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen entgegensteht. Eine Durchbrechung der allgemeinen Grundsätze über die Berücksichtigung zuständigkeit begründender Umstände rechtfertigt dies jedoch nicht und eine solche gibt § 5 I 3 ArbGG auch nicht vor. Die **Abberufung als Geschäftsführer lässt sich auch zu jedem späteren Zeitpunkt sicher feststellen**. Das **ausschließliche Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageerhebung eröffnet dagegen die Möglichkeit einer Manipulation**. Käme es allein auf diesen Zeitpunkt an, hätten es die Gesellschafter nach einer Kündigung in der Hand, durch ein Hinausschieben der Abberufungsentscheidung eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte auch in den Fällen auszuschließen, in denen unzweifelhaft ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Der Kl. hat nämlich in einem solchen Fall gem. § 4 S. 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage zu erheben, um den Eintritt der Fiktionswirkung des § 7 KSchG zu verhindern. Die nachträgliche Berücksichtigung von Umständen, welche die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs erst begründen, verhindert i. Ü. bei mehreren nacheinander erklärten Kündigungen regelmäßig auch eine Aufspaltung der Zuständigkeit in Abhängigkeit vom Zeitpunkt der Abberufung des Geschäftsführers.“ (BAG aaO)

StPO  
§ 44 S. 2

**Rechtsmittelfristversäumung**  
Nach eigenmächtigem Verlassen des Sitzungssaals

StPO

(OLG Bamberg in NSTZ-RR 2014, 376; Beschluss vom 01.07.2014 – 3 Ss 84/14)

Die **gesetzliche Vermutung des § 44 S. 2 StPO hebt** auch bei unterbliebener Rechtsmittelbelehrung **nur das Erfordernis fehlenden Verschuldens des Antragstellers auf**, ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Belehrungsmangel und Fristversäumnis muss jedoch auch in diesem Fall gegeben sein.

Verlässt der Angekl. nach vollständiger Eröffnung der Urteilsgründe, aber noch vor Erteilung der mündlichen Rechtsmittelbelehrung eigenmächtig den Sitzungssaal, so hat er die **Erteilung der Rechtsmittelbelehrung willentlich** mit der Folge **vereitelt**, dass die gesetzliche Vermutung des § 44 S. 2 StPO keine Anwendung findet.

„Denn **die gesetzliche Vermutung des § 44 S. 2 StPO hebt** auch bei unterbliebener Rechtsmittelbelehrung **nur das Erfordernis fehlenden Verschuldens des Ast. auf**. Ein **ursächlicher Zusammenhang zwischen Belehrungsmangel und Fristversäumnis ist** jedoch auch in diesem Fall **erforderlich** (BGH NSTZ 2001, 45; OLG Düsseldorf NSTZ 1989, 242 und NSTZ 1986, 233; Wendisch MDR 1984, 71; OLG Frankfurt a. M. NSTZ-RR 2007, 206 = NJW 2007, 2712; vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 44 Rn 22 und Maul, KK-StPO, 7. Aufl., § 44 Rn 36 – jew. m. w. Nachw.). Insoweit hat der Angekl. allerdings mit keinem Wort dargelegt oder sich gar ausdrücklich darauf berufen, die einwöchige Einlegungsfrist in Folge der unterbliebenen Belehrung, nämlich auf Grund Unkenntnis der Rechtsmittelfrist versäumt zu haben. Auch sonst lässt sich nach dem Zusammenhang seiner zum Wiedereinsetzungsgesuch gegebenen Begründung (OLG Frankfurt a. M. NSTZ-RR 2007, 206) nicht erkennen, dass gerade die fehlende Belehrung ihn an der Fristwahrung gehindert hat.

Nur ergänzend bemerkt der Senat, dass von einer **unverschuldeten Säumnis** hier keine Rede sein kann: Indem der Angekl. im Anschluss an die Verkündung des Urteils eigenmächtig den Sitzungssaal verlassen hat, hat er die Erteilung einer Rechtsmittelbelehrung willentlich mit der Folge vereitelt, dass die gesetzliche Vermutung des § 44 S. 2 StPO keine Anwendung findet. In einem solchen Fall ist das Gericht auch unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge nicht verpflichtet, die Rechtsmittelbelehrung schriftlich nachzuholen, da der Angekl. dies durch sein Verhalten verwirkt hat. Vielmehr hätte sich der Angekl. eine sich daraus ergebende Unkenntnis über die Rechtsmittelfrist als **eigenes Verschulden** zurechnen zu lassen, so dass eine – gegebenenfalls von Amts wegen zu gewährende – Wiedereinsetzung auch in der Sache nicht in Betracht käme (OLG Köln NSTZ 2009, 655; vgl. auch OLG Düsseldorf ZfZ 1984, 218).“ (OLG Bamberg aaO)

StPO  
§ 306 II

**Abhilfefrist**  
Beginn der 3-Tagesfrist

StPO

(BGH in BayVBl 2014, 735; Urteil vom 13.02.2014 – III ZR 311/13)

Die **3-Tagesfrist des § 306 II StPO beginnt bereits mit dem Eingang der Beschwerde beim iudex a quo**. Im Regelfall sind binnen dieser Frist die Nichtabhilfeentscheidung zu treffen und die Weiterleitung der Akten an das Beschwerdegericht anzuordnen.

„Der Umstand, dass es sich bei der genannten Regelung allein um eine „**Soll-Vorschrift**“ handelt (vgl. KG, Beschl. v. 03.07.2000 – 3 Ws 303/00 – juris; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 306 Rn 11; Zabeck, KK-StPO, 7. Aufl., § 306 Rn 18), darf nicht dazu verleiten, eine Beschwerde erst mit erheblicher Verzögerung an das BeschwerGer. weiterzuleiten (so auch OLG Naumburg, Beschl. v. 08.08.2000 – 1 Ws 359/00 – juris). Vielmehr stellt die unverzügliche Weiterleitung der Beschwerde nach dem **Willen des Gesetzgebers** den Regelfall, deren Nichteinhaltung hingegen die Ausnahme dar. Die **Frist beginnt** auch nicht erst mit der Nichtabhilfeentscheidung, sondern **bereits mit dem Eingang der Beschwerde beim Gericht** (vgl. Zabeck, § 306 Rn 18; Meyer-Goßner/Schmitt, § 306 Rn 11). Da sich die Vorschrift nach ihrem Wortlaut an den Erstrichter wendet, beschreibt sie, bis wann die Vorlage der Beschwerde anzuordnen ist, nicht hingegen den Zeitpunkt bis zum Eingang der Beschwerde beim BeschwerGer. (vgl. Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 306 Rn 23).

Auch wenn die Regelung vordergründig nur die Verfahrensweise bis zur Anordnung der Weiterleitung der Akten beschreibt, darf sie nicht dahin missverstanden werden, dass die nachfolgende – die Anordnung ausführende – Übermittlung der Beschwerde samt Akten nunmehr zögerlich erfolgen dürfte. Denn Ziel des § 306 II 2. Hs. StPO ist es, dem OberGer. eine möglichst rasche Entscheidung über die Beschwerde zu ermöglichen. Die einfachgesetzliche Regelung stellt daher eine **spezielle Ausprägung des Beschleunigungsgrundsatzes** dar (vgl. Matt, § 306 Rn 23 Fn 71). Der mit einer frühzeitigen Nichtabhilfeentscheidung erreichte Zeitgewinn würde aber zunichte gemacht werden, wenn die anschließende Weiterleitung der Akten und die Bearbeitung der Beschwerde verspätet erfolgen würde. Mithin gebieten **Sinn und Zweck des § 306 II 2. Hs. StPO** ebenso wie der allgemeine Beschleunigungsgrundsatz – auch nach Erlass der Nichtabhilfeentscheidung – eine insgesamt vorrangige Bearbeitung des Beschwerdeverfahrens.

Dies gilt umso mehr, wenn Gegenstand der Beschwerde eine Entscheidung ist, mit der ein Eingriff in die Rechte des Art. 2 II 2 GG verbunden ist. Eine Überschreitung der Dreitagesfrist kann hingegen dann zulässig sein, wenn der Bf. gegenüber dem *judex a quo* weiteren Vortrag angekündigt hat und mit einer dadurch verursachten Verzögerung des Verfahrens einverstanden ist; gleiches kann gelten, wenn zur Bearbeitung der Beschwerde weitere kurzfristige Ermittlungen erforderlich erscheinen (vgl. OLG München NJW 1973, 1143; Matt, § 306 Rn 23; a. A. Meyer-Goßner/Schmitt, § 306 Rn 11).

§ 306 II StPO ist **keine bloße Ordnungsvorschrift**. Sie regelt zwar nicht, welche Folge eine Fristüberschreitung nach sich zieht. Doch darf weder daraus noch aus ihrem Charakter als „Soll-Vorschrift“ geschlossen werden, dass eine Fristüberschreitung ausnahmslos folgenlos bleiben müsste. Jedenfalls bei erheblichen Fristüberschreitungen ist vorstellbar, dass der damit einhergehende Verstoß gegen den Beschleunigungsgrundsatz einer Beschwerde (mit) zum Erfolg verhelfen kann (offen gelassen vom OLG Naumburg, Beschl. v. 8.8.2000 – 1 Ws 359/00 – juris).“ (BGH aaO)

---

StPO  
§ 302 I 2

### Rechtsmittelverzicht Informelle Verständigung

StPO

(OLG Köln in NSTZ 2014, 727; Beschluss vom 07.08.2014 – 2 Ws 435/14)

Das **Verbot eines Rechtsmittelverzichts gilt auch im Falle einer informellen Verständigung**.

„Ein im Verständigungsverfahren unzulässiger Rechtsmittelverzicht ist auch dann unwirksam, wenn dem Urteil eine informelle Verständigung vorausgegangen ist. Denn durch Verständigungen, die nicht den gesetzlichen Formerfordernissen genügen, **darf das Verbot eines Rechtsmittelverzichts nicht umgangen werden**. Daher gilt das Verbot des § 302 I 2 StPO erst recht für eine informelle Absprache (BGH NJW 2014, 872), von der hier auszugehen ist.“ (OLG Köln aaO)

---

StPO  
§ 350 I 1

### Revisionshauptverhandlung Anwesenheit des Wahlverteidigers

StPO

(BGH in NZSt 2015, 47; Verfügung vom 25.09.2014 – 2 StR 163/14)

Die Praxis, wonach **Revisionshauptverhandlungen ohne Anwesenheit des vom Angekl. gewählten Verteidigers** durchgeführt werden, **genügt den Anforderungen des Art. 6 III c MRK nicht**. Erscheint ein **Wahlverteidiger**, dem der Termin der Hauptverhandlung gem. § 350 I StPO mitgeteilt wurde, zur Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht nicht, oder teilt er vorab mit, das er nicht erscheinen werde, ist er i. d. R. zum **Pflichtverteidiger für die Revisionshauptverhandlung** zu bestellen, um das **Recht des Angekl. auf Verteidigung aus Art. 6 III c MRK zu wahren**.

„Nach dem **Wortlaut des § 350 I 1, II StPO** ist die **Anwesenheit eines gewählten Verteidigers in der Revisionshauptverhandlung grds. nicht erforderlich**. Nach der bisherigen Rspr. und Übung ist ein **Pflichtverteidiger** für die Revisionshauptverhandlung nur dann zu bestellen, wenn ein „schwerwiegender Fall“ vorliegt (BVerfGE 46, 202) oder die Rechtslage besonders schwierig ist (vgl. BGHSt 19, 258; Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 57. Aufl., § 350 Rn 7 f. m. w. Nachw.).

Nach Auffassung des 2. Strafsenats **genügt die bisherige Praxis**, wonach zahlreiche Revisionshauptverhandlungen ohne Anwesenheit der Angekl. und ihrer gewählten Verteidiger durchgeführt werden, **den Anforderungen des Art. 6 III c MRK nicht**. In Anbetracht des Umstands, dass die Revision zum BGH das **einzigste Rechtsmittel** gegen Urteile der großen Strafkammern der LG und der erstinstanzlichen Senate der OLG ist, erscheint es nicht vertretbar, den Angekl. in Hauptverhandlungen, an deren Ende eine ihn beschwerende Entscheidung ergehen kann, ohne jegliche Vertretung und - bei regelmäßiger Abwesenheit des Angekl. selbst - jedenfalls faktisch ohne rechtliches Gehör zu lassen. Das gilt vor allem bei Hauptverhandlungen über Revisionen der StA oder von Nebenklägern, muss aber gleichermaßen für solche über Revisionen des Angekl. gelten.

Dem steht nicht entgegen, dass es **dem Angekl. freigestellt** ist, **sich in der Hauptverhandlung durch einen Wahlverteidiger vertreten zu lassen** (§ 350 II 1 StPO) und dass dem Nichterscheinen eines Verteidigers auch ein Kosteninteresse des Angekl. zugrunde liegen kann.

Die Gründe, aus welchen ein Wahlverteidiger nicht zur Revisionshauptverhandlung erscheint, können vielfältig sein und müssen mit den Interessen des Angekl. nicht übereinstimmen. Auf das mögliche Interesse des Angekl., nicht mit Pflichtverteidigerkosten als Verfahrenskosten belastet zu werden, kommt es nach der gesetzlichen Wertung des § 140 StPO nicht an.

Teilt ein **Wahlverteidiger** mit, dass er zur Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht nicht erscheinen werde, ist er daher in der Regel **zum Pflichtverteidiger für die Revisionshauptverhandlung zu bestellen**, um die Durchführung des Verfahrens zu sichern. Das hierin möglicherweise liegende berufstypische Sonderopfer hat er hinzunehmen.“ (BGH aaO)

---

OWiG  
§ 79 I 1 Nr. 5

### Versagung rechtlichen Gehörs Unterbliebene Terminsachricht

OWiG

(KG in NSTZ 2015, 41; Beschluss vom 03.04.2014 – 3 Ws (B) 162/14 – 122 Ss 49/14)

Die Vorschrift des **§ 79 I 1 Nr. 5 OWiG** ist **entsprechend anwendbar**, wenn die **Anklagebehörde** trotz ihrer ausdrücklichen Erklärung, an der Hauptverhandlung teilnehmen zu wollen, **über den Termin nicht unterrichtet wird** und die **Hauptverhandlung in ihrer Abwesenheit stattfindet**.

„Zwar betrifft diese Bestimmung unmittelbar nur den Fall, dass das AG in einer Bußgeldsache gegen den Willen des Betroffenen oder der StA im Wege des Beschlussverfahrens gem. § 72 I OWiG entschieden hat. Nach dem **Grundgedanken**, eine **Beschneidung der Rechte und Mitwirkungsmöglichkeiten der Beteiligten zu verhindern** und ihnen ggf. die Rechtsbeschwerdemöglichkeit zu geben, ist sie indes **über ihren Wortlaut hinaus entsprechend anzuwenden**, wenn die einem Verfahrensbeteiligten **vom Gesetz eingeräumte Mitwirkungsmöglichkeit** bei der Gestaltung des Verfahrens übergangen und seine in Ausübung dieses Rechts abgegebene prozessuale Erklärung nicht berücksichtigt wurde oder das Gericht die Hauptverhandlung ohne Einverständnis eines Beteiligten in dessen Abwesenheit durchgeführt hat (vgl. KG VRS 109, 125; KG VRS 124, 303; OLG Stuttgart Justiz 2003, 597; BayObLG VRS 55,

446; OLG Karlsruhe MDR 1972, 627; Göhler, OWiG 16. Aufl., § 79 Rn 18, § 81 Rn 11, § 72 Rn 73, 81). Dies ist auch dann der Fall, wenn trotz ausdrücklichen Antrages der Amtsanwaltschaft eine Ladung zum Termin nicht erfolgt und die Hauptverhandlung in Abwesenheit der Anklagebehörde durchgeführt wird (vgl. KG VRS 109, 125; KG VRS 124, 303).“ (KG aaO)

---

VwGO  
§§ 78 I Nr. 1

**Rubricsberichtigung**  
**Auslegungsfähigkeit der Parteibezeichnung**

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2014, 468; Urteil vom 29.01.2014 – 3 S 147/12)

Die **Parteibezeichnung in einer Klage- oder Antragschrift** ist **grds. auslegungsfähig**; maßgeblich ist dabei das **Verständnis aus Empfängersicht**.

„Hierzu sind nicht nur die im Rubrum der Klage- oder Antragschrift enthaltenen Angaben, sondern der **gesamte Inhalt einschließlich beigefügter Anlagen zu berücksichtigen**. Die **fehlerhafte Bezeichnung einer Partei schadet nicht**, wenn in Anbetracht der Umstände keine vernünftigen Zweifel an dem wirklich Gewollten bestehen. Dies gilt auch dann, wenn statt der richtigen Bezeichnung irrtümlich die Bezeichnung einer tatsächlich existierenden Person gewählt wird, solange nur **aus dem Inhalt der Klage- oder Antragschrift und etwaigen Anlagen unzweifelhaft deutlich wird, welche Partei tatsächlich gemeint ist**. Von der fehlerhaften Parteibezeichnung zu unterscheiden ist dagegen die irrtümliche Benennung der falschen Person als Partei; diese wird Partei, weil es entscheidend auf den Willen des Kl. oder Ast. so, wie er objektiv geäußert ist, ankommt (vgl. dazu etwa BVerwG BeckRS 2001, 31350857; BGH NJW-RR 2013, 394 = BauR 2013, 634).“ (VGH Mannheim aaO)

---

VwGO  
§ 132 II Nr. 3

**Vorliegen eines Verfahrensmangels**  
**Abweisung einer Anfechtungsklage wegen fehlender Klagebefugnis**

VwGO

(BVerwG in NVwZ 2014, 1675; Beschluss vom 21.07.2014 – 3 B 70/13)

Verkennt ein Gericht die **prozessuale Bedeutung des § 42 II VwGO** und weist es daher eine Anfechtungsklage wegen Fehlens der Klagebefugnis als unzulässig ab, so liegt darin ein **Verfahrensmangel i. S. d. § 132 II Nr. 3 VwGO**, wenn in der Sache hätte entschieden werden müssen

- I. Bei der **Anfechtungsklage** verlangt § 42 II VwGO, dass der Kl. geltend macht, **durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt** zu sein. Zur Geltendmachung ist es in tatsächlicher Hinsicht erforderlich, aber auch ausreichend, dass er Tatsachen vorträgt, die es denkbar und möglich erscheinen lassen, dass er durch den Verwaltungsakt in einer eigenen rechtlich geschützten Position beeinträchtigt ist (vgl. BVerwG NVwZ 1997, 994). Für die im Rahmen der Zulässigkeit nur zu prüfende Möglichkeit einer Rechtsverletzung genügt es, dass der Kl. Tatsachen behauptet, die – wenn sie sich als zutreffend erweisen – eine Rechtsverletzung ergeben können. Darin erschöpft sich die **Filterfunktion der Klagebefugnis** (vgl. Schoch/Schneider/Bier, VwGO I, Stand April 2013, § 42 II Rn. 10; Sodan in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 42 Rn. 365 ff.).
- II. Sind die vom Kl. zur Begründung der Rechtsverletzung vorgebrachten Tatsachen streitig oder sonst zweifelhaft, ist die Klärung ihrer Richtigkeit im Rahmen der Begründetheit der Klage vorzunehmen.

„Zwar hat das Gericht die **Sachentscheidungs Voraussetzungen in jedem Stadium des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen** und ihre tatsächlichen Voraussetzungen ggf. aufzuklären (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2013, 344 m. w. Nachw.). Die Aufklärung wird insoweit jedoch durch die Anforderungen begrenzt, welche die jeweilige Sachentscheidungs Voraussetzung stellt. Das ist im Falle des § 42 II VwGO die bloße Geltendmachung der Rechtsverletzung; dass sie vorliegt, ist für die Zulässigkeit ohne Bedeutung. Lässt sich die Rechtsverletzung nicht bereits auf der Basis des Tatsachenvortrags offensichtlich und eindeutig verneinen, ist gem. § 113 I 1 VwGO in der Begründetheitsprüfung der Anfechtungsklage, ggf. durch Beweiserhebung, festzustellen, ob die geltend gemachten Tatsachen zutreffen. Das gilt auch dann, wenn in einem Zwischenverfahren nach § 109 VwGO nur die Zulässigkeit der Klage zur Prüfung steht. Dies verschärft nicht die Anforderungen des § 42 II VwGO. Im Gegenteil besteht die **Funktion des Zwischenverfahrens gerade darin, unter prozessökonomischen Gesichtspunkten zu klären, ob in der Begründetheit erforderliche umfangreiche Erörterungen oder Beweiserhebungen vergeblich wären** (vgl. Wysk, VwGO, 2011, § 109 Rn. 1).“ (BVerwG aaO)

---

VwGO  
§§ 47 I, 43 I

**Feststellungsklage bzgl. einer Allgemeinverbindlicherklärung**  
**Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

VwGO

(BVerwG in NVwZ 2015, 69; Beschluss vom 15.09.2014 – 8 B 30/14)

Die **Gerichtsbarkeitsklausel nach § 47 I VwGO** findet **keine Anwendung auf Klagen zur Feststellung der Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte durch Normen nach § 43 I VwGO**.

- I. Dem **steht Art. 2 Nr. 1 b** des am 16.08.2014 in Kraft getretenen Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie (**Tarifautonomiestärkungsgesetz**) vom 11.08.2014 (BGBl. I, 1348), wonach die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit für „die Entscheidung über die Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes – TVG“ gegeben ist, **nicht entgegen**.

„Dabei kann offen bleiben, ob die hier in Rede stehende Klage auf Feststellung der Verletzung eigener Rechte durch die Allgemeinverbindlicherklärung denselben Streitgegenstand betrifft. Die Regelung des Art. 2 Nr. 1 b des Tarifautonomiestärkungsgesetzes ist hier jedenfalls gem. § 17 I 1 GVG unbeachtlich, weil sie bei Rechtshängigkeit des vorliegenden Rechtsstreits am 07.02.2012 (§ 90 I VwGO noch nicht in Kraft getreten war) eine abweichende gesetzliche Regelung wurde nicht getroffen (BVerwGE 84, 3 = NVwZ-RR 1990, 149). Nach der Rechtslage zum danach maßgeblichen Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit war der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten aus den nachfolgenden Gründen eröffnet.

Die **Allgemeinverbindlicherklärung** nach § 5 TVG ist ein **Rechtsetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtsetzung**, die gem. § 5 IV TVG die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber einseitig den Rechtsnormen des Tarifvertrags unterwirft. Es handelt sich somit um einen dem öffentlichen Recht zugehörigen „staatlichen Hoheitsakt“ (vgl. BVerfGE 44, 322 = NJW 1977, 2255). Da Klagen auf Feststellung der Verletzung eigener subjektiv-öffentlicher Rechte durch eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 43 I VwGO (vgl. BVerwGE 136, 75 = NJW 2011, 407) weder verfassungsrechtlicher Art sind noch bis zum Erlass des Art. 2 Nr. 1 b des Tarifautonomiestärkungsgesetzes eine Sonderzuweisung an die Arbeitsgerichtsbarkeit bestand (vgl. BVerwGE 80, 355; Düwell NZA-Beil. 2/2011, 80), war bei Rechtshängigkeit die **Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit gegeben**. Davon ist das BVerwG schon bisher unausgesprochen ausgegangen (vgl. BVerwGE 80, 355; BVerwGE 136, 75 = NJW 2011, 407).“ (BVerwG aaO)

- II. Den Vertretern der **Gegenansicht**, wonach das einschränkende Tatbestandsmerkmal des § 47 I VwGO, aufgrund dessen das OVG „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“ über die Gültigkeit von Rechtsvorschriften entscheidet, analog auf Klagen zur Feststellung der Verletzung eigener Rechte durch Normen nach § 43 I VwGO anzuwenden sei, sodass der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet sei, weil für Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in Bezug auf die Rechte und Pflichten aus dem für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag ausschließlich die Arbeitsgerichte zuständig seien, **kann nach BVerwG aaO nicht gefolgt werden**.

„Ein OVG ist nur dann i. S. des § 47 I VwGO „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“ zur Kontrolle von untergesetzlichen Rechtsvorschriften berufen, wenn sich aus der Anwendung der angegriffenen Rechtsvorschrift Rechtsstreitigkeiten ergeben können, für die der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist (BVerwGE 99, 88 = NVwZ 1996, 63). Damit soll verhindert werden, dass Gerichte anderer Gerichtszweige für Streitigkeiten präjudiziert werden, zu deren Entscheidung im Einzelfall sie sonst ausschließlich zuständig sind (BT-Drs. 3/55, 33; Kopp/Schenke, VwGO, 20. Aufl. 2014, § 47 Rn. 17; Eyermann/J. Schmidt, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 47 Rn. 32). Dieser **Regelungszweck** ist bei der hier relevanten Klage auf Feststellung der Verletzung eigener subjektiv-öffentlicher Rechte durch eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG nicht berührt. Denn **Entscheidungen über Feststellungsklagen nach § 43 I VwGO** sind nicht wie die Erklärung der Unwirksamkeit einer Rechtsnorm gem. § 47 V 2 Hs. 2 VwGO allgemein verbindlich, sondern **gelten nur inter partes** (lat. „zwischen den Parteien“). Die Gerichte anderer Gerichtszweige werden daher durch die Feststellung der Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte durch die zur Prüfung gestellte Norm nicht hinsichtlich von Rechtsstreitigkeiten präjudiziert, welche die Anwendung derselben Norm betreffen. So hindert etwa eine bereits getroffene verwaltungsgerichtliche Feststellung der Rechtsverletzung durch eine Allgemeinverbindlicherklärung die Arbeitsgerichte nicht, im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten über Rechte und Pflichten aus dem Tarifvertrag die Rechtmäßigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung erneut inzident zu prüfen und ihrer Entscheidung ein abweichendes Ergebnis zu Grunde zu legen (vgl. Düwell NZA-Beil. 2/2011, 83; BAG NZA 2009, 1436). Die von der Kl. angenommene „faktische Präjudizwirkung“ durch solche verwaltungsgerichtliche Feststellungsurteile kann nicht mit der gesetzlich angeordneten Allgemeinverbindlichkeit verglichen werden. Nur letztere begründet das Bedürfnis, zur Vermeidung einer dem **Grundsatz der Gleichwertigkeit der einzelnen Gerichtszweige** zuwider laufenden Überordnung der OVG diejenigen Rechtsvorschriften aus der Kontrollbefugnis nach § 47 I VwGO auszunehmen, deren Anwendung der Überprüfung durch Gerichte anderer Gerichtszweige obliegt (vgl. BT-Drs. 3/55, 33). Davon zu unterscheiden ist das – vom Gesetzgeber nunmehr durch Konzentration der Entscheidungen über die Wirksamkeit von Allgemeinverbindlicherklärungen bei den Arbeitsgerichten und die Anordnung einer inter omnes-Wirkung (lat. „unter allen“) entsprechender rechtskräftiger Beschlüsse (Art. 2 Nr. 5 Tarifautonomiestärkungsgesetz) gelöste – rechtspolitische Problem, dass es infolge fehlender Bindungswirkung zu sich widersprechenden Entscheidungen der Verwaltungsgerichte und der Gerichte anderer Gerichtszweige zur Frage der Rechtmäßigkeit von Normen kommen kann (vgl. Düwell NZA-Beil. 2/2011, 83).“ (BVerwG aaO)

VwVfG  
§ 49 III Nr. 1

**Zuwendungswiderruf**  
Nicht zweckgerichtete Mittelverwendung

VwVfG

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2015, 11; Beschluss vom 16.10.2014 – 8 LA 52/14)

Für die im Rahmen des § 49 III 1 Nr. 1 VwVfG erforderliche Beurteilung einer zweckgerechten Verwendung der gewährten Leistung ist auf den Zweck abzustellen, wie er im Bescheid von der erlassenden Behörde bestimmt worden ist. Die die Zuwendung gewährende Behörde ist befugt, das in § 49 III 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG enthaltene **Tatbestandsmerkmal alsbald für den Einzelfall zu konkretisieren** und eine Frist oder einen Zeitraum zu bestimmen, in dem die gewährte Zuwendung für den geförderten Zweck zu verwenden ist.

„Der Zuwendungsgeber ist befugt, das in § 49 III 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG enthaltene Tatbestandsmerkmal „alsbald“ für den Einzelfall zu konkretisieren und eine Frist oder einen Zeitraum zu bestimmen, in dem die **gewährte Zuwendung für den geförderten Zweck zu verwenden** ist (vgl. BVerwGE 116, 332; Thüringer OVG NVwZ-RR 1999, 435; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Aufl., § 49 Rn. 69). Dies kann auch außerhalb der Bestimmung des Zuwendungszwecks geschehen, da sonst dem Widerrufstatbestand der 2. Alternative gegenüber dem der 1. Alternative des § 49 III 1 Nr. 1 VwVfG kein eigenständiger Anwendungsbereich verbliebe. Hat der Zuwendungsgeber bestimmt, die gewährte Zuwendung für den geförderten Zweck innerhalb einer bestimmten Frist oder eines bestimmten Zeitraums zu verwenden, **rechtfertigt ein Verstoß gegen diese Bestimmung den Widerruf der Zuwendung selbst dann, wenn der Zuwendungszweck verspätet erreicht wird**. Die in § 49a IV 1 VwVfG für diesen Fall auch vorgesehene Erhebung von Zwischenszinsen lässt, wie es § 49a IV 3 VwVfG ausdrücklich bestimmt, die Möglichkeit des Widerrufs nach § 49 III 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG unberührt (vgl. Suerbaum VerwArch 1999, 361 m. w. Nachw.).“ (OVG Lüneburg aaO)

BGB  
§ 242

**Unzulässigkeit der Rechtsausübung**  
Geltendmachung eines denkmalrechtlichen Abwehrenspruchs

BGB

(OVG Münster in NVwZ-RR 2015, 14; Beschluss vom 17.09.2014 – 7 B 767/14)

Das **Rechtinstitut der unzulässigen Rechtsausübung gilt auch im öffentlichen Recht**. Eine solche Rechtsausübung liegt regelmäßig vor, wenn der Eigentümer von seinem Grundstücksnachbarn die Beachtung einer Vorschrift fordert, deren Anforderungen er selbst nicht einhält. Diese Rechtsgrundsätze sind auch auf die Geltendmachung eines denkmalrechtlichen Abwehrenspruchs anzuwenden.

„Das Rechtsinstitut der unzulässigen Rechtsausübung, das **im Gebot von Treu und Glauben verankert** ist, gilt auch im öffentlichen Recht. Es ist von Amts wegen zu berücksichtigen (vgl. OVG Münster, Beschluss v. 19.12.2013 – 7 B 1313/13 m. w. Nachw.). **Unzulässige Rechtsausübung ist jede Geltendmachung eines „an sich“ gegebenen Rechts, die im Widerspruch zu den Anforderungen von Treu und Glauben steht** (vgl. OVG Münster, Beschluss v. 19.12.2013 – 7 B 1313/13 m. w. Nachw.).

Eine solche Rechtsausübung liegt regelmäßig vor, wenn der Eigentümer von seinem Grundstücksnachbarn die Beachtung einer Vorschrift einfordert, deren Anforderungen er selbst nicht einhält. Die Rechtsordnung billigt es einem Grundstückseigentümer regelmäßig nicht zu, rechtliche Abwehrmaßnahmen gegen eine durch einen Nachbarn hervor gerufene Beeinträchtigung zu ergreifen und zugleich diesem Nachbarn eine vergleichbare Beeinträchtigung zuzumuten. Denn der **öffentlich-rechtliche Nachbarschutz beruht auf einem Verhältnis wechselseitiger Abhängigkeit, das maßgeblich durch die objektiven Grundstücksverhältnisse geprägt** ist. Erst aus der **Störung des nachbarlichen Gleichgewichts** und nicht schon aus der Abweichung von öffentlich-rechtlichen Normen ergibt sich deshalb der Abwehranspruch des Nachbarn. Dies gilt selbst dann, wenn hierfür eine Genehmigung vorliegt. Die Genehmigungserteilung hat insoweit keinen Einfluss auf die zwischen den Nachbarn bestehenden Wechselbeziehungen (vgl. OVG Münster BauR 2014, 1924).

Diese **Rechtsgrundsätze sind auch auf die Geltendmachung eines denkmalrechtlichen Abwehranspruchs anzuwenden**. Unter dem Aspekt der nachbarlichen Wechselbeziehungen erschiene es treuwidrig, wenn sich ein Eigentümer eines innerhalb eines Denkmals befindlichen Grundstücks bei eigenen Verstößen gegen das Denkmalrecht gegen vergleichbare denkmalrechtliche Verstöße des sich ebenfalls innerhalb des Denkmals befindlichen Nachbarn wehren könnte.“ (OVG Münster aaO)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Dötsch:** Die Erklärung mit Nichtwissen als „Substantiierungsfalle“ (MDR 2014, 1363)  
Die **Erklärung mit Nichtwissen** nach § 138 IV ZPO ist **ein aliud zum Bestreiten** und nur **in den gesetzlichen Grenzen zulässig**. – In die Vorschrift des § 138 IV ZPO sind im Zweifel Nachforschungsobliegenheiten im eigenen Geschäfts- und Verantwortungsbereich hineinzulesen, zu denen substantiierend (begleitend) vorzutragen ist.
2. **Nassall:** Die kenntnisabhängige Verjährung in der Rechtsprechung des BGH (NJW 2014, 3681)
3. **Servais:** Rechtsfolgen des Widerrufs eines Verbraucherdarlehens (NJW 2014, 3748)  
Der **Widerruf eines Verbraucherdarlehensvertrags** führt zur **wechselseitigen Rückabwicklung der erhaltenen Leistungen**. – Der Darlehensnehmer kann hinsichtlich der von ihm wertersatzmäßig auszugehenden Gebrauchsvorteile den Nachweis, dass der Wert des Gebrauchsvorteils niedriger war als die vertraglich vereinbarte Gegenleistung, durch Verweis auf die EWU-Zinsstatistik in einem gerichtlichen Verfahren vergleichsweise einfach führen, der auf diese Weise ermittelte marktübliche Zinssatz ist darüber hinaus zeitabschnittsweise, das heißt monatlich, neu zu berechnen; falsch ist es, ausschließlich auf den marktüblichen Zinssatz bei Vertragsabschluss abzustellen und diesen für den kompletten Zeitraum der Rückabwicklung fortzuschreiben. – Bzgl. der von dem Bankinstitut gezogenen Nutzungen besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass sie **Nutzungen im Wert des gesetzlichen Verzugszinssatzes** gezogen hätte; diese Vermutung, die sich auch auf Bausparkassen erstreckt, kann durch konkreten Sachvortrag widerlegt werden; gelingt es dem Darlehensgeber, die Vermutung zu widerlegen, so ist der ermittelte Zinssatz aus Symmetriegründen auch dem Verbraucher bei der Bemessung der von ihm auszugehenden Gebrauchsvorteile zuzubilligen.
4. **Grothe:** Verjährungshemmung durch Mahnbescheid bei mehreren Mängeln (NJW 2015, 17)  
Verlangt der Gläubiger eine **Gesamtsumme, die sich aus unterschiedlichen Posten zusammensetzt**, so kommt es für das Maß der gebotenen Individualisierung darauf an, ob es um einen einheitlichen Streitgegenstand geht, der sich lediglich aus verschiedenen Rechnungspositionen zusammensetzt, oder ob mehrere Streitgegenstände in Frage stehen. – Bei **Gewährleistungsansprüchen wegen mehrerer Mängel** ist Letzteres der Fall, der **Mahnbescheid** entfaltet daher **nur dann hemmende Wirkung, wenn sich aus ihm entnehmen lässt, welche Summe wegen welchen Mangels geltend gemacht wird; Beurteilungsmaßstab** ist die **Perspektive des Antragsgegners**. – Wird im Mahnbescheid auf Rechnungen oder andere Dokumente Bezug genommen, spielt es keine Rolle, ob außenstehende Dritte damit etwas anzufangen wissen; eine **unzureichende Individualisierung** kann im Streitverfahren nachgeholt werden, Verjährungswirkungen entfaltet dies allerdings nur für die Zukunft, Ist die Verjährungsfrist vor dem Individualisierungszeitpunkt abgelaufen, bleibt es bei der eingetretenen Verjährung.

### II. Strafrecht

1. **Göpfert:** Die strafbefreiende Selbstanzeige (§ 371 AO) – ein Auslaufmodell? (KammerMitt. Düsseldorf 2014, 353)  
Um einen **Anreiz zur Selbstanzeige** zu geben, bietet das Gesetz **Straffreiheit und Absehen von Strafverfolgung** an (§§ 371, 398a AO) und ermöglicht so die Rückkehr zur Steuerehrlichkeit; die nunmehr vorgesehenen Verschärfungen führen zu einer erheblichen Verteuerung der Selbstanzeige; zudem sind die mit ihr verbundenen Risiken kaum noch kalkulierbar. – Auch bei der einfachen Steuerhinterziehung ist danach eine Berichtigung nicht nur zu allen unverjährten Steuerstraftaten vorzunehmen, sondern zu allen und damit auch zum Teil strafrechtlich verjährten Steuerhinterziehungen der letzten 10 Jahre, berechnet ab dem Datum der Selbstanzeige. – Ist die **Selbstanzeige unrichtig oder unvollständig**, weil z.B. etwas übersehen oder vergessen wurde, so **tritt keine Straffreiheit nach § 371 I 2 AO-E ein** und ein nach § 398a III AO-E eingestelltes Verfahren wird wieder aufgenommen; dabei kann – muss aber nicht – der gezahlte Zuschlag vom Gericht auf eine wegen Steuerhinterziehung verhängte Geldstrafe angerechnet werden.
2. **Fromm:** Aktuelles zur Besorgnis der Befangenheit des Richters im Strafprozess (NJOZ 2015, 1)  
**§ 24 II StPO** sieht die Möglichkeit vor, den **Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen**; diesem Antrag ist stattzugeben, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, **Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters** zu rechtfertigen. – Die Befangenheit des Richters im Strafprozess kann sich in unterschiedlichster Weise äußern; oft übersehen wird, dass nicht eine Befangenheit des Richters erwiesen sein muss, sondern bereits die **Besorgnis der Befangenheit ausreicht**; maßgeblich ist hierbei die **Sicht eines verständigen und vernünftigen Verfahrensbeteiligten**; es kommt nicht darauf an, ob der Richter sich selbst für unbefangen hält. – In

der Praxis ist ein befangenes Verhalten von Richtern überdurchschnittlich oft vorzufinden im Rahmen einer tatsächlichen Verständigung oder Erörterungen mit dem Ziel eines verfahrensbeendenden Deals, der Terminierung der Hauptverhandlung sowie der Art der Befragung von Zeugen; auch zum Ziele der schnellen, möglichst wenig arbeitsreichen Prozess erledigung lassen es Richter häufig an einem objektiven, sachlichen Verhalten vermissen. - Wenn bei dem Urteil ein Richter mitgewirkt hat, nachdem er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt war und das Ablehnungsgesuch entweder für begründet erklärt war oder mit Unrecht verworfen worden ist, ist ein Urteil stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen, § 338 I Nr. 3 StPO; der **Verfahrensfehler** muss unbedingt ordnungsgemäß i. S. v. § 344 II 2 StPO **in der Revisionsbegründung gerügt** werden.

3. **Bittmann**: Erkenntnisse aus dem Eintauchen in die Tiefen des § 111 i StPO (NStZ 2015, 1)

Das **objektive Verfahren** (§ 76 a StGB), **steht** für die Fälle des § 111 i II StPO gem. § 111 i VIII StPO **nur mit gewissen Modifikationen zur Verfügung**. - § 111 i VII StPO führt i. V. m. III dazu, dass der Auffangrechtserwerb des Staates zumindest wertmäßig erst frühestens 6 Jahre nach der Feststellungsentscheidung gem. § 111 i II StPO endgültig feststeht; zuvor steht der Vermögenszuwachs des Staates unter dem Vorbehalt eines etwaigen Ausgleichsanspruchs des Betroffenen. - **Wirksam wird der Auffangrechtserwerb** dagegen nach § 111 i V StPO bereits **3 Jahre nach Rechtskraft der Feststellungsentscheidung** gem. § 111 i II StPO; seine vollstreckbare Form erhält er jedoch erst in dem vom Gedanken her lediglich deklaratorischen Beschluss nach 111 i VI StPO. - Ein **Aufrechterhaltungsbeschluss** gem. § 111 i III StPO ergeht nur, wenn vorläufige Sicherungsmaßnahmen, Beschlagnahme (§ 111 c StPO) oder dinglicher Arrest (§ 111 d StPO) jeweils i. V. m. § 111 b V StPO vor Urteilsverkündung zumindest angeordnet worden waren oder mit ihr angeordnet werden. - Ein Aufrechterhaltungsbeschluss ist jedoch ebenso wenig wie die Anordnung oder gar die Vollziehung einer Beschlagnahme oder eines dinglichen Arrests Voraussetzung für eine Feststellungsentscheidung gem. § 111 i II StPO mit den Folgewirkungen der Abs. 5–7. - Der BGH versteht § 111 i II StPO völlig richtig, wenn er die Feststellungsentscheidung als aufschiebend bedingte Verfallanordnung bezeichnet.

### III. Öffentliches Recht

1. **Haberzettl**: Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG (NVwZ 2015, 30)

Die **Anwendung des Verfassungsrechts durch das BVerfG erfordert** wie jede andere Rechtsanwendung auch eine **Tatsachengrundlage**; dabei weist die Tatsachenfeststellung durch das BVerfG gegenüber jener der Fachgerichte Besonderheiten auf und bewegt sich zudem im Spannungsverhältnis zur Tatsachenfeststellung durch Gesetzgeber oder Fachgerichte. - Eine **erste Besonderheit** liegt in der **Art der festzustellenden Tatsachen**: Die Tätigkeit des BVerfG erfordert häufig andere Tatsachen als die Tätigkeit sonstiger Gerichte; während diese meist mit der rechtlichen Bewertung von Tatsachen konfrontiert sind, die bestimmte Personen, Sachen oder Geschehensabläufe betreffen (Einzeltatsachen), erfordert die spezifisch verfassungsgerichtliche Tätigkeit häufig die Prüfung der tatsächlichen Auswirkungen eines Gesetzes an Verhältnismäßigkeitsprinzip und Gleichheitssatz sowie eine Befassung mit gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umständen und Wirkungszusammenhängen, wie sie etwa auch der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren zu Grunde gelegt hat (generelle Tatsachen oder „legislative facts“). - Eine **weitere Besonderheit** betrifft die **Mittel der Tatsachenfeststellung**: Das BVerfG verfügt neben einer Beweisaufnahme im eigentlichen Sinne über verschiedene Möglichkeiten der Schaffung einer Tatsachengrundlage außerhalb einer förmlichen Beweiserhebung; diese kommen – wenn auch nicht ausschließlich – insbesondere dann zur Anwendung, wenn es um die Erforschung genereller Daten und Prognosen geht, die zur Prüfung eines Gesetzes an Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Gleichheitssatz erforderlich sind oder dem Vorverständnis für die Interpretation der anzuwendenden Verfassungsnorm dienen; zu dieser Art der Tatsachenfeststellung, die sich grundlegend von Beweiserhebung und -würdigung in sonstigen Gerichtsverfahren unterscheidet, gehört etwa die **Erhebung gesellschaftlicher, politischer, kultureller und wirtschaftlicher Daten** vor allem durch die Einholung von Stellungnahmen sachkundiger Dritter (§ 27 a BVerfGG) und den obersten Bundesgerichten (§ 27 BVerfGG) sowie durch das Heranziehen von Fachliteratur und sonstigen allgemein zugänglichen Quellen, insbesondere Statistiken.

2. **Spilker**: Postmortaler Datenschutz (DÖV 2015, 54)

Während das BVerfG bislang **nur einen postmortalen Schutz bei Angriffen auf die Menschenwürde** bejaht hat, wird vorliegend vertreten, dass ein postmortaler Persönlichkeitsschutz auch aufgrund einer **Reflexwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** und des **Rechts auf informationelle Selbstbestimmung** gewährleistet sein muss. - Die in der Menschenwürde und den Grundrechten zum Ausdruck kommende Wertentscheidung des Gesetzgebers verpflichtet dazu, Schutzwirkungen bestimmter Grundrechte auch postmortal und unabhängig von der Existenz des Rechtsträgers zu garantieren. Besonders offensichtlich ist dies bei der Erbrechtsgarantie (Art. 14 I 1 GG). - Ein postmortaler Schutz ist jedoch allgemein dann zu gewährleisten, wenn **postmortale Angelegenheiten im Schutzbereich des Grundrechts zu Lebzeiten geregelt werden können**; da es dem Grundrechtsträger nicht auf die Regelung an sich, sondern auf die postmortale Berücksichtigung dieser ankommt, wäre eine **Begrenzung der Schutzwirkung auf die Lebenszeit widersprüchlich und entspräche nicht den Wertentscheidungen des Grundgesetzes**; ebenso **wirkt auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung postmortal fort und schützt den Verstorbenen vor einer postmortalen Datenerhebung und -verwertung, wenn er zu Lebzeiten keine Einwilligung** erteilt hat. - Eingriffe in das postmortal fortgeltende Selbstbestimmungsrecht können nur bei überwiegenden kollidierenden **Verfassungsinteressen** gerechtfertigt sein; Gesetze, in denen ein entsprechender postmortaler Datenschutz nicht klarstellend geregelt wurde, sind entsprechend verfassungskonform auszulegen

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

1. **Harsch:** Verjährung von Regressansprüchen gegen den Rechtsanwalt (MDR 2014, 1368)  
Bespr. der Entsch. BGH MDR 2014, 465 und MDR 2014, 653
2. **Lissner:** Beratungshilfe im Strafverfahren (Rpflerger 2014, 637)
3. **Grunewald:** Die Entwicklung des anwaltlichen Berufsrechts im Jahr 2014 (NJW 2014, 3699)
4. **Steiner:** Zur Verpflichtung des Anwalts, an der Zustellung von Anwalt zu Anwalt mitzuwirken (BRAK-Mitt. 2014, 294)  
Bespr. der Entsch. AnwGH Düsseldorf BRAK.-Mitt. 2014, 204, wonach der Rechtsanwalt nicht dazu verpflichtet ist, an der Zustellung von Anwalt zu Anwalt mitzuwirken.
5. **Möller:** Neue Informationspflichten für Rechtsanwälte - § 43d BRAO tritt in Kraft (BRAK-Mitt. 2014, 308)
6. **Henssler/Michel:** Vertretung durch sozietätsverbundene Rechtsanwälte bei einseitigen Willenserklärungen (NJW 2015, 11)

Gibt ein Rechtsanwalt **im Rahmen einer Mandatsbearbeitung** eine **einseitige Willenserklärung für seinen Mandanten** ab, muss er seine **Vertretungsmacht grds. nach § 174 S. 1 BGB durch Vorlage einer Vollmachtsurkunde nachweisen**; lautet die Vollmacht auf die Berufsausübungsgesellschaft des handelnden Rechtsanwalts, muss nach dem **Wortlaut des § 174 I BGB** zusätzlich durch Vorlage einer Vollmachtsurkunde nachgewiesen werden, dass auch der handelnde Rechtsanwalt bevollmächtigt ist, für diese Willenserklärungen abzugeben. - Soweit sich bereits aus dem Partnerschaftsregister oder dem Handelsregister eine Einzelvertretungsmacht des handelnden Rechtsanwalts ergibt, bleibt § 174 BGB von vornherein unanwendbar. - In allen anderen Fällen muss aber im Ergebnis zumindest bei einer Benennung auf dem Briefbogen der Gesellschaft die **Forderung nach Vorlage einer zusätzlichen, den Einzelanwalt betreffenden Vollmachtsurkunde** als **rechtsmissbräuchlich** eingestuft werden; die **Einzelvertretungsmacht des Rechtsanwalts ergibt sich aus der ihm übertragenen Stellung**; Rechtsanwälten muss nämlich auf Grund **berufsrechtlicher Vorgaben zum Schutz ihrer Unabhängigkeit** für die Mandatsbearbeitung Einzelvertretungsvollmacht eingeräumt werden. - Die Zugehörigkeit zur jeweiligen Berufsausübungsgesellschaft ergibt sich unmittelbar aus dem Briefbogen und der auf die Gesellschaft ausgestellten Originalvollmacht des Mandanten. - Ein **schutzwürdiges Interesse des Erklärungsempfängers an der Vorlage einer zusätzlichen Vollmachtsurkunde** ist **nicht anzuerkennen**.

## Übersicht Beginn der Verjährung

### I. bei regelmäßiger Verjährung nach § 195 BGB (vgl. § 199 BGB)

#### 1. Grundsatz, § 199 I BGB

Beginn mit Schluss des Jahres, in dem

a) der Anspruch entstanden ist

oder

Zuwiderhandlung erfolgt ist (§ 199 V BGB)

und

b) der Gläubiger Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste von

aa) den anspruchsbegründenden Umständen,

bb) der Person des Schuldners.

Objektives Element

Subjektives Element

#### 2. Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Leib, Leben, Gesundheit und Freiheit, § 199 II BGB

wie unter 1., jedoch absolute Grenze nach 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an ohne Rücksicht auf Kenntnis von

- Entstehung

- Schuldner

- anspruchsbegründenden Umständen

#### 3. sonstige Schadensersatzansprüche, § 199 III BGB (z.B. wg. Mangelfolgeschäden)

wie unter 1., jedoch

a) auch ohne Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis absolute

Grenze: **10 Jahre nach Entstehung**

b) auch ohne Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis

Absolute Grenze: **30 Jahre** von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an.

#### 4. sonstige Ansprüche, § 199 IV BGB

absolute Grenze: **10 Jahre**

### II. bei sonstigen Verjährungsfristen, § 200 BGB

Anspruchsentstehung oder Zuwiderhandlung

### III. bei festgestellten Ansprüchen (§ 197 Nr. 3 – 5 BGB)

Rechtskraft, soweit diese nicht vor Anspruchsentstehung liegt

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung Zivilrecht

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

<b>Land:</b> Bayern	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Dr. K	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 03.12.2014
------------------------	---	--

### Zur Person:

Dr. K ist Richter am BayOLG. Sein Habitus ist desinteressiert und mürrisch, sein Auftreten unsympathisch. Anders als in Vorprotokollen beschrieben, verzichtete K in unserer Prüfung darauf, falsche Antworten mit Kopfschütteln und Augenverdrehen zu quittieren. Während der anderen Teilprüfungen studierte er ausführlich die Personalakten. Dr. K war in keiner Weise protokollfest, was per se kein Nachteil sein muss. Er prüfte blockweise in zwei Durchgängen meist in der Sitzreihenfolge der Prüflinge. Gelegentlich gab er Fragen frei. Seine Fragen sind teilweise unpräzise.

Im Hinblick auf die überdurchschnittlich guten Vornoten in unserer Prüfungsgruppe (vier von fünf Kandidaten hatten als schriftliche Note ein Prädikatsexamen) war Dr. K's Notenvergabe am unteren Rand des Vertretbaren. In der Bewertung der Leistungen zueinander war K äußerst vornotenorientiert, um nicht zu sagen willkürlich. Dabei sei ausdrücklich erwähnt, dass die hier getroffenen Wertungen nicht auf der verengten Sicht des Protokollanten beruhen, sondern den Konsens aller Prüflinge wiedergeben.

### Zur Prüfung:

Dr. K schilderte folgenden Fall: Eine Wasserleitung der Stadtwerke S unter einer Straße platzt. Durch hervortretendes Wasser wurde der Betrieb der F auf dem an die Straße angrenzenden Grundstück ihres Mannes M stillgelegt. Es entstand ein Betriebsausfallschaden von mehreren 100 Mio. €. F tritt alle Ansprüche an M ab. M erhebt Klage.

Vorab fragte Dr. K nach dem altbekannten Problem, ob diese Abtretung wirksam sei und zu welchem Zweck sie erfolgt (Zeugenstellung der F).

Als Anspruchsgrundlagen für Schadensersatzansprüche kommen in Betracht:

- § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Nachbarschaftsverhältnis (wurde von Dr. K nicht weiterverfolgt)
- § 823 BGB (eingereichter und ausgeübter Gewerbebetrieb): scheidet am hier nicht möglichen Nachweis des Verschuldens (S kann für einen Wasserrohrbruch i. d. R. kein Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung gemacht werden, Stichwort: „allgemeines Lebensrisiko“).

Es kommt somit auf eine verschuldensabhängige Haftung an. Dazu wollte Dr. K Beispiele aus dem Bereich der Gefährdungshaftung (z. B. UmweltHG!) und des Schadensersatzrechts (z. B. Schmerzensgeld auch bei Gefährdungshaftung) hören.

Einschlägig ist § 2 Haftpflichtgesetz (Schönf. 33), was zum Unmut von Dr. K nicht sofort erkannt wurde. Gefordert war hier eine genaue Subsumtion der Anspruchsvoraussetzungen; Nachteil ist hier die Haftungsgrenze des § 10 HPfIG.

- § 906 II 2 BGB direkt scheidet, da F Besitzerin und nicht Eigentümerin ist. Gefragt war auch hier eine genaue Subsumtion, insbes. der ortsüblichen Benutzung, § 906 II 1 i. V. m. I BGB.

In Betracht kommt jedoch § 906 II 2 BGB analog für die Besitzstörung (sog. zivilrechtliches Aufopferungsgewohnheitsrecht – „dulde und liquidiere“). Diese Anspruchsgrundlage ist der Schlüssel zur Lösung des Falls. Voraussetzungen einer Analogie sind systemwidrige Regelungslücke und Ähnlichkeitsvergleich. Problematisch ist das Kriterium der Systemwidrigkeit. Es waren lange Erörterungen bzgl. der Unterschiede zwischen Besitz und Eigentum vorzunehmen. Die Lösung blieb aufgrund Zeitablaufs offen, wobei die Analogie von den Prüflingen allgemein bejaht wurde.

Die naheliegende Problematik einer Drittschadensliquidation wurde nicht behandelt.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Öffentliches Recht

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

<b>Land:</b> Rh-Pf	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Ri K	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 17.11.2014
-----------------------	--	--

**Zur Person:**

Ri K ist einfreundlicher Prüfer, der vorwiegend im allgemeinen Verwaltungsrecht prüft und meist auch gute Hilfestellungen gibt, wenn man `mal nicht weiter weiß.

**Zur Prüfung:**

Zu Beginn stellte K folgenden Fall:

Die kreisfreie Stadt T erlässt eine Satzung, die sich mit den Gebühren bei der Abfallentsorgung befasst. B erhält aufgrund dieser Satzung einen Abgabenbescheid. Was kann B gegen diesen Bescheid tun?

B kann Widerspruch einlegen. Dazu müsste der Bescheid ein Verwaltungsakt i. S. des § 35 VwVfG sein. Die einzelnen Voraussetzungen wollte K gar nicht erläutert haben. Die Widerspruchsfrist von einem Monat stellte den nächsten Prüfungspunkt dar. Hier sollte die Bekanntgabe nach § 41 VwVfG (schriftlich, mündlich, in sonstiger Weise) von der Zustellung abgegrenzt werden. Eine Zustellung ist immer dann erforderlich, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht.

Weiter ging es dann damit, dass der Widerspruch entweder bei der Ausgangs- oder bei der Widerspruchsbehörde eingereicht werden kann. Widerspruchsbehörde war hier der Stadtrechtsausschuss. K fragte nach, was die einzelnen Behörden denn machen würden, wenn der Widerspruch bei ihnen einginge. Die Ausgangsbehörde prüft, ob sie dem Widerspruch abhelfen kann und übermittelt den Widerspruch, wenn keine Abhilfe möglich ist, an die Widerspruchsbehörde. Geht der Widerspruch direkt bei der Widerspruchsbehörde ein, schickt diese ihn erst einmal zurück zur Ausgangsbehörde, damit diese die Möglichkeit der Abhilfe prüfen kann.

K ergänzte den Fall dann dahingehend, dass der Stadtrechtsausschuss dem Widerspruch des B stattgegeben hat mit der Begründung, die Satzung sei rechtswidrig. Was können B oder die Stadt hiergegen tun?

B kann nichts hiergegen unternehmen, da er nicht beschwert ist. Der Oberbürgermeister darf weder selbst den Widerspruchsbescheid aufheben oder zurücknehmen noch den Stadtrechtsausschuss anweisen, dies zu tun, da der Stadtrechtsausschuss weisungsgebunden ist. Kurz sollte hier erklärt werden, dass eine Rücknahme oder ein Widerruf eines Verwaltungsaktes grds. nach §§ 48, 49 VwVfG unter Beachtung der dort genannten Voraussetzungen möglich ist. Eine Klage des Oberbürgermeisters gegen den Stadtrechtsausschuss wäre außerdem als In-Sich-Prozess wegen des Rechtsträgerprinzips unzulässig.

Als nächstes sollten wir erörtern, welche Möglichkeiten es gäbe, gegen den Bescheid selbst vorzugehen. Ein Normenkontrollverfahren gegen die Satzung schlossen wir gleich aus, da der Bescheid dennoch bestandskräftig werden würde. Möglich wäre aber ein Vorgehen der Aufsichtsbehörde. Hier wurde die ADD als Rechts- oder Kommunalaufsicht genannt. Die Fachaufsicht liegt bei der Struktur-genehmigungsdirektion (und ggf. auch der ADD). Nun sollten wir eine Klage nach § 17 AGVwGO prüfen. Wegen § 17 AGVwGO ist eine Klagebefugnis i. S. des § 42 VwGO nicht notwendig. Problematisch war hier aber das öffentliche Interesse. Die Fachaufsicht hat in diesem Fall die ADD, da es sich um Abgabenrecht (nicht etwa Abfallrecht) und somit um eine Selbstverwaltungsangelegenheit handelte. Klagegegner ist die Stadt T (nicht der Stadtrechtsausschuss). I. Ü. ist auch die ADD nicht weisungsbefugt gegenüber dem Stadtrechtsausschuss. Die Zulässigkeit beendeten wir damit, dass der B notwendiger Beigeladener im Prozess wäre.

Zur Prüfung der Begründetheit kamen wir im Wesentlichen nicht mehr. Hier konnten wir nur herausstellen, dass die Normverwerfungskompetenz bzgl. der Satzung problematisch war und nach § 47 VwGO die Verwerfungskompetenz beim OVG liegt.

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

Nach der erfolgreichen Registrierung auf unserer Plattform [www.juridicus.de](http://www.juridicus.de) tragt Ihr Eure Prüfung ein und erhaltet die Protokolle Eurer Prüfer aus den letzten Jahren. Im Gegenzug versprecht Ihr uns, von Eurer Prüfung ebenfalls entsprechende Protokolle abzuliefern. Euch stehen alle Protokolle von den jeweiligen Prüfern zum Download bereit. Falls Euer Prüfer sowohl im 1. als auch im 2. Staatsexamen prüft, habt Ihr die Möglichkeit beide Protokollmappen herunterzuladen.

## Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

### Prüfungsstoff im Mündlichen



