



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

39. Jahrg.

November 2014

Heft 11

---

## Aus dem Inhalt

- |                    |  |
|--------------------|--|
| <b>OLG Celle:</b>  | Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos                 |
| <b>BGH:</b>        | Brandstiftung bei gemischt genutzten Gebäuden              |
| <b>BVerfG:</b>     | Verfassungsmäßigkeit versammlungsrechtlicher Aufgaben      |
| <b>BGH:</b>        | Zulässigkeit eines Teilurteils bei objektiver Klagehäufung |
| <b>BGH:</b>        | Pfändungs- und Überweisungsbeschluss bei Arrestbefehl      |
| <b>BGH:</b>        | Strafantragsrecht eines Betreuers                          |
| <b>OVG Bremen:</b> | Heranziehung zu Abschleppkosten bei absolutem Halteverbot  |

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

Die Änderung der Abgabenordnung.....	1
--------------------------------------	---

### Brandaktuell

OLG Hamm: unberechtigt abgebrochene eBay-Auktion (Anspruch auf Schadensersatz).....	2
--	---

### Zivilrecht

BGH : Gestattungswiderruf bei jahrzehntelanger Duldung (keine Verwirkung für Neueigentümer).....	3
---	---

OLG Celle: Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos (Vertragsschluss und Angebotsrücknahme).....	7
---	---

### Strafrecht

BGH: Betrug (Vollendung bei Unterzeichnung von Überweisungsträgern).....	11
---	----

BGH: Brandstiftung (gemischt genutzte Gebäude).....	13
--	----

### öffentl. Recht

BVerwG: Einfügen in die nähere Umgebung (Beurteilungsradius und Perspektive).....	15
--	----

BVerfG: Versammlungsrechtliche Auflagen (grundrechtliche Vorgaben).....	19
--	----

### Kurzauslese I

BGH: Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Bestellung eines Notgeschäftsführers).....	22
--	----

BGH: Verjährungsneubeginn (Kulanzerklärung zu Mängelbeseitigungsarbeiten).....	22
---	----

OLG Stuttgart: Kündigung des Pachtverhältnisses wegen Zahlungsverzugs (Entbehrlichkeit einer Abmahnung).....	22
---	----

OLG Saarbrücken: Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (Eigentumsvermutung für Besitzer).....	23
---	----

BGH: Verfolgungsverjährung (Unterbrechungshandlung).....	23
---	----

BGH: Schwere Körperverletzung (Entstellung durch Narben).....	24
--	----

BGH: Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (vorgetäuschte Polizeikontrolle).....	24
--	----

OVG Hamburg: Unterlassungsanspruch (Äußerungen in einem Untersuchungsausschuss).....	24
---	----

BVerwG: Einbürgerung (Erfordernis deutscher Sprachkenntnisse).....	25
---	----

OVG Münster: Sondernutzungserlaubnis (kein Drittschutz).....	26
---	----

OVG Münster: Zusatzvergütung/Freizeitausgleich (Rauchpausen von Mitarbeitern/Kollegen).....	26
--	----

**Zivilrecht**

BGH:	Zulässigkeit eines Teilurteils (bei objektiver Klagehäufung von Feststellungs- und Leistungsanträgen).....	27
BGH:	Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (auf Grundlage eines Arrestbefehls).....	30

**Strafrecht**

BGH:	Strafantragsrecht (Betreuer).....	33
------	--------------------------------------	----

**öffentl. Recht**

VGH Mannheim:	Erlass einer Sicherungsmaßnahme (Durchsetzung der aufschiebenden Wirkung).....	35
OVG Bremen:	Heranziehung zu Abschleppkosten (Voraussetzungen bei absolutem Halteverbot).....	39

**Kurzauslese II**

BGH:	Unterbrochener Rechtsstreit (Wiederaufnahme).....	43
VGH Mannheim:	Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (Unzulässigkeit der Beschwerde).....	43
OLG Frankfurt a.M.:	Zurückweisung verspäteten Vorbringens (Schiedsverfahren).....	44
BGH:	Anschlussbeschwerde (Zulässigkeit im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit).....	44
OLG Celle:	Befangenheitsantrag (Mitgliedschaft bei „Wildwasser e.V.“ ist kein Ablehnungsgrund).....	45
LG Ravensburg:	Beschlagnahme von Beweismitteln (Zeitgrenze).....	45
BVerfG:	Verfahrensverständigung (keine Drittwirkung).....	46
BVerwG:	Polygraphietest (unzulässiges Beweismittel).....	46
BGH:	Adhäsionsentscheidung (Entbehrlichkeit einer Hauptverhandlung).....	46
OVG Münster:	Klage gegen Ingewahrsamnahme (Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs).....	47
OVG Bautzen:	Vertreterzwang (Beschwerde gegen Rechtswegverweisung).....	47
BVerwG:	Widerspruchsbescheid (Unzulässigkeit eines nochmaligen Widerspruchs).....	47
OVG Berlin-Bbg:	Abhilfeverfahren (gerichtliche Prüfungspflicht).....	48
OVG Magdeburg:	Vorläufiges Rechtsschutzverfahren (Erledigungsfeststellungsantrag).....	49
OVG Koblenz:	Verwaltungsvollstreckung (nachträgliche Einwendungen gegen vollstreckbaren Verwaltungsakt).....	49

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....		50
---	--	----

<b>Übersicht:</b>	Prüfungsaufbau Kostenbescheid.....	55
-------------------	------------------------------------	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung:	Öffentliches Recht.....	56
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	58

## Aus der Gesetzgebung

### Die Änderung der Abgabenordnung

Gesetz zur Änderung der Abgabenordnung, In-Kraft-Treten voraussichtlich zum 01.01.2015

#### I. Allgemeines

Verschärfungen der strafbefreienden Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung waren bereits seit längerer Zeit Gegenstand der politischen Diskussion. Im Rahmen der Finanzministerkonferenz (FMK) am 09.05.2014 wurden einige Eckpunkte zur Verschärfung der Selbstanzeige beschlossen. Mittlerweile hat das Bundeskabinett am 24.09.2014 zur Umsetzung dieser Eckpunkte den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der AO beschlossen und das Gesetzgebungsverfahren eingeleitet. Mit diesem Gesetz, das zum 01.01.2015 in Kraft treten soll, sollen die Regelungen der strafbefreienden Selbstanzeige und des Absehens von Verfolgung in besonderen Fällen angepasst werden.

#### II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

1. Die Grenze, bis zu der eine Steuerhinterziehung (ohne Zahlung eines zusätzlichen Geldbetrages) bei einer Selbstanzeige straffrei bleibt, wird von 50.000 Euro auf 25.000 Euro abgesenkt. Bei darüber liegenden Beträgen ist nur bei gleichzeitiger Zahlung eines Zuschlags ein Absehen von der Strafverfolgung möglich.

Der Zuschlag ist abhängig vom Hinterziehungsvolumen:

über 25.000 Euro: 10 % Zuschlag

über 100.000 Euro: 15 % Zuschlag

über 1 Million Euro: 20 % Zuschlag

Bisher galt ein Zuschlag von 5 % ab einem Hinterziehungsbetrag von 50.000 Euro.

Weitere Voraussetzung ist neben der Zahlung des hinterzogenen Betrages auch die sofortige Zahlung der Hinterziehungszinsen in Höhe von sechs Prozent pro Jahr.

2. Die Verjährungsfrist soll in allen Fällen der Steuerhinterziehung auf zehn Jahre verlängert werden.

Der Staat kann außerdem künftig bestimmte, nicht erklärte ausländische Kapitalerträge für noch weiter zurückliegende Zeiträume besteuern als bisher. Der Fristlauf der zehnjährigen steuerrechtlichen Festsetzungsverjährung beginnt erst bei Bekanntwerden der Tat, spätestens zehn Jahre nach dem Hinterziehungsjahr. Hintergrund ist, dass die deutschen Steuerbehörden von "Auslands-Hinterziehungen" vielfach erst sehr spät und oft zufällig Kenntnis erlangen. Die neue "Anlaufhemmung" lässt dem Fiskus ausreichend Zeit zur Aufklärung.

3. Hinsichtlich der besonderen Problematik der Umsatzsteuervoranmeldungen als auch der Lohnsteueranmeldungen enthält der Gesetzentwurf Sonderregelungen im Interesse der Rechtssicherheit. Darin ist eine Ausnahme vom Vollständigkeitsgebot des § 371 AO und der Tatentdeckung vorgesehen, sodass zukünftig eine korrigierte oder verspätete Umsatzsteuervoranmeldung oder Lohnsteueranmeldung als wirksame Teilselbstanzeige gilt. Als weitere Ausnahme ist vorgesehen, dass die Umsatzsteuervoranmeldung für das Vorjahr nicht auch die Berichtigungen für das laufende Jahr umfassen muss.
4. Ergänzend zu den strafrechtlichen Vorschriften wird eine Verlängerung der Anlaufhemmung bei der steuerrechtlichen Festsetzungsverjährung eingeführt, für den Fall, dass Kapitalerträge aus Drittstaaten stammen, die nicht am automatischen Datenaustausch teilnehmen.

## Brandaktuell

BGB  
§§ 280 I, III, 281

### unberechtigt abgebrochene eBay-Auktion Anspruch auf Schadensersatz

BGB

(OLG Hamm in Pressemitteilung vom 06.11.2014; Urteil vom 30.10.2014 -28 U 199/13)

Bricht ein Verkäufer seine eBay-Auktion grundlos ab, schuldet er demjenigen Schadensersatz, der mit seinem Höchstgebot nicht zum Zuge kommt. Das kann auch dann gelten, wenn sich der Höchstbietende als so genannter "Abbruchjäger" an der eBay-Auktion beteiligt haben sollte.

**Fall:** Die Beklagte, eine Gewerbetreibende aus dem Kreis Minden-Lübbecke, stellte im September 2011 einen gebrauchten Gabelstapler mit einem Startpreis von 1 Euro in der Internetauktion des Anbieters eBay zum Verkauf ein. Mit einem Maximalbetrag von 345 Euro beteiligte sich der im Landkreis Wittenberg in Sachsen-Anhalt ansässige Kläger an der Auktion. Nachdem die Beklagte den Gabelstapler während der noch laufenden eBay-Auktion für 5.355 Euro anderweitig veräußert hatte, brach sie die Auktion ab. Zu diesem Zeitpunkt war der Kläger mit einem Betrag von 301 Euro Höchstbietender. Wegen der Nichterfüllung des nach seiner Auffassung mit der Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrages hat der Kläger von der Beklagten Schadensersatz verlangt. Zu Recht?

Der Kläger könnte einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 280 I, III, 281 BGB haben.

#### I. wirksamer Vertragsschluss

Dies setzt voraus, dass zwischen ihm und dem Beklagten trotz der abgebrochenen eBay-Auktion ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist.

##### 1. Angebot

Ein verbindliches Angebot hat die Beklagte abgegeben, indem sie den Gabelstapler auf der Webseite von eBay zur Versteigerung inserierte und die Internetauktion startete.

##### 2. Annahme

Dieses Angebot könnte der Kläger angenommen haben, in dem er innerhalb der Laufzeit der Option das höchste Angebot abgegeben hat.

*„Entgegen der Einschätzung der Beklagten [ist] am **Rechtsbindungswillen** des Klägers nicht zu zweifeln. Dass er den Gabelstapler zum Preis von bis zu 345 Euro abgenommen hätte, habe der Kläger plausibel dargelegt. Es sei **nicht anzunehmen**, dass er sein Kaufangebot nur **zum Schein** oder **zum Scherz** abgegeben habe. Jeder Teilnehmer einer eBay-Auktion werde vor der Abgabe eines Gebots darauf hingewiesen, dass dieses Gebot verbindlich sei und zum Abschluss eines Kaufvertrages führen könne. Das spreche für die Verbindlichkeit der mit einem Angebot abgegebenen Erklärung. Selbst wenn man dem Kläger unterstellen wolle, dass er sich als so genannter **"Abbruchjäger"** systematisch an eBay-Auktionen beteilige, um gegebenenfalls Schadensersatzansprüche zu realisieren, setze auch ein solches Vorhaben gerade voraus, dass das jeweilige Höchstgebot bindend abgegeben werden solle.“* (OLG Hamm aaO)

##### 3. Fortbestehen des Angebots

Entscheidend ist daher, ob die Beklagte die von ihr begonnene eBay-Auktion vorzeitig habe beenden dürfen, so dass deswegen kein Kaufvertrag zustande gekommen ist.

*„Die Beklagte, die ihr Verkaufsangebot im Rahmen der eBay-Auktion **nicht als unverbindlich** gekennzeichnet habe, habe nach den eBay-internen Bestimmungen allerdings **kein Recht zum Widerruf** ihres Angebots gehabt. Nach diesen Bestimmungen berechtige allein der **Wunsch** eines Verkäufers, den angebotenen Gegenstand während der laufenden Auktion losgelöst von eBay **anderweitig zu veräußern, nicht zur Rücknahme** des eBay-Angebots, wenn für dieses bereits Gebote abgegeben seien. Die Gebote dürften nur aus berechtigten, in den eBay-Bestimmungen geregelten Gründen gestrichen werden. Derartige Gründe habe die Beklagte im zu entscheidenden Fall nicht gehabt.“* (OLG Hamm aaO)

##### 4. keine Nichtigkeit

*„Der damit zwischen den Parteien verbindlich abgeschlossene Kaufvertrag sei auch **kein nichtiges Wuchergeschäft**. Der Kläger habe keine Schwächesituation der Beklagten ausgenutzt. Vielmehr sei es die Beklagte gewesen, die den Gabelstapler zum Mindestverkaufspreis von nur 1 Euro bei eBay angeboten habe.“* (OLG Hamm aaO)

Ein wirksamer Kaufvertrag liegt damit vor. Wegen der schuldhaften Nichterfüllung schuldet die Beklagte dem Kläger Schadensersatz in Höhe des Wertes des Gabelstaplers.

**Entscheidungen materielles Recht**BGB  
§ 1004**Gestattungswiderruf bei jahrzehntelanger Duldung  
keine Verwirkung für Neueigentümer**

ZivilR

(BGH, NJW-RR 2014, 1043; Urteil vom 16.05.2014 - V ZR 181/13)

Ein Eigentümer, der die Inanspruchnahme seines Grundstücks durch einen Nachbarn (hier: durch unterirdisch verlegte Leitungen) jahrzehntelang gestattet hat, verliert hierdurch nicht das Recht, die Gestattung zu widerrufen und anschließend seine Ansprüche aus § 1004 BGB geltend zu machen.

**A. Grundlagenwissen: Der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch (§ 1004 BGB)****1. Allgemeines**

Während § 985 den Besitz des Eigentümers schützt, bietet § 1004 Schutz vor sonstigen Beeinträchtigungen des Eigentums.

Als sog. Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch ist § 1004 analog anwendbar auf die sonstigen absoluten Rechte, welche von § 823 I BGB geschützt werden.

**2. Anspruchsinhalt**

In erster Linie besteht ein Anspruch Beseitigung einer bestehenden Beeinträchtigung (§ 1004 I 1 BGB). Darüber hinaus besteht aber auch ein Anspruch auf Unterlassung einer drohenden (zukünftigen) Beeinträchtigung (§ 1004 I 2 BGB).

**3. Anspruchsvoraussetzungen****a) Eigentum des Anspruchstellers**

Der Antragsteller muss Eigentümer betroffenen Sache sein.

**b) Beeinträchtigung des Eigentums**

Es muss die Beeinträchtigung in einem Recht feststellbar sein, welches dem Eigentümer kraft dieser Rechtsposition zukommt.

Da Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes über § 985 BGB abgesichert sind, unterfällt § 1004 BGB jede sonstige Beeinträchtigung. Ob eine solche vorliegt, ist nach dem Empfinden eines verständigen Durchschnittsmenschen zu beurteilen).

**c) Störereigenschaft des Anspruchsgegners**

Der Anspruchsgegner muss Störer sein. Hier gelten die üblichen Störerbegriffe. Handlungsstörer ist derjenige, welcher die Beeinträchtigung adäquat kausal durch seine eigene Handlung (Tun oder Unterlassen) verursacht. Diese Verursachung kann auch mittelbar erfolgen, sofern eine rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung besteht. Zustandsstörer ist hingegen derjenige, der eine Herrschafts- oder Einwirkungsbefugnis auf eine Sache hat, von deren Zustand die Beeinträchtigung ausgeht.

**d) Rechtswidrigkeit der Störung**

Die Störung muss rechtswidrig sein. Dies wird durch die Beeinträchtigung indiziert. Allerdings ist die Rechtswidrigkeit nach 1004 II BGB ausgeschlossen, wenn eine Duldungspflicht besteht. Diese kann sich zum einen nach §§ 904 ff. BGB aus dem Gesetz ergeben, aber auch dinglichen Rechten oder abgeschlossenen Verträgen.

## B. Keine Verwirkung für Gestattungswiderruf bei jahrzehntelanger Duldung (vgl. BGH NJW-RR 2014, 1043)

**Fall:** Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke. Die Grundstücke der Bekl. sind mit Wochenendhäusern bebaut; das Grundstück der Kl. ist noch unbebaut. Alle Grundstücke liegen an einem Wirtschaftsweg, in dem das Stromkabel des Elektrizitätsunternehmens verlegt worden ist. Die von einem Zählerkasten auf dem Wege verlegten Anschlussleitungen zu den Grundstücken der Bekl. durchqueren unterirdisch das Grundstück der Kl. Die Anschlussleitungen wurden im Jahre 1979 von den damaligen Eigentümern der bebauten Grundstücke, dem Bekl. zu 1 und den Eheleuten E und G, in Eigenregie hergestellt und mit Zustimmung von G, dem damaligen Eigentümer des unbebauten Grundstücks, so verlegt. Eine dingliche Absicherung der Inanspruchnahme dieses Grundstücks durch die Leitungen erfolgte nicht. Ende 2010 kaufte die Bekl. zu 2 das bebaute Grundstück der Eheleute G. Diese gaben in dem Kaufvertrag an, dass das Wochenendhaus über Anschlüsse für Strom und Telefon verfüge. Die Kl. kaufte mit notariellem Vertrag vom 31.5.2011 von G das unbebaute Grundstück. In der Bestimmung zur Gewährleistung (§ 4 des notariellen Vertrags) wurde die Haftung des Verkäufers für Sachmängel ausgeschlossen. § 4 IX enthält folgende Erklärung des Verkäufers:

„Nach Angaben des Verkäufers befinden sich im an den Vertragsgegenstand angrenzenden Weg Strom- und Telefonkabel. Im Vertragsgegenstand ist derzeit lediglich ein Leerrohr-Anschluss für Strom vorhanden.“

Die Kl., die auf dem erworbenen Grundstück ein Wochenendhaus errichten möchte, hat von den Bekl. verlangt, die Stromleitungen von ihrem Grundstück zu entfernen. Die Bekl. sind der Auffassung, dass die Kl. zur Duldung verpflichtet ist und im Übrigen nach so langer Zeit ohnehin keinen Anspruch mehr geltend machen kann. Nach rechtlicher Beratung sieht die Kl. ein, dass ein Anspruch auf Störungsbeseitigung jedenfalls verjährt wäre. Sie erhebt Klage mit dem Antrag festzustellen, dass sie berechtigt ist, das Erdkabel zu kappen und selbst zu beseitigen.

Besteht hierauf ein Anspruch?

Die Kl. könnte gegen den Beklagen einen Anspruch auf Störungsbeseitigung nach § 1004 I 1 BGB haben.

Der Kl. ist zweifellos Eigentümer des Grundstücks und die Inanspruchnahme seines Grundstücks für die Verlegung von Leitungen stellt auch grundsätzlich eine Beeinträchtigung dar, für welche die Bekl. sowohl als Handlungs- wie auch als Zustandsstörer verantwortlich sind.

### I. Verjährung des Beseitigungsrechts

Fraglich ist zunächst, ob ein Anspruch auf Duldung der Störungsbeseitigung trotz der eingetretenen Verjährung des Anspruch auf Beseitigung der Störung durch die Bekl. überhaupt noch bestehen kann.

„Das *BerGer.* geht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (NJW 2011, 1068 = NZM 2011, 327 Rn. 9; NJW 2011, 1069 = NZM 2011, 328 Rn. 16, 18) davon aus, dass der **Eigentümer nicht deshalb**, weil er seinen **Anspruch auf Beseitigung** einer Beeinträchtigung nach § 1004 I 1 BGB gegenüber dem Störer wegen des Eintritts der Verjährung **nicht mehr durchzusetzen** vermag, die **Störung auch in Zukunft hinnehmen** muss. Die Verjährung des Beseitigungsanspruchs begründet kein Recht des Störers auf Duldung nach § 1004 II BGB. Der Eigentümer ist vielmehr auf Grund seiner Befugnisse aus § 903 S. 1 BGB berechtigt, die **Beeinträchtigung** seines Eigentums durch Entfernung des störenden Gegenstands von seinem Grundstück **selbst zu beseitigen** (BGH, NJW 2011, 1068 = NZM 2011, 327 Rn. 9; NJW 2011, 1069 = NZM 2011, 328 Rn. 16, 18).“ (BGH aaO)

### II. Bestehen einer Duldungspflicht

Fraglich ist jedoch, ob die Beeinträchtigung rechtswidrig erfolgt oder der Kl. diese nach § 1004 II BGB zu dulden hat.

„Die Störung stellt sich dann nicht als eine Verletzung der Eigentümerrechte dar. Eine **Duldungspflicht** i.S.d. § 1004 II BGB **schließt** daher nicht nur den Abwehranspruch gegen den Störer, sondern auch das **Recht des Eigentümers aus, die Störung selbst auf eigene Kosten zu beseitigen**.“ (BGH aaO)

#### 1. gesetzliche Duldungspflichten

Gesetzliche Duldungspflichten z.B. nach § 8 AVBEltV bzw. § 12 I NAV oder aus § 26 I LNRG-RP bestehen nicht.

#### 2. dingliche Duldungspflichten

Mangels Bestellung einer Leitungsdienstbarkeit nach § 1018 oder § 1090 BGB ist die Kl. auch nicht aus einem dinglichen Recht zur Duldung der Leitungen der Bekl. verpflichtet.

#### 3. schuldrechtliche Duldungspflichten

### a) Gestattung durch den Voreigentümer

Es könnte jedoch eine schuldrechtliche Duldungspflicht bestehen, weil der frühere Eigentümer G die Verlegung der Leitungen gestattet und diese Gestattung nicht widerrufen hat.

*„Dass G die Verlegung der Leitungen gestattet hat, begründet keine Duldungspflicht der Kl., da Gestattungen des Voreigentümers den Einzelrechtsnachfolger grundsätzlich nicht binden (BGH, NJW-RR 2008, 827 Rn. 7 m.w.N.).“* (BGH aaO)

### b) Übernahme der Duldungspflicht durch die Kl.

Einen vertraglichen Duldungsanspruch gegen den G könnten die Bekl. – da die Voraussetzungen der Vorschriften über den gesetzlichen Eintritt des Erwerbers in Miet- oder Pachtverträge (§§ 566 I, 578 I, 581 II, 593 b BGB) hier ersichtlich nicht vorliegen – der Kl. gegenüber nur dann geltend machen, wenn diese Duldungspflichten des Veräußerers G (nach § 415 BGB oder § 328 BGB) übernommen hätte (vgl. Staudinger/Gursky, BGB, 2013, § 1004 Rn. 198).

*„Daran fehlt es. In dem zwischen der Kl. und G geschlossenen Kaufvertrag ist eine Übernahme von Duldungspflichten in Bezug auf die Leitungen nicht vereinbart worden. Ein dahin gehender Übernahmewille des Erwerbers kann nicht unterstellt werden, sondern muss in den Vereinbarungen der Kaufvertragsparteien deutlich zum Ausdruck gekommen sein (Senat, NJW-RR 2008, 827; Staudinger/Gursky, § 1004 Rn. 198). Das ist nicht der Fall.“* (BGH aaO)

Insofern kommt es auch nicht darauf an, ob die Kl. vor dem Abschluss des Kaufvertrages Kenntnis von den Stromleitungen hatte.

*„[Die] Kenntnis des Käufers von einer Beeinträchtigung der Sache durch einen Dritten [begründet] keine Verpflichtung, die Störung nach dem Erwerb des Eigentums zu dulden (vgl. BGH, BGHZ 66, 37 = NJW 1976, 416 unter II 3 – insoweit nicht in BGHZ 66, 37 abgedr.; OLG Köln, NJW-RR 1991, 99 [101]). Allein aus der Tatsache, dass der Käufer die Leitung bei Kaufvertragsschluss kennt, lässt sich insbesondere nicht auf eine konkludente Schuldübernahme- oder Schuldbeitrittsvereinbarung mit dem Verkäufer schließen (vgl. BGHZ 60, 119 [122] = NJW 1973, 508; Staudinger/Gursky, § 1004 Rn. 198).“* (BGH aaO)

Es besteht daher keine Duldungspflicht, so dass die Störung auch rechtswidrig erfolgt und damit grundsätzlich die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen.

## III. Verwirkung des Rechts auf eigene Störungsbeseitigung

Das Recht der Kl., die Störung ihres Eigentums durch die Leitungen selbst zu beseitigen, könnte aber verwirkt sein.

*„Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung, die im gesamten Privatrecht eingewendet werden kann (BGHZ 122, 308 [314] = NJW 1993, 2178; NJW-RR 2006, 235 [236]). Ihr unterliegen sämtliche subjektiven Rechte. Sie führt zwar nicht zum Verlust des Eigentums, wohl aber der aus ihm folgenden Ansprüche auf Störungsbeseitigung nach § 1004 I 1 BGB (Senat, WM 1979, 644 [647] = BeckRS 1979, 00434; NJW-RR 2006, 235 Rn. 10; NJW-RR 2010, 807 Rn. 17; BGHZ 187, 185 = NJW 2011, 518 Rn. 24) und – in eng begrenzten Ausnahmefällen – auf Herausgabe nach § 985 BGB (Senat, NJW 2007, 2183 = NZM 2007, 935) sowie auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB (Senat, BGHZ 122, 308 [314] = NJW 1993, 2178).“* (BGH aaO)

Fraglich ist daher, ob der Umstand, dass G gegen die von ihm gestattete Nutzung seines Grundstücks nichts unternahm, zu einer Verwirkung seiner Rechte aus dem Eigentum führte.

*„Die Verwirkung schließt die illoyal verspätete Geltendmachung eines Rechts aus (Senat, NJW 2007, 2183 Rn. 8). Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und deswegen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt (Senat, BGHZ 122, 308 [315] = NJW 1993, 2178; NJW-RR 2006, 235 Rn. 10; jew. M.w.N.).“*

*Der Eigentümer verwirkt seine Ansprüche aus dem Eigentum nicht, wenn er Störungen gegenüber so lange untätig bleibt, wie sie sich ihm gegenüber als rechtmäßig darstellen.“* (BGH aaO)

So verhält es sich hier, weil nach den Feststellungen des BGH die Stromleitungen zum Anschluss der Grundstücke der Nachbarn mit Zustimmung des Veräußerers G durch das Grundstück der Kl. verlegt wurden.

*„Für [die] ... Verwirkung der Rechte aus dem Eigentum ist entscheidend, dass die jahrzehntelange Nutzung des Grundstücks durch die Bekl. mit Erlaubnis des Eigentümers erfolgte. Hierdurch verlor dieser nicht das*

**Recht**, die Gestattung zu widerrufen und anschließend seine **Ansprüche aus § 1004 BGB geltend zu machen**. Andernfalls müsste ein Grundstückseigentümer, schon um einen Rechtsverlust durch Verwirkung zu vermeiden, nach einer gewissen Zeitspanne gegen den Nachbarn vorgehen, auch wenn im Übrigen kein Anlass zum Widerruf der Gestattung oder zur Kündigung eines Leih- oder Duldungsvertrags besteht. Zugleich darf sich derjenige, der ein Nachbargrundstück nutzt, nicht darauf einrichten, dass der Eigentümer, der diese Nutzung über einen langen Zeitraum gestattet hat, auch künftig auf die Geltendmachung seiner Eigentumsrechte verzichtet. Vielmehr muss er damit rechnen, dass seine (bloß schuldrechtliche) Nutzungsbefugnis enden kann und der Eigentümer dann die Unterlassung bzw. Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen wird.“ (BGH aaO)

Dies könnte sich aber anders darstellen, wenn der Eigentümer der Verlegung von Leitungen zugestimmt hat, die ihrer Natur nach darauf angelegt sind, nicht vor dem Wegfall ihres Zwecks (hier den Anschluss eines Hauses an das öffentliche Netz herzustellen) entfernt zu werden.

„Verträge über die Verlegung solcher Leitungen [sind zwar] – sofern nicht etwas anderes vereinbart wird – nicht frei widerruflich ..., sondern [können] von dem Eigentümer nur nach § 605 Nr. 1 BGB wegen eines **nicht vorhergesehenen Eigenbedarfs** oder nach der allgemeinen Kündigungsvorschrift für Dauerschuldverhältnisse in § 314 I BGB **aus wichtigem Grund** gekündigt werden ... (vgl. BGHZ 125, 293 [300] = NJW 1994, 3156; Schapp, NJW 1976, 1092 [1093]; Staudinger/Gursky, § 1004 Rn. 194). Das ändert aber nichts daran, dass auch bei diesen Leitungen die Befugnis zur Nutzung des Grundstücks auf einem Vertrag mit dem Eigentümer beruht und mit dem Ende des Vertragsverhältnisses erlischt und dem Eigentümer danach die Ansprüche aus § 1004 BGB zustehen.“ (BGH aaO)

Eine Verwirkung der Eigentümerrechte während der Besitzzeit der Kl., die alsbald nach dem Erwerb von den Bekl. die Beseitigung der Leitungen verlangt hat, ist ausgeschlossen.

#### IV. Ergebnis

Die Kl. hat einen Anspruch gegen die Bekl. es zu dulden, dass sie ihrerseits die Leitungen aus ihrem Grundstück entfernt.

(OLG Celle in MMR 2014, 663; Urteil vom 09.07.2014 - 4 U 24/14)

1. Werden unter **Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos** auf den Abschluss eines Vertrags gerichtete Erklärungen abgegeben, liegt ein Handeln unter fremdem Namen vor, auf das die Regeln über die Stellvertretung sowie die **Grundsätze der Anscheins- oder der Duldungsvollmacht** entsprechend anzuwenden sind.
2. Die **Beendigung eines Angebots** vor Ablauf der Dauer einer Auktion im Internetportal eBay setzt auch bei einer **noch länger als 12 Stunden laufenden Auktion** einen **rechtfertigenden Umstand** voraus, wie er in den weiteren Hinweisen zu den AGB von eBay in der Fassung bis zum 12.03.2014 näher erläutert wird.

**Fall:** Der Kläger verlangt von den Beklagten die Herausgabe einer Lackierkabine und macht hilfsweise Schadensersatzansprüche geltend.

Der Kläger ist Käufer bei eBay. Die 77-jährige Beklagte zu 1) ist Inhaberin eines Accounts bei eBay. Zur Eröffnung dieses Accounts hat sie ihm dem Bekl. zu 2), ihrem Sohn, ihre Daten für ihren Account zur Verfügung gestellt. Sie hatte Kenntnis davon, dass ihr Sohn, der Bekl. zu 2, ihren eBay-Account nutzte und hatte ihm dies ermöglicht, indem sie ihm ihre Zugangsdaten offen gelegt hat.

Der Beklagte zu 2) ist ihr Sohn und verkauft Waren über den Account der Beklagten zu 1), hinsichtlich dessen ihm die Beklagte zu 1) die Daten für die Eröffnung des Accounts zur Verfügung gestellt hat.

Im April 2012 bot der Beklagte zu 2) über den Account der Beklagten zu 1) bei eBay eine Lackierkabine mit folgenden Angaben an (Bl. 7-9 d. A.):

Angaben zum Verkäufer: core-quad (548 \*)

Artikelzustand: gebraucht

Startpreis: 1 EUR

- Lackierkabine Lackieranlage blowtherm für Gasanschluss; komplett auseinanderggebaut
  - Zustand siehe Bilder TOP alles funktioniert,
  - Lackierkabine ist von Bekannten, hat er vor 3 Monaten selbst gekauft, wegen Platzmangel muss sie leider verkauft werden
- Sofortkauf 6.000 Euro

Am 07.04.2012 (Bl. 21 d. A.) gab der Bieter „fahrzeugundmaschinenhandelzahnaelster“ ein Maximalgebot in Höhe von 567,89 EUR ab. Am 14.04.2012 beendete der Beklagte zu 2) das Angebot vorzeitig (Bl. 21 d. A.), so dass das Angebot des Klägers gestrichen wurde unter Berufung auf eine Beschädigung der Lackierkabine.

In § 10 Abs. 1 der AGB von eBay (nachfolgend „eBay-AGB“) hieß es:

*„Stellt ein Anbieter auf der eBay-Website einen Artikel im Angebotsformat Auktion ein, gibt er ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrags über diesen Artikel ab. Dabei bestimmt der Anbieter einen Startpreis und eine Frist (Angebotsdauer), binnen derer das Angebot per Gebot angenommen werden kann. Der Bieter nimmt das Angebot durch Abgabe eines Gebots über die Bieten-Funktion an. Das Gebot erlischt, wenn ein anderer Bieter während der Angebotsdauer ein höheres Gebot abgibt. Bei Ablauf der Auktion oder bei vorzeitiger Beendigung des Angebots durch den Anbieter kommt zwischen Anbieter und Höchstbietendem ein Vertrag über den Erwerb des Artikel zustande, es sei denn der Anbieter war gesetzlich dazu berechtigt, das Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen. Nach einer berechtigten Gebotsrücknahme kommt zwischen dem Mitglied, das nach Ablauf der Auktion aufgrund der Gebotsrücknahme wieder Höchstbietender ist und dem Anbieter kein Vertrag zustande.“*

Auf der Website von eBay hieß es ferner:

*„Es kann vorkommen, dass Sie ein Angebot vorzeitig beenden müssen; z. B. wenn Sie feststellen, dass der zu verkaufende Artikel nicht funktioniert oder ein Teil fehlt. [...]“*

Der Kläger verlangte nach der von dem Beklagten zu 2) veranlassten Beendigung der Auktion die Herausgabe der Lackierkabine Zug um Zug gegen Zahlung von 1 EUR, da weitere Gebote nicht abgegeben wurden.

Durch anwaltliches Schreiben 10.07.2012 verlangte der Kläger von den Beklagten erneut vergeblich die Herausgabe. Die Beklagte zu 1) steht auf dem Standpunkt, ein Kaufvertrag sei nicht zustande gekommen. Sie als 77-jährige Rentnerin sei mit Computern und insbesondere mit der Internetplattform eBay nicht vertraut. Ihr sei nicht bekannt gewesen, dass ihr Sohn unter ihrem Namen einen Account eingerichtet habe. Sie habe keine Lackierkabine angeboten, ihrem Sohn keine Vollmacht erteilt und von dem Handeln ihres Sohnes keine Kenntnis gehabt, so dass ihr das Handeln ihres Sohnes nicht zuzurechnen sei.

Der Beklagte zu 2) hingegen behauptet, er habe die Lackierkabine lediglich im Auftrag des Zeugen Z bei X eingestellt und sei daher nicht selbst verpflichtet worden, sondern nur der Vertretene. Er behauptet außerdem, die Lackierkabine sei auf dem Betriebsgelände des Zeugen Z untergestellt gewesen, sie sei defekt gewesen und zudem dort beschädigt worden. Zudem sei die Lackierkabine im September 2012 vom Zeugen Z an eine andere Firma verkauft worden.

Hat der Kläger einen Anspruch auf Lieferung, hilfsweise auf Schadenersatz?

## I. Anspruch gegen die Bekl. zu 1

Der Kläger könnte gegen die Beklagte zu 1 einen Anspruch auf Lieferung der Lackierkabine nach § 433 I 2 BGB haben.

### 1. Zustandekommen eines Kaufvertrages

Dann müsste zwischen ihm und der Beklagten zu 1 ein Vertrag zustande gekommen sein.

Der Abschluss eines Kaufvertrags erfolgt auch in den Fällen, in denen über eine Internetplattform Gegenstände an den Höchstbietenden zum Verkauf angeboten werden, regelmäßig nach den Bestimmungen der §§ 145 ff. BGB.

#### a) Bestimmung des Vertragspartners

Mit welcher Person dabei ein Vertrag geschlossen wird, bestimmt sich nach der maßgeblichen Sicht der anderen Vertragspartei.

*„Danach kann bei einem **Handeln unter dem Namen einer anderen – existierenden – Person** der Handelnde selbst berechtigt und verpflichtet sein, wenn sich das getätigte Geschäft aus der insoweit **maßgeblichen Sicht der anderen Vertragspartei** als **Eigengeschäft** des Handelnden darstellt, bei diesem also **keine Fehlvorstellung über die Identität** des Handelnden hervorgerufen wird (vgl. BGH, Urt. v. 11.05.2011 – VIII ZR 289/09 [= MMR 2011, 447 m. Anm. Klein] Rn. 8, 10).*

*Gemessen an diesen Grundsätzen musste der Kl. nach seinem **objektiven Empfängerhorizont** davon ausgehen, dass die Bekl. zu 1 und nicht der Bekl. zu 2 sein Vertragspartner ist. Denn der Bekl. zu 2 hat den **Willen**, die streitgegenständliche **Lackierkabine im eigenen Namen zum Verkauf anzubieten, nicht hinreichend zum Ausdruck** gebracht. Er hat das Verkaufsangebot unter Nutzung des für die Bekl. zu 1 eingerichteten passwortgeschützten Nutzerkontos und unter Verwendung ihres Mitgliedsnamens auf der Internetplattform eBay platziert. Aus Sicht des Kl. war damit die Bekl. zu 1 Urheberin des Verkaufsangebots (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 10.)“ (OLG Celle aaO)*

Fraglich ist, ob die Bekl. zu 1 dem entgegen halten kann, der Kl. habe aus seiner Sicht lediglich davon ausgehen können, dass sie als **Bevollmächtigte oder Beauftragte des Zeugen Z** die Lackierkabine anbiete.

*„Zwar stand in dem maßgeblichen eBay-Angebot „Lackierkabine ist von Bekannten, hat er vor drei Monate selbst gekauft, wegen Platzmangel muss die leider wieder verkaufen“ ... Unabhängig davon, wie diese Formulierung überhaupt von einem objektiven Dritten zu verstehen ist, ist hiernach keinesfalls die Annahme gerechtfertigt, dass der Kl. den **Vertrag nicht mit dem Nutzerkonto-Inhaber**, dessen „Seriosität/Bonität“ er anhand der auf derartigen Internetplattformen angegebenen „Bewertungskennziffer“ zumindest halbwegs beurteilen konnte, abschließen wollte, sondern mit einem ihm **völlig unbekanntem Dritten**.“ (OLG Celle aaO)*

#### b) Verpflichtung der Bekl. zu 1

Der Vertrag ist jedoch nur dann mit der Bekl. zu zustande gekommen, wenn das Verhalten des Bekl. zu 2 ihr zuzurechnen ist.

##### aa) Anforderungen an Stellvertretung bei Handeln unter fremdem Namen

*„Wird bei der Nutzung eines fremden Namens beim Geschäftspartner der Anschein erweckt, es solle **mit dem Namensträger ein Geschäft abgeschlossen** werden und wird dabei eine falsche Vorstellung über die Identität des Handelnden hervorgerufen, finden die **Regeln über die Stellvertretung** (§§ 164 ff. BGB) und die hierzu entwickelten Grundsätze entsprechend Anwendung, **obwohl dem Handelnden ein Vertretungswille** fehlte. Dies gilt auch für Geschäfte, die über das Internet abgewickelt werden. Eine rechtsgeschäftliche Erklärung, die unter solchen Voraussetzungen unter dem Namen eines anderen abgegeben worden ist, **verpflichtet** den **Namensträger** daher regelmäßig nur **dann**, wenn*

- sie in Ausübung einer bestehenden **Vertretungsmacht** erfolgt,
- vom Namensinhaber nachträglich genehmigt worden ist oder
- wenn die Grundsätze über die Anscheins- oder die Duldungsvollmacht eingreifen (vgl. BGH, aaO, Rn. 12).“ (OLG Celle, aaO)

##### bb) Vorliegen einer wirksamen Stellvertretung

Vor diesem Hintergrund kommt eine wirksame Stellvertretung im vorliegenden Fall nur nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht in Betracht.

**(1) Voraussetzungen für eine Duldungsvollmacht**

„Eine Duldungsvollmacht liegt vor, wenn der Vertretene es **willentlich geschehen** lässt, dass ein anderer **für ihn wie ein Vertreter auftritt** und der Geschäftspartner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde **zu den vorgenommenen Erklärungen bevollmächtigt** ist. Bei einem unter Verwendung einer fremden Identität getätigten Geschäft des Namensträgers finden diese Grundsätze mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass hierbei auf dessen Verhalten abzustellen ist (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 15).“ (OLG Celle aaO)

**(2) Anwendung auf den Fall**

Fraglich ist, ob dies im vorliegenden Fall angenommen werden kann. Da die Bekl. zu 1 dem Bekl. zu 2 ihre Daten zur Verfügung gestellt hatte und auch wusste, dass er über den so eingerichteten Account Verträge abwickelte, lagen die Voraussetzungen für die Annahme einer Duldungsvollmacht vor. Auf die Kenntnis vom konkreten Vertragsschluss kommt es eben gerade nicht an.

Die Bekl. zu 1 wurde daher vom Bekl. zu 2 auch wirksam vertreten.

**c) Beendigung der Auktion**

Fraglich ist jedoch, ob nicht die Beendigung der Auktion einen Vertragsschluss des Kl. mit der Bekl. zu 1 entgegensteht. Dann müsste sie berechtigt gewesen sein, ihr Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrags über die streitgegenständliche Lackierkabine einseitig wieder zu beenden.

„Nach der **st. Rspr. des BGH** ist der **Erklärungsinhalt** eines i.R.e. Internetauktion abgegebenen Verkaufsangebots **unter Berücksichtigung der AGB** des Unternehmens zu bestimmen, das auf seiner Internetplattform das Forum für die Auktion bietet. Nach § 10 Ziff. 1 Satz 5 der im Streitfall geltenden AGB von eBay kommt ein **Kaufvertrag** bei Ablauf der Auktion oder **bei vorzeitiger Beendigung des Angebots durch Annahme des Verkaufsangebots durch den Höchstbietenden zu Stande**, es sei denn, der Anbieter war gesetzlich dazu berechtigt, das Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen. Unter welchen Umständen der Anbietende sein Angebot zurückziehen kann, wird in § 10 Ziff. 7 der AGB und den daran anknüpfenden „weiteren Informationen“ näher erläutert (vgl. z.B. BGH, Urt. v. 08.01.2014 – VIII ZR 63/13 [= MMR 2014, 165] Rn. 18, 19).“ (OLG Celle aaO)

Auch bei vorzeitiger Beendigung des Angebots ist daher ein Vertrag mit dem Kl. zustande gekommen, es sei denn, die Bekl. zu 1 wäre zur Rücknahme des Angebots berechtigt gewesen.

**aa) weitere Dauer der Auktion**

Nach den eBay-AGB scheint es so, dass bei einer Auktion, die noch 12 Stunden oder länger andauern sollte, das Angebot ohne berechtigten Grund zurückgenommen und das Gebot des Klägers gelöscht werden könne. Dem ist jedoch nicht so.

„Dass und aus welchen Gründen auch im Fall einer – wie hier – **noch 12 Stunden oder länger dauernden Auktion** ein hierfür **berechtigender Grund** zur vorzeitigen Beendigung des Angebots erforderlich ist, hat das OLG Nürnberg in seinem Urt. v. 26.02.2014 (Az. 12 U 336/13 [= MMR 2014, 592]) ausführlich dargestellt und begründet. Der Senat schließt sich dieser Auffassung nach Überprüfung an. Der Senat nimmt hinsichtlich der Auslegung der AGB von eBay sowie der daran anknüpfenden „Weiteren Informationen“ zunächst zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die ausführliche Argumentation des OLG Nürnberg in seiner o.g. Entscheidung Bezug. Dort ist nämlich die Schrittfolge vorgegeben, die ein Anbieter tätigen muss, um ein Angebot vorzeitig zu beenden. In Ziff. 2 werden insoweit Angebote, die in 12 Stunden oder mehr enden, und Angebote, die in weniger als 12 Stunden enden, gleichbehandelt. Für beide Fallvarianten gilt also sodann nach der dortigen Ziff. 3 (OLG Nürnberg), dass der Anbietende den Grund auswählen muss, aus dem das Angebot vorzeitig beendet wird. Welches die „Gründe“ sind, die zur vorzeitigen Beendigung eines Angebots berechtigen ... also u.a., dass der Artikel ohne Verschulden verloren gegangen, beschädigt worden oder anderweitig nicht mehr zum Verkauf verfügbar ist.“ (OLG Celle aaO)

**bb) berechtigter Grund**

Fraglich ist jedoch, ob vom Vorliegen eines berechtigten Grundes ausgegangen werden kann.

„Ein „berechtigender Grund“ zur vorzeitigen Beendigung eines Angebots ist u.a. darin zu sehen ist, dass der Artikel ohne Verschulden ... verloren gegangen, beschädigt worden oder anderweitig nicht mehr zum Verkauf verfügbar ist (vgl. OLG Nürnberg aaO). In der Instanzrechtsprechung wird demgemäß auch einhellig ausgeführt, dass ein „berechtigter Grund“ i.S.d. AGB von eBay bei einem Mangel an dem zu versteigernden Gegenstand nach Beginn der Auktion nur dann vorliegt, wenn der Anbieter den **Mangel**, also insb. eine nachträgliche Beschädigung, **nicht zu vertreten hat** (vgl. z.B. LG Bochum, Urt. v. 18.12.2012 – 9 S 166/12 [= MMR 2013, 443]; LG Bonn, Urt. v. 05.07.2012 – 18 O 314/11 [= MMR-Aktuell 2012, 337249 (Ls.)]).

Dass sie bzw. ihr Erfüllungsgehilfe, der Streitverkündete, an dem – angeblichen – Umstand, dass die Lackierkabine auf dem Betriebsgelände des Streitverkündeten beschädigt worden ist, kein Verschulden trifft, hat die hierfür darlegungs- und beweispflichtige Bekl. zu 1 **noch nicht einmal schlüssig dargelegt, geschweige denn bewiesen.** ...“ (OLG Celle aaO)

Der Vertrag ist daher wirksam zwischen dem Kl. und der Bekl. zu 1 zustande gekommen, so dass ein Anspruch auf Lieferung der Lackierkabine nach § 433 I 2 BGB entstanden ist.

## 2. Untergang des Anspruchs

Der Lieferanspruch könnte jedoch wegen Leistungsunmöglichkeit nach § 275 I BGB untergegangen sein. Dies könnte in Form der subjektiven Unmöglichkeit wegen der anderweitigen Veräußerung der Sache anzunehmen sein.

„Hat der Schuldner die **geschuldete Sache veräußert**, ist die Leistung nicht schon deswegen unmöglich, weil der Schuldner über den Gegenstand nicht mehr verfügen kann und auf ihn auch keinen Anspruch hat. Unmöglichkeit liegt vielmehr erst dann vor, wenn **feststeht**, dass der Schuldner die **Verfüugungsmacht nicht mehr erlangen** und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf die Sache einwirken kann. Solange dagegen die Möglichkeit besteht, dass der **Dritte dem Schuldner die Verfügungsmacht wieder einräumt** oder der Verfügung zustimmt, steht sein Unvermögen nicht fest (vgl. BGH, Urt. v. 26.03.1999 – V ZR 368/97, Rn. 11; BGH, Urt. v. 25.10.2012 – VII ZR 146/11 [= MMR 2013, 30 m. Anm. Juretzek] Rn. 33). Macht der Gläubiger einen Erfüllungsanspruch geltend und wendet der Schuldner ein, die Sache veräußert zu haben, muss er **grds. darlegen und notfalls beweisen**, dass ihm die Erfüllung **rechtlich oder tatsächlich nicht (mehr) möglich** ist. Die fehlende Verfügungsmacht indiziert noch nicht die Unmöglichkeit (vgl. BGH, Urt. v. 26.03.1999 – V ZR 368/97, Rn. 13).“ (OLG Celle aaO)

Gemessen an diesen Grundsätzen hat die darlegungs- und beweispflichtige Bekl. zu 1 weder dargelegt noch unter Beweis gestellt, dass es ihr nicht möglich ist, den Anspruch des Kl. zu erfüllen. Zwar ist es unstrittig, dass die Bekl. zu 1 niemals Eigentümerin der Lackiermaschine gewesen ist und der Streitverkündete als ursprünglicher Eigentümer die Lackierkabine sogar zwischenzeitlich an einen Dritten weiter veräußert hat. Nach den o.g. Grundsätzen führt das aber nicht dazu, von einem Unvermögen der Bekl. zu 1 auszugehen. Diese hat insb. nicht vorgetragen, dass es ihr (aus tatsächlichen Gründen) nicht möglich ist, Eigentum und Besitz an der Lackiermaschine von dem Dritten, dem derzeitigen Eigentümer, zu erwerben, was sie in die Lage versetzen würde, dem Erfüllungsanspruch des Kl. nachzukommen.

## 3. Zwischenergebnis

Der Kl. hat gegen die Bekl. zu 1 nach § 433 I 2 BGB einen Anspruch auf Übereignung und Herausgabe der Lackierkabine Zug-um-Zug gegen Zahlung von 1 EUR.

## II. Anspruch gegen den Bekl. zu 2

„Bei einer Fallkonstellation des „**Handels unter fremdem Namen**“ [ist es ] rechtlich nicht möglich, dass sowohl der aktiv Handelnde wie auch diejenige Person, unter deren Namen der andere handelt, gleichermaßen verpflichtet werden. Vielmehr kommt nur in Betracht, dass **entweder der aktiv Handelnde oder die Person, in deren Namen gehandelt wird, verpflichtet** werden (vgl. dazu neben der bereits oben unter Ziff. 1 genannten Entscheidung BGH, MMR 2011, 447 m. Anm. Klein] Rd. 10). Hätte vorliegend – aus der maßgeblichen Sicht des Kl. – der Bekl. zu 2 im eigenen Namen gehandelt, wäre er dem Kl. ggü. selbst verpflichtet, zwangsläufig aber nicht die Bekl. zu 1. Hätte dagegen der Bekl. zu 2 – aus der maßgeblichen Sicht des Kl. – im Namen der Bekl. zu 1 gehandelt und wäre das Handeln des Bekl. zu 2 der Bekl. zu 1 nach Vertretungsregeln zuzurechnen, wäre diese passivlegitimiert; ein – einzig denkbarer – Anspruch gegen den Bekl. zu 2 aus § 179 Abs. 1 BGB käme in dem Fall nicht in Betracht, da diese Vorschrift gerade voraussetzt, dass der (unter fremdem Namen) Handelnde ohne Vertretungsmacht gehandelt hat. Wäre dagegen das Handeln des Bekl. zu 2 der Bekl. zu 1 nicht unter Vertretungsregeln zuzurechnen gewesen, wäre eine Inanspruchnahme der Bekl. zu 1 nicht in Betracht gekommen, in dem Fall hätte dann aber eine Haftung des Bekl. zu 2 nach § 179 Abs. 1 BGB bestanden.“ (OLG Celle aaO)

Ein Anspruch gegen den Bekl. zu 2 besteht daher nicht.

(BGH in wistra 2014, 224 = StV 2014, 678, 2968; Urteil vom 29.07.2014 – 5 StR 46/14)

Im Falle einer **durch Täuschung erlangten Bankanweisung** ist ein **Vermögensgefährdungsschaden im Zeitpunkt des Unterschreibens nicht gegeben**, wenn zwischen dem Unterschreiben des Überweisungsträgers und dessen Zugang bei dem Geldinstitut ein **langer zeitlicher Abstand** liegt.

**Fall:** Der Angekl. A organisierte Verkaufsveranstaltungen in Form von sog. Kaffeefahrten, zu denen er überwiegend ältere Personen einlud. Beim Erwerb von „Magnetfeldmatratzenauflagen“ während dieser Fahrten mussten die Kunden auf dem Kaufvertragsformular u. a. eine Unterschrift für die Einziehungsermächtigung des Kaufpreises leisten. Die Verkaufsmitarbeiter wurden von dem A darüber hinaus angewiesen, jeden Kunden zusätzlich einen Überweisungsträger unterschreiben zu lassen, mit dem die Kunden ihr Geldinstitut beauftragten, einen Betrag i.H. des Kaufpreises auf ein Konto des A zu überweisen. Die Verkäufer erklärten, diese Unterschrift sei zur Abwicklung des geschlossenen Vertrages technisch notwendig. Aufgrund dieser Angaben glaubten die Kunden, sie berechtigten den Veranstalter zur einmaligen Einziehung des Kaufpreises. Tatsächlich beabsichtigte der A von Anfang an, die Überweisungsträger abredewidrig später einzusetzen und so den Kaufpreis ein weiteres Mal zu vereinnahmen. Hierzu sandte der A ca. ein bis zwei Jahre später die ausgefüllten Überweisungsträger an die Geldinstitute der Kunden, die die Überweisungen ausführten und damit den Kaufpreis ein weiteres Mal an den A überwiesen. Hierdurch wollte er sich eine nicht nur vorübergehende, nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle verschaffen.

Zu prüfen ist, ob der Angekl. sich wegen **Betruges nach § 263 StGB** strafbar gemacht hat.

I. Der Tatbestand des § 263 StGB ist erfüllt, denn die Geschädigten wurden durch die Mitarbeiter des Angekl. über die Notwendigkeit der Unterschrift auf den Überweisungsträgern getäuscht und erlagen dadurch einem entsprechenden Irrtum.

II. **Fraglich** ist aber, **ob der Betrug bereits durch das von dem Angekl. veranlasste Unterschreibenlassen der Überweisungsträger vollendet** ist. Die Vollendung des Betrugstatbestandes setzt voraus, dass eine **konkrete, einer Schädigung des Vermögens der Kunden gleichzusetzende Vermögensgefährdung eingetreten** ist, ohne dass es noch der Vornahme weiterer Handlungen des Angekl. bedurft hätte.

1. Bei dem **Überweisungsauftrag** handelt es sich um eine **empfangsbedürftige Willenserklärung des Kontoinhabers** an sein Geldinstitut (vgl. Palandt/Sprau, § 675 f Rn 17, § 665 Rn. 2). Wird diese in Abwesenheit des Erklärungsempfängers abgegeben, wird sie **erst mit dem Zugang bei ihm wirksam** (§ 130 I 1 BGB) und ist bis dahin frei widerruflich (vgl. § 130 I 2 BGB).

*„Hatten damit aber die Geschädigten nach dem Unterschreiben der Überweisungsträger mehr als 1 Jahr – teilweise auch mehr als 2 Jahre – Zeit und die Gelegenheit, ihre Weisung gegenüber ihrem jeweiligen Geldinstitut zu widerrufen, bevor die darin liegende Willenserklärung durch den vom Angekl. bewirkten Zugang der Überweisungsträger wirksam wurde, erscheint es nicht gerechtfertigt, einen **Vermögensgefährdungsschaden** etwa in Höhe der später durch den Angekl. vereinnahmten Beträge bereits in dem Zeitpunkt anzunehmen, in dem die Geschädigten die Überweisungsträger unterschrieben. Denn der **Schaden sollte nach dem Tatplan** des Angekl. durch das Einreichen der Überweisungsträger **erst wesentlich später verwirklicht** werden und war wegen der Widerruflichkeit der Weisung durch die Geschädigten **jederzeit abwendbar.**“*  
(BGH aaO)

2. Der Eintritt eines unmittelbar auf einer Vermögensverfügung der Geschädigten beruhenden Vermögensschadens und damit ein vollendeter Betrug ergibt sich aber jedenfalls aus Folgendem:

Durch das Unterschreiben und die Übergabe der Überweisungsträger händigten die Geschädigten dem Angekl. jeweils eine Weisung an ihr Geldinstitut aus, welche grds. eine **Vermögensverfügung zu seinen Gunsten** darstellte. Zu ihrer **zivilrechtlichen Wirksamkeit** bedurfte die Weisung indes noch des Zugangs bei den Geldinstituten, den der Angekl. nach Belieben herbeiführen konnte, nach seinem Tatplan aber erst etliche Zeit nach der Erlangung der Überweisungsträger herbeiführen wollte. Der **effektive Verlust des von der Verfügung der Geschädigten betroffenen Vermögenswertes** trat damit

erst durch die von dem Angekl. durchgeführte Übermittlung der Überweisungsträger an die Geldinstitute und die anschließende Ausführung des Zahlungsauftrags ein.

Es handelte sich mithin um eine **mehraktige Verfügung**, an der mehrere Personen dergestalt beteiligt waren, dass erst die letzte Teilverfügung zur endgültigen Schädigung führte (vgl. zum Begriff LK/Tiedemann, StGB, 12. Aufl., § 263 Rn 111, der insoweit auch von „gestreckten Verfügungen“ spricht; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, StGB, 28. Aufl., § 263 Rn 62). Nach der **Rspr. des BGH** und der **herrschenden Auffassung im Schrifttum** können solche mehraktigen Verfügungen zur Verwirklichung des Betrugstatbestandes ausreichen; insbesondere steht dem nicht notwendig entgegen, dass die Vermögensverfügung den Vermögensschaden unmittelbar herbeiführen muss (BGH BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 29; Schönke/Schröder-Cramer/Perron aaO; NK-StGB-Kindhäuser 4. Aufl., § 263 Rn 202; Matt/Renzikowski/Saliger StGB, § 263 Rn 123; s. auch OLG Köln Urt. v. 3.4.1962 – Ss 62/62, JMBl. NW 1962, 176; kritisch LK/Tiedemann aaO). Dies wird insbesondere angenommen, wenn die **Kette der Verfügungen zwingende oder wirtschaftliche Folge des durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums und der Teilakt, der zum Vermögensverlust führt**, dem Getäuschten zuzurechnen ist (BGH aaO; NK-StGB-Kindhäuser aaO; Lackner/Kühl aaO). So verhält es sich hier.

*„Die bei den Geldinstituten eingehenden Überweisungsträger waren Weisungen der Geschädigten und damit deren Vermögensverfügungen zu Gunsten des Angekl., nicht aber Verfügungen des Angekl., der – ohne nach außen in Erscheinung zu treten – lediglich den Zugang dieser Erklärungen bewirkte. Die Auszahlung der Überweisungsbeträge durch die Geldinstitute war auch die vom Angekl. von vornherein bezweckte wirtschaftliche Folge des durch die Täuschung der Geschädigten hervorgerufenen Irrtums, die ausgefüllten und über seine Mitarbeiter dem Angeklagten überlassenen Überweisungsträger würden zur technischen Abwicklung der Kaufverträge benötigt.“ (BGH aaO)*

3. Soweit vertreten wird, in Fällen der erschwundenen Herausgabe einer Bankanweisung liege bereits in deren Übergabe die maßgebliche Vermögensverfügung (LK/Tiedemann aaO; Schönke/Schröder-Cramer/Perron aaO; Matt/Renzikowski/Saliger aaO; vgl. auch OLG Köln aaO), steht dies dem gefundenen Ergebnis hier nicht entgegen.

*„Insoweit wird argumentiert, eine Vermögensgefahr und damit letztlich auch eine Vermögensverfügung seien so lange zu verneinen, wie die Ausführung der Anweisung in der Einfluss- oder Herrschaftssphäre des Opfers stattfindet, weil der Getäuschte dann die Vermögensminderung unproblematisch verhindern könne; gebe der Getäuschte das Geschehen aber aus der Hand, so dass er die Ausführung der Anweisung nicht mehr oder nur noch unter günstigen Umständen verhindern könne, liege bereits eine konkrete Vermögensgefährdung vor, so dass bereits der erste Teilakt der Verfügung unmittelbar zu einer Vermögensminderung führe (LK/Tiedemann aaO; Schönke/Schröder-Cramer/Perron aaO; Matt/Renzikowski/Saliger aaO). Dies mag in Fällen zutreffen, in denen der Täter die erschwundene Anweisung zeitnah verwendet oder verwenden will, um die Auszahlung zu erreichen. Dies war hier indes mit Blick auf den – dem Tatplan des Angekl. entsprechenden – langen zeitlichen Abstand zwischen Übergabe der Überweisungsträger und deren Zugang bei den Geldinstituten nicht der Fall. Aufgrund der aufgezeigten freien Widerruflichkeit der Weisungen und der damit über einen langen Zeitraum bestehenden jederzeitigen Möglichkeit der Geschädigten, die endgültige Vermögensminderung durch einfache Erklärung gegenüber ihrem Geldinstitut abzuwenden, ist die Annahme einer konkreten, der Vermögensminderung gleichzusetzenden Vermögensgefahr hier bei wertender Betrachtung (noch) nicht gerechtfertigt.“*

*Lag die endgültig zur Vermögensminderung führende Verfügung hier demgemäß erst mit dem Zugang der Überweisungsträger bei den Geldinstituten vor, besteht der Schaden in der Auszahlung der angewiesenen Beträge. Angesichts des Umstandes, dass der Angekl. in jedem Fall persönlich für den Zugang der Überweisungsträger sorgte, begegnet die konkurrenzrechtliche Beurteilung der StrK, ungeachtet der einheitlichen Anweisung des Angeklagten an seine Mitarbeiter, wie sie die Geschädigten auf den Verkaufsveranstaltungen täuschen sollten, jeweils von tatmehrheitlich begangenen Betrugstaten auszugehen, keinen Bedenken.“ (BGH aaO)*

(BGH in NStZ 2014, 647; Beschluss vom 06.03.2013 – 1 StR 578/12)

1. Eine **vollendete Brandstiftung** durch **teilweise Zerstörung gemischt genutzter Gebäude** gem. § 306 a I Nr. 1 StGB ist **nicht gegeben**, wenn die brandbedingte **Unbrauchbarkeit lediglich solche Gebäudeteile betrifft, die nicht dem Wohnen selbst dienen**, sondern, wie z.B. Kellerräume, nur funktional auf die Wohnnutzung bezogen sind.
2. Wurden keine Wohnräume, aber ein anderer **funktionaler Gebäudeteil durch die Tathandlung zumindest teilweise zerstört**, kann sich die Brandstiftung an einem gemischt genutzten Gebäude **bei verursachter konkreter Gesundheitsgefahr als schwere Brandstiftung erweisen** (§ 306a II StGB).

**Fall:** Der Angekl. hat im Keller eines aus sechzehn Wohn- und zwei Gewerbeeinheiten bestehenden Gebäudes einen Raum mit Stromzählern in Brand gesetzt. Das Feuer griff zwar nicht auf andere Räume über, allerdings wurde die elektrische Versorgung des gesamten Gebäudes zeitweilig unterbrochen. Auf Grund des Brandes wurden sämtliche im Zählerraum verlaufenden Elektroleitungen einschließlich der zentralen Stromzuleitung zum Haus so stark in Mitleidenschaft gezogen, dass sie vollständig ausgetauscht werden mussten. Sämtliche in dem Raum befindlichen Stromzähler waren verschmort und mussten ebenfalls erneuert werden. Die Austausch- und Reparaturarbeiten zur vollständigen Wiederherstellung der Stromversorgung in dem Gebäude dauerten eine Woche. Noch am Tattag war allerdings eine Notstromversorgung eingerichtet worden, die den Betrieb weniger elektrischer Geräte in den Wohneinheiten gestattete. Da die elektrische Steuerung der Ölheizung durch die Brandwirkungen betroffen war, blieben die Wohnungen zudem für 4 Tage ohne Heizung und warmes Wasser. Außerhalb des Zählerraums wurden große Teile des Gemeinschaftskellers beschädigt; Außerdem kam es zu erheblichen Rußniederschlägen, die durch die Lüftungsanlage in das Treppenhaus und in die Wohnungen gelangten.

I. Zu prüfen ist, ob der Angekl. **ein zum Wohnen von Menschen dienendes Gebäude (§ 306 a I Nr. 1 StGB) durch Brandlegung teilweise zerstört** hat.

1. Nach der **neueren Rspr. des BGH** liegt bei einem wie hier gemischt, d. h. teils wohnlich, teils gewerblich genutzten Gebäude eine vollendete Brandstiftung gem. § 306 a I 1 Nr. 1 StGB in der Taterfolgsvariante der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung lediglich dann vor, wenn ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter, dem Wohnen dienender Teil eines einheitlichen Gebäudes durch die Brandlegung zum Wohnen nach den allgemeinen an die teilweise Zerstörung zu stellenden Anforderungen unbrauchbar geworden ist (vgl. BGH NJW 2011, 2148; BGH NStZ 2010, 151; BGH NStZ 2010, 452). Eine **teilweise Zerstörung**, bei der es sich um eine solche von Gewicht handeln muss (BGHSt 48, 14; BGHSt 56, 94; BGHSt 57, 50 m. w. Nachw.), ist gegeben, wenn einzelne wesentliche Teile eines Objekts, die seiner tatbestandlich geschützten Zweckbestimmung entsprechen, unbrauchbar geworden sind oder eine von mehreren tatbestandlich geschützten Zweckbestimmungen brandbedingt aufgehoben ist (BGHSt 57, 50 m. w. Nachw.). Für die Unbrauchbarkeit genügt grds. die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Nutzbarkeit für eine „nicht nur unerhebliche Zeit“ (BGHSt 48, 14).

Nach Maßgabe der vorgenannten Kriterien liegt bei einer Brandlegung in einem sowohl Wohnzwecken als auch gewerblichen Zwecken dienenden Gebäude eine teilweise Zerstörung durch Brandlegung gem. § 306 a I Nr. 1 StGB nicht vor, wenn die **brandbedingte zeitweilige Unbenutzbarkeit lediglich solche Teile des Tatobjekts betrifft, die nicht selbst dem Wohnen dienen**, sondern **lediglich funktional auf die Wohnnutzung bezogen** sind, wie dies bei Kellerräumen typischerweise der Fall ist (vgl. BGH NStZ 2007, 270; BGH NStZ 2008, 519). Ob ein Zerstörungserfolg vorliegt, muss der Tatrichter nach den Umständen des einzelnen Falles unter Berücksichtigung der konkreten Nutzungszwecke bei wertender Betrachtung beurteilen (BGHSt 57, 50).

2. Vorliegen ist der Taterfolg der teilweisen Zerstörung eines Gebäudes, das Menschen zur Wohnung dient, nicht gegeben, weil die vom Angekl. bewirkten Zerstörungserfolge an den Stromleitungen und den Zählerkästen in dem im Keller gelegenen Zählerraum die **unmittelbar dem Wohnen dienende Teile des Gesamtgebäudes nicht betroffen** hat. Gleiches gilt für die Beschädigungen „großer Teile“ des Gemeinschaftskellers sowie die „massiven Rußniederschläge“ im Keller.

„Zwar **können erhebliche Verrußungen in einem Tatobjekt grds. genügen**, um einen Taterfolg in Gestalt der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung anzunehmen (BGH StV 2002, 145; BGHSt 56, 94; BGHSt 57, 50). Dazu bedarf es aber bei gemischt genutzten Tatobjekten, die als eines nach § 306 a I Nr. 1 StGB gewertet werden, nach der neueren Rspr. eines **auf (wenigstens) eine Wohneinheit selbst bezogenen Zerstörungserfolges**. Das ist bei den festgestellten gravierenden Zerstörungen im Kellergeschoss ebenso wenig der Fall wie bei den Verrußungen im Treppenhaus.

Die vom Tatgericht festgestellten, offenbar über das Gelangen der Rauchgase in die Lüftungsschächte verursachten Rußniederschläge in den Wohnungen tragen die Verurteilung wegen vollendeter Tat gem. §§ 306 a I Nr. 1, 306 b II Nr. 3 StGB ebenfalls nicht. Dem Urteil lässt sich selbst in seinem Gesamtzusammenhang nicht entnehmen, ob es sich bei diesen in den Wohneinheiten eingetretenen Schäden um solche von Gewicht gehandelt hat. Dies wäre nur dann der Fall, wenn für eine gewisse Zeit die bestimmungsgemäße Nutzbarkeit des Tatobjekts wenigstens erheblich eingeschränkt gewesen wäre. Ob die Zeitspanne der Nutzungseinschränkung oder -aufhebung für eine teilweise Zerstörung durch Brandlegung ausreicht, ist objektiv anhand des Maßstabs eines „verständigen Wohnungsinhabers“ zu beurteilen (BGHSt 48, 14; BGH NSTz 2008, 519). Die **erhebliche Einschränkung oder Aufhebung der Nutzbarkeit für nur für wenige Stunden oder einen Tag genügt hierfür regelmäßig nicht** (BGH NSTz 2008, 519).

Das angefochtene Urteil lässt nicht erkennen, ob es tatsächlich zu einer zeitweiligen Einschränkung oder Aufhebung der Nutzung wenigstens einzelner Wohnungen auf Grund der dortigen Rußniederschläge gekommen ist (wird ausgeführt). Die von der StrK getroffenen Feststellungen über den Aufbau einer notdürftigen Stromversorgung der Wohnungen noch am Tattag sowie über den Ausfall der Heizungsanlage des Hauses für 4 Tage deuten eher auf eine tatsächlich ununterbrochene Benutzung der Wohnungen als auf deren zeitweiliges Unterbleiben wegen notwendiger Instandsetzungsmaßnahmen hin.

Angesichts des Vorgenannten lässt sich die vom Tatgericht mit der teilweisen Zerstörung eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes begründeten Vollendung des Grunddelikts § 306 a I Nr. 1 StGB auch nicht auf das Fehlen der Warmwasserversorgung und einer funktionsfähigen Heizung für 4 Tage sowie den Ausfall der Stromversorgung für 8 Tage stützen: Von einem Ausfall der Stromversorgung für 8 Tage konnte nicht ausgegangen werden, weil gerade das Einrichten einer eingeschränkten Stromversorgung, die jedenfalls den Betrieb von 2 elektrischen Geräten in den Wohnungen erlaubte, bereits ab dem Tattag selbst festgestellt worden ist. Wie sich dieses notdürftige Angebot der Versorgung mit elektrischem Strom auf die tatsächliche Nutzung der Wohnungen ausgewirkt hat, hat das Tatgericht nicht erörtert und in tatsächlicher Hinsicht offenbar nicht aufgeklärt. Mangels genügender Feststellungen zu einem Taterfolg in Gestalt des brandbedingten teilweisen Zerstörens von Wohneinheiten selbst findet die Annahme eines vollendeten Delikts aus § 306 a I Nr. 1 StGB keine tragfähige Grundlage. Da Art und Ausmaß von (erheblichen) Einschränkungen der Nutzbarkeit der Wohnungen als solchen nicht genügend aufgeklärt sind, braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob über die bisherige Rspr. hinausgehend bei gemischt, auch wohnlich genutzten Gebäuden der Taterfolg der vollständigen oder teilweisen Zerstörung durch Brandlegung an einem Objekt nach § 306 a I Nr. 1 StGB bereits darin liegen kann, dass ausschließlich nicht dem Wohnen selbst dienende Gebäudeteile von den Brandfolgen betroffen sind, die brandbedingte Zerstörung dort aber eine Nutzung der im Objekt gelegenen Wohnungen für eine ausreichende Zeitspanne aufhebt.“ (BGH aaO)

- II. Der Angekl. könnte sich aber wegen **besonders schwerer Brandstiftung gem. § 306 b II Nr. 3 i. V. m. § 306 a I Nr. 1 StGB** unter dem Aspekt des Inbrandsetzens eines dem Wohnen von Menschen dienenden Gebäudes strafbar gemacht haben.

Dafür müsste **ein für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Tatobjekts wesentlicher Bestandteil** derart vom Feuer ergriffen worden sein, dass sich **der Brand auch nach Erlöschen des Zündstoffs selbstständig** an der Sache hätte ausbreiten können (st. Rspr.; etwa BGHSt 36, 221; BGHSt 44, 175). Ein solcher Taterfolg ist bereits in Bezug auf den Keller des Gebäudes jedoch nicht ersichtlich.

„Bei den vom Feuer ergriffenen Teilen ist ein **Inbrandsetzen von Gebäudebestandteilen** selbst nicht belegt. Es kommt daher nicht darauf an, ob bei gemischt genutzten Gebäuden, in denen sich auch Wohnungen befinden, ein Inbrandsetzen sogar dann angenommen werden kann, wenn der entsprechende Taterfolg lediglich in den nicht Menschen zur Wohnung dienenden Teilen eines einheitlichen Tatobjekts eingetreten ist, das Feuer sich von dort aber auf die als Wohnung genutzten Teile hätte ausbreiten können (so etwa BGHSt 48, 14; BGH NSTz-RR 2010, 279; BGH NSTz 2010, 452).“ (BGH aaO)

- III. Der Angekl. hat sich aber wegen **Brandstiftung gem. § 306 I Nr. 1 StGB** strafbar gemacht.

„Denn der Angekl. hat auf Grund der brandbedingten Schäden in den Kellerräumen, insbesondere im Zählerraum, **ein für ihn fremdes Gebäude teilweise durch Brandlegung zerstört**. Für die Tat gem. § 306 I Nr. 1 StGB in der Variante des teilweise Zerstörens an einem Gebäude **genügen brandbedingte Schäden in Kellerräumen**, wenn diese wegen der Beeinträchtigungen für einen gewissen Zeitraum nicht ihrer sonstigen Bestimmung entsprechend verwendet werden können (BGHSt 56, 94). So verhält es sich zumindest mit dem Zählerraum des Hauses. Dieser Raum konnte wegen der brandbedingten Zerstörung der dort verlaufenden Stromleitungen einschließlich der zentralen Stromleitung zum Gebäude sowie sämtlicher Stromzähler während der festgestellten Dauer der Reparaturarbeiten von 8 Tagen nicht seiner Bestimmung gemäß verwendet werden.“ (BGH aaO)

(BVerwG in NVwZ 2014, 1246; Beschluss vom 13.05.2014 – 4 B 38/13)

1. Die nähere Umgebung ist für die in § 34 I 1 BauGB bezeichneten Kriterien **jeweils gesondert abzugrenzen**. Es kommt daher stets auf eine **Einzelfallbetrachtung** an.
2. Die Annahme, hinsichtlich des Merkmals der „Grundstücksfläche, die überbaut werden soll“, erfasse die nähere Umgebung i.S.d. § 34 I 1 BauGB in der Regel einen **kleineren Bereich als hinsichtlich des Merkmals der Art der baulichen Nutzung**, entbindet jedenfalls nicht von einer Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall.
3. Für die Bewertung selbst ist nur an äußerlich erkennbare, also **mit dem Auge wahrnehmbare Gegebenheiten** der vorhandenen Bebauung und der übrigen Geländeverhältnisse anknüpfen. Hierbei kommt es jedoch nicht nur auf die Perspektive einer stehenden Person an. Zur Ermittlung können auch Lagepläne verwendet werden die ein **Bild „von oben“** vermitteln.
4. Dabei kann die für § 34 I 1 BauGB kennzeichnende wechselseitige Beeinflussung auch **über ein den optischen Zusammenhang unterbrechendes Hindernis** noch eintreten.

#### **A. Grundlagenwissen: planungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich, § 34 BauGB**

Liegt das Grundstück im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, so richtet sich die Zulässigkeit gem. § 30 BauGB nach den Festsetzungen des Bebauungsplans. Fehlt ein solcher, so beurteilt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 34 BauGB, wenn das Grundstück sich innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils befindet. Anderenfalls handelt es sich um ein Außenbereichsgrundstück, bei welchem sich die Zulässigkeit von Bauvorhaben nach § 35 BauGB richtet.

##### **I. Bebauungszusammenhang**

Da ein Bebauungsplan im vorliegenden Fall fehlt, könnte es sich um ein Grundstück handeln, welches § 34 BauGB unterfällt. Dann muss es sich innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils befinden. Hier ist eine einzelfallbezogene Prüfung vorzunehmen. Dabei ist maßgebend, ob eine **tatsächlich aufeinander folgende, zusammenhängende Bebauung** besteht (BVerwGE 31, 20). Entscheidend ist hierbei letztlich die Verkehrsauffassung.

##### **II. Zulässigkeit der Art der Nutzung**

Entspricht der festgestellte Bebauungszusammenhang von seinem Charakter her einem der in der BauNVO in §§ 2-11 festgelegten Baugebiete, so beurteilt sich die planungsrechtliche Zulässigkeit der Vorhabens bezüglich der Art der Nutzung nach § 34 II BauGB allein nach der BauNVO.

###### **1. Bebauungszusammenhang entspricht einem der Baugebiete der BauNVO**

In diesem Fall ist nach den Vorschriften der §§ 2-15 BauNVO zu prüfen, ob das Vorhaben die Vorgaben einhält. Ist dies nicht der Fall, so können nach § 34 II 2. HS BauGB auch Ausnahmen und Befreiungen nach § 31 BauGB zugelassen werden, so dass auch die in der BauNVO geregelten Ausnahmen zu den jeweiligen Baugebieten innerhalb des unbeplanten Innenbereichs Anwendung finden.

###### **2. Bebauungszusammenhang entspricht keinem der Baugebiete der BauNVO**

Dann ist im Rahmen des § 34 I BauGB einzelfallbezogen zu prüfen, ob sich das Vorhaben von der Art der Nutzung her in die nähere Umgebung einfügt (s.u.)

### III. Zulässigkeit des Maßes der Nutzung und Einhaltung der überbaubaren Grundstücksflächen sowie sonstige Merkmale der baulichen Anlage (z.B. Gestaltung)

Bezüglich aller anderen Merkmale einer baulichen Nutzung kommt es dann darauf an, ob sich ein Vorhaben in die nähere Umgebung einfügt.

Als „**nähere Umgebung**“ kommen zunächst, aber nicht nur die unmittelbaren Nachbargrundstücke in Betracht (BVerwG, NJW 1975, 460). Vielmehr muss die nähere Umgebung insoweit berücksichtigt werden, als sich die Ausführung des Vorhabens auf sie auswirken kann und soweit die Umgebung ihrerseits den bodenrechtlichen Charakter des Baugrundstücks prägt oder doch beeinflusst (BVerwGE 55, 369/380).

Die „**Eigenart**“ der näheren Umgebung wird vor allem durch die vorhandene Bebauung geprägt. Es ist somit auf die städtebauliche Eigenheit abzustellen, durch die die Umgebung gekennzeichnet ist, also auf alles „Vorhandene“, sofern es nur prägende Wirkung hat (vgl. Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr, 10. Auf. 2007, § 34 BauGB Rn. 13/14).

### IV. Ausnahmen

#### 1. Unzulässigkeit trotz Einfügens, § 34 III BauGB

Trotz Einfügen in die nähere Umgebung ist ein Vorhaben im unbeplanten Innenbereich dann planungsrechtlich unzulässig, wenn es schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche der Gemeinde oder anderer Gemeinden hat (sog. Einkaufszentren auf der grünen Wiese).

#### 2. Zulässigkeit trotz Nichteinfügens, § 34 IIIa BauGB

Zur Erweiterung von zulässigen Gewerbe- und Handwerksbetrieben, sofern dies städtebaulich vertretbar und unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist (Vgl. § 31 II BauGB). Dies gilt jedoch nicht für Einzelhandelsbetriebe, die die verbrauchernahe Versorgung der Bevölkerung beeinträchtigen oder schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden haben können.

### V. Sicherung der Erschließung

Schließlich setzt die planungsrechtliche Zulässigkeit stets voraus, dass die Erschließung gesichert ist. Hierzu gehört zumindest

- der Anschluss an das öffentliche Verkehrsnetz
- Versorgung mit Energie
- Versorgung mit Wasser
- Entsorgung der Abwässer. (vgl. BVerwGE 64, 186)

Gesichert ist die Erschließung, sobald nach den objektiven Kriterien nach aller Erfahrung damit gerechnet werden kann, dass die Erschließungsanlagen spätestens bis zur Fertigstellung der baulichen Anlage zur Verfügung stehen (vgl. BVerwG, DVBl. 1977, 41 [43]; DVBl. 1986, 685).

### B. Begriff des Einfügens in die nähere Umgebung (vgl. BVerwG in NVwZ 2014, 1246)

**Fall:** Die benachbarten Grundstücke der Kl. und der Beigel. befinden sich in einem Stadtviertel mit einer gründerzeitlichen, in der Regel fünfgeschossigen straßenseitigen Blockrandbebauung. Ein Bebauungsplan besteht nicht. Der Bekl. erteilte der Beigel. im November 2009 die streitgegenständliche Baugenehmigung für einen Seitenflügel nebst Quergebäude, der im rückwärtigen Teil ihres Grundstücks an die bestehende Blockrandbebauung anschließt und an der Grundstücksgrenze zum Grundstück der Kl. belegen ist. Das Vorhaben soll über sechs, in ihrer Ausdehnung gestaffelte Geschosse verfügen. Gegen diese Baugenehmigung hat der Kl. Klage vor dem VG erhoben mit der Begründung, das Vorhaben füge sich hinsichtlich des Maßes der Nutzung und der überbaubaren Grundstücksfläche nicht im Sinne des § 34 BauGB in die nähere Umgebung ein. Zu Recht?

## I. Radius der näheren Umgebung

Ob sich ein Vorhaben in die nähere Umgebung einfügt, richtet sich hinsichtlich der Art der Nutzung nach § 34 II BauGB i.V.m. der BauNVO und hinsichtlich der anderen Zulassungskriterien, wie Maß der Nutzung und überbaubare Grundstücksfläche nach § 34 I 1 BauGB. Fraglich ist jedoch, welcher Radius bei der Bewertung der näheren Umgebung zu berücksichtigen ist.

„Maßstabbildend i.S.d. § 34 I 1 BauGB ist die Umgebung, insoweit sich die Ausführung eines Vorhabens auf sie auswirken kann und insoweit, als die Umgebung ihrerseits den bodenrechtlichen Charakter des Baugrundstücks prägt oder doch beeinflusst **Umgebung ihrerseits den bodenrechtlichen Charakter des Baugrundstücks prägt oder doch beeinflusst** (st. Rspr.; BVerwGE 55, 369 [380] = Buchholz 406.11 § 34 BBauG Nr. 63, S. 48 = NJW 1978, 2564; BVerwG, Buchholz 406.11 § 34 BBauG Nr. 79, S. 85 = BeckRS 1980, 31321256, und BVerwG, NVwZ 2014, 370 Rn. 10 – zur Veröff. in BVerwGE vorgesehen). Dabei ist die **nähere Umgebung** für die in § 34 I 1 BauGB bezeichneten Kriterien **jeweils gesondert abzugrenzen** (allg. Meinung, vgl. Bracher in Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 8. Aufl. 2014, Rn. 2197; Mitschang/Reidt in Battis/Krautberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 34 Rn. 21; Rieger in Schrödter, BauGB, 7. Aufl. 2006, § 34 Rn. 26; Dürr in Brügelmann, BauGB III, Stand Okt. 2013, § 34 Rn. 25; Spannowsky in Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 2. Aufl. 2014, § 34 Rn. 32.3). Denn die **Merkmale**, nach denen sich ein Vorhaben i.S.v. § 34 I 1 BauGB in die Eigenart dieser näheren Umgebung einfügen muss, sind jeweils **unabhängig voneinander zu prüfen** (BVerwG, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 188, S. 57 = NVwZ-RR 1998, 539). So hat der Senat zu § 34 BBauG angenommen, dass bei der Bestimmung des zulässigen Maßes der baulichen Nutzung eines Grundstücks der Umkreis der zu beachtenden vorhandenen Bebauung „in der Regel“ enger zu begrenzen sein werde als bei der Ermittlung des Gebietscharakters (BVerwG, Buchholz 406.11 § 34 BBauG Nr. 25, S. 58 = NJW 1970, 263).“ (BVerwG aaO)

## II. Möglichkeit allgemeine Grenzziehung für überbaubare Grundstücksfläche

Es kommt also darauf hin, wie der Radius konkret hinsichtlich der Frage nach der überbaubaren Grundstücksfläche zu ziehen ist.

„Mit dem in § 34 I 1 BauGB verwendeten Begriff der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, ist die **konkrete Größe der Grundfläche der baulichen Anlage und ihre räumliche Lage innerhalb der vorhandenen Bebauung** gemeint. Es geht also um den Standort i.S.d. § 23 BauNVO (BVerwG, Buchholz 406.11 § 34 BBauG/BauGB Nr. 128, S. 29 = NVwZ 1989, 354 = NJW 1989, 1624 Ls.). Die Instanzgerichte neigen dazu, hinsichtlich dieses Merkmals einen kleineren Umgriff der näheren Umgebung anzunehmen als bei der Art der baulichen Nutzung; dies gelte „**in der Regel**“ (so OVG Magdeburg, BRS 79 Nr. 101 = NVwZ-RR 2012, 712 Ls.; VGH München, Beschl. v. 25.04.2005 – 1 CS 04.3461, BeckRS 2005, 16429, und VGH München, Urt. v. 07.03.2011 – 1 B 10.3042, BeckRS 2011, 30341; VGH Mannheim, Urt. v. 23.09.1993 – 8 S 1281/93, BeckRS 1994, 21160, und VGH Mannheim, Beschl. v. 15.12.2005 – 5 S 1847/05, BeckRS 2006, 20417) oder „im Regelfall“ (OVG Bautzen, Beschl. v. 29.12.2010 – 1 A 710/09, BeckRS 2011, 47436; OVG Münster, Urt. v. 16.11.2001 – 7 A 1143/00, BeckRS 2001, 18098, und OVG Münster, Urt. v. 09.09.2010 – 2 A 508/09, BeckRS 2010, 53932). Hiervon geht auch das OVG aus („in der Regel“, UA S. 16).

Ob diese Annahme „im Regelfall“ oder – bezogen auf das Straßengeviert „tendenziell“ – zutrifft, ist nicht entscheidungserheblich. Denn sie bezeichnet nur einen **gedanklichen Ausgangspunkt**, der jedenfalls von einer **Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse** im Einzelfall nicht entbindet, wie sie das OVG hier vorgenommen hat (UA S. 17 ff.) und die sich rechtsgrundsätzlicher Klärung entzieht. Hinzu tritt, dass der von der Beschwerde zum Vergleich herangezogene **Umgriff der näheren Umgebung** im Hinblick auf die Art der baulichen Nutzungen sich ebenfalls **nur im Einzelfall, aber nicht rechtsgrundsätzlich bestimmen** lässt, da er unter anderem von der Art der jeweiligen baulichen Nutzung abhängt. Soweit die Beschwerde als Bezugspunkt das „Straßengeviert“ benennt, scheidet eine rechtsgrundsätzliche Klärung schon wegen der Vielgestaltigkeit solcher Straßengevierte aus.“ (BVerwG aaO)

Der Radius für die Bestimmung der berücksichtigungsfähigen näheren Umgebung bei der Frage nach der überbaubaren Grundstücksfläche kann daher nicht allgemein bestimmt werden.

## III. Bestimmung der Perspektive für die Beurteilung des Einfügens

Ist die Bestimmung des Radius erfolgt, stellt sich die Frage, auf welche Perspektive abzustellen ist, insbesondere, ob es allein auf den Blickwinkel eines (stehenden) Menschen ankommt oder ob – zumindest ergänzend – ein Blickwinkel von oben (Vogelperspektive) erforderlich ist.

„Die für die Bestimmung des Bebauungszusammenhangs erforderliche wertende und bewertende Betrachtung der konkreten tatsächlichen Verhältnisse kann nach dem Sachzusammenhang, in den sie eingebettet ist, **nur an äußerlich erkennbare, also mit dem Auge wahrnehmbare Gegebenheiten der vorhandenen Bebauung und der übrigen Geländebeziehungen** anknüpfen (BVerwG, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 138, S. 55 = NVwZ 1991, 879 = NJW 1992, 328 Ls.). Dies kann auf die Abgrenzung der näheren Umgebung i.S.d. § 34 I 1 BauGB übertragen werden (BVerwG, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 191, S. 76 = NVwZ-RR

1999, 105). Zur Ermittlung können **auch Lagepläne** verwendet werden (BVerwG, BRS 73 Nr. 91 = BeckRS 2008, 41399 Rn. 3), **die ein Bild „von oben“ vermitteln**. Dabei kann die für § 34 I 1 BauGB kennzeichnende wechselseitige Beeinflussung **auch über ein den optischen Zusammenhang unterbrechendes Hindernis** noch eintreten (BVerwG, Buchholz 406.11 § 34 BBauG/BauGB Nr. 127, S. 27 = NVwZ-RR 1989, 4). Hiervon ist auch das OVG ausgegangen, das seine trichterliche Würdigung auch auf einen Lageplan (UA S. 4) und ein Luftbild (UA S. 17) stützt. Ob eine **wechselseitige Beeinflussung trotz einer, vom Standpunkt eines stehenden Menschen nicht überwindbaren optischen Trennung** vorliegt, ist eine **Frage des Einzelfalls**, die eine Zulassung der Revision nach § 132 II Nr. 1 VwGO nicht rechtfertigt.“ (BVerwG aaO)

Allerdings sind solche Gegebenheiten außer Betracht zu lassen, die als nicht prägend angesehen werden.

„Aus der Betrachtung der näheren Umgebung sind solche baulichen Anlagen auszusondern, die **von ihrem quantitativen Erscheinungsbild** (Ausdehnung, Höhe, Zahl usw.) **nicht die Kraft haben**, die **Eigenart der näheren Umgebung zu beeinflussen**, die der Betrachter also nicht oder nur am Rande wahrnimmt (BVerwGE 84, 322 [325] = NVwZ 1990, 755, und BVerwG, BRS 74 Nr. 95 = BeckRS 2009, 35587 Rn. 6; st. Rspr.).“ (BVerwG aaO)

#### IV. stärkere Einschränkung bei Nachbarbebauung als bei deren Fehlen

Zudem kommt es auch auf die Frage an, ob die nach § 34 I BauGB bestehende Bebauungsmöglichkeit eines Grundstücks durch eine in der Umgebung vorhandene Bebauung eingeschränkter sein kann, als wenn diese Bebauung nicht vorhanden wäre.

„**Maßgebend für die nähere Umgebung**, in die sich das Vorhaben nach § 34 I 1 BauGB nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, einfügen muss, **ist die vorhandene Bebauung**. Aus ihr ist der Rahmen abzuleiten, zu dem das Vorhaben in einer bestimmten Beziehung stehen muss (st. Rspr.; BVerwGE 55, 369 [380, 385 ff.] = NJW 1978, 2564 mit Anm. Redeker). Es ist **nicht zugänglich** – wie es der Beschwerde offensichtlich vorschwebt –, bei der in der näheren Umgebung vorhandenen Bebauung **danach zu unterscheiden, ob sie Bebauungsmöglichkeiten eröffnet oder einschränkt**.“ (BVerwG aaO)

(BVerfG in NVwZ 2014, 1453; Beschluss vom 26.06.2014 – 1 BvR 2135/09)

1. Vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit grundsätzlich umfasst ist auch die Verwendung von **Lautsprechern oder Megaphonen als Hilfsmittel** zur Erreichung des Versammlungszwecks.
2. In ihrer idealtypischen Ausformung sind Demonstrationen die **körperliche Sichtbarmachung von gemeinsamen Überzeugungen**. Wer an einer solchen Versammlung teilnimmt, ist grundsätzlich auch dazu berechtigt, während der Versammlung dafür einzutreten, dass nur die das Anliegen der Versammlung unterstützenden Personen an ihr teilnehmen.
3. Gestattet eine Auflage die Benutzung von Lautsprechern und Megaphonen nur für themenbezogene Durchsagen und zu Ordnungszwecken, so muss bei **verfassungskonformer Auslegung** davon ausgegangen werden, dass alle **versammlungsbezogenen Durchsagen** hiervon umfasst sind, da die Auflage anderen verfassungswidrig wäre.
4. Bei Berücksichtigung der **wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts** der Versammlungsfreiheit in unserer Verfassung darf daher eine zwar nicht themenbezogene, jedoch versammlungsbezogene Durchsage nicht mit einem Bußgeld bewehrt sein.

## A. Grundlagenwissen: Die Funktion der Grundrechte

Die Grundrechte sind nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat, sondern enthalten neben einer Institutsgarantie auch Leistungs- und Teilhaberechte. Über eine Drittwirkung von Grundrechten sind sie auch über den Bereich staatlicher Gewalt hinaus im Privatrechtsverhältnis relevant.

### I. Grundrechte als Abwehrrechte

Bei dem Schutz Freiheitsbereichs des Bürgers gegen staatliche Eingriffe handelt es sich um die **primäre Funktion** der Grundrechte. Es ist dem Staat untersagt, über die zulässigen Grenzen hinaus in den Gewährleistungsgehalt eines Grundrechts einzugreifen.

### II. Grundrechte als Institutsgarantie

Grundrechtliche Gewährleistungen setzen bestimmte Rechtsinstitute voraus, da Freiheitsrecht sich **nur mit Hilfe der staatlichen Rechtsordnung verwirklichen lässt**. Hieraus ergibt sich, dass bestimmte Rechtseinrichtungen erhalten bleiben müssen (z.B. Ehe- und Familie (Art. 6 GG), Eigentumsrecht (Art. 14 I 1 GG), Erbrecht (Art. 14 I 1 GG), Berufsbeamtentum (Art. 33 IV GG), kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 II GG).

### III. Grundrechte als Leistungs- und Teilhaberechte

Die grundrechtliche Gewährleistung bezieht sich darüber hinaus nicht nur auf die Eingriffsfreiheit (**passiver Staat**), sondern auch auf die Schaffung der Rahmenbedingungen für die Möglichkeit der Betätigung im geschützten Freiheitsbereich (**aktiver Staat**). Hieraus ergibt sich auch ein Recht auf **Mitgestaltung** und **Mitwirkung** an Demokratie und Staat (z.B. Sicherung des Existenzminimums als Anspruch gegen den Staat auf Sicherung der Menschenwürde).

### IV. Drittwirkung der Grundrechte

Bei der sog. Drittwirkung der Grundrechte geht es um die Frage der Bindungswirkung auch im Privatrechtsverhältnis.

- **Unmittelbare Drittwirkung**

Die unmittelbare Drittwirkung tritt nur in seltenen Fällen ein, ist aber gelegentlich, insbesondere im Arbeitsrecht anerkannt. Grundrechtliche Vorgaben wirken dann unmittelbar auf ein Privatrechtsverhältnis ein, z.B. Art. 9 III 2 GG: Nichtigkeit von Abreden zur Beschränkung der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft.

- **Mittelbare Drittwirkung**

Allerdings gelangen die Grundrechte immer dann zur Anwendung im Privatrechtsverhältnis, wenn eine Staatsgewalt das Verhältnis zwischen zwei Privatpersonen zu bewerten hat. Bei der Auslegung und Anwendung der Gesetzes sind die Exekutive und die Judikative ihrerseits als Staatsgewalt an die Grundrechte gebunden und müssen insofern auch deren wertsetzende Bedeutung bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen (z.B. im Rahmen der Auslegung des § 242 BGB durch die Gerichte).

## B. Grundrechtliche Vorgaben für versammlungsrechtliche Aufgaben (vgl. BVerfG in NVwZ 2014, 1453)

**Fall:** Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wandte sich die Bf. gegen die Verurteilung zu einer Geldbuße wegen Verstoßes gegen das Versammlungsgesetz.

Die Bf. nahm am 01.05.2008 an einer Versammlung des Deutschen Gewerkschaftsbundes in München mit dem Thema „1. Mai. Tag der Arbeit“ teil. Angemeldet waren eine stationäre Auftaktkundgebung, ein Versammlungszug und eine stationäre Abschlusskundgebung. Für die Versammlung hatte die Versammlungsbehörde mit Bescheid vom 28.04.2008 unter dem Unterpunkt „Kundgebungsmittel/Versammlungshilfsmittel“ unter anderem die Auflage erlassen, dass Lautsprecher und Megaphone nur für Ansprachen und Darbietungen, die im Zusammenhang mit dem Versammlungsthema stehen, sowie für Ordnungsdurchsagen verwendet werden dürfen. Während des Versammlungszuges benutzte die Bf. an zwei Orten einen Lautsprecher, welcher auf einem Handwagen mitgeführt wurde, für folgende Durchsagen: „Bullen raus aus der Versammlung!“ und „Zivile Bullen raus aus der Versammlung – und zwar sofort!“.

Gegen die Bf. wurde ein Bußgeldverfahren eingeleitet. Das AG verurteilte die Bf. mit angegriffenem Urteil wegen Verstoßes gegen das Versammlungsgesetz (Nichtbeachtung beschränkender Auflagen) gem. § 29 II, I Nr. 3 i.V.m. § 15 I VersG zu einer Geldbuße von 250 €. Die Bf. habe mit ihrer Aussage aber weder eine eventuelle Störung der Versammlung beseitigen wollen noch habe sie eine versammlungsthemenbezogene Aussage getätigt. Sie habe vielmehr allein ihre Meinung und ihr Missfallen zur beziehungsweise über die Teilnahme von Zivilpolizisten an dem Zug Ausdruck verleihen wollen und insoweit eher zur Hervorrufung von Störungen beigetragen als solche verhindern wollen. Auch eine weitergehende Verknüpfung mit einem besonderen Thema oder mit dem spezifischen Versammlungsthema sei bei der getätigten Aussage nicht erkennbar. Insbesondere werde aus der Art der getätigten Äußerung deutlich, dass die Bf. durch ihre Äußerung auch keinen politischen Diskurs und Meinungsaustausch über ein zu viel an Polizeipräsenz bei bayerischen Versammlungen beabsichtigt habe. Ist die Bf. in ihrem Grundrecht aus Art. 8 I GG verletzt?

### I. Eröffnung des Schutzbereiches

Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit (Art. 8 I GG) müsste eröffnet sein.

Eine Versammlung ist ein Zusammenschluss mehrerer Personen zur öffentlichen und kollektiven Meinungsäußerung.

„Die Bf. war unstreitig **Teilnehmerin** einer auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Kundgebung und damit **einer Versammlung** i.S.d. Art. 8 I GG (vgl. BVerfGE 104, 92 [104] = NJW 2002, 1031). Vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit grundsätzlich **umfasst** war damit auch die **Verwendung von Lautsprechern oder Megaphonen als Hilfsmittel** (vgl. BVerfGK 11, 102 [108] = NVwZ 2007, 1180). Die als bußgeldbewehrt erachteten Lautsprecherdurchsagen standen auch inhaltlich in hinreichendem Zusammenhang mit der durch Art. 8 I GG geschützten Durchführung der Versammlung. Mögen sie auch keinen spezifischen Bezug zum Versammlungsthema aufgewiesen haben und nicht auf die Einhaltung der Ordnung gerichtet gewesen sein, so gaben sie jedenfalls das **versammlungsbezogene Anliegen** kund, dass sich in dem auf den Willensbildungsprozess gerichteten Aufzug selbst nur solche Personen befinden sollen, die am Willensbildungsprozess auch teilnehmen, nicht aber auch am Meinungsbildungsprozess unbeteiligte Polizisten, die als solche nicht erkennbar sind. In ihrer idealtypischen Ausformung sind **Demonstrationen die körperliche Sichtbarmachung von gemeinsamen Überzeugungen** (vgl. BVerfGE 69, 315 [345] = NJW 1985, 2395). Wer an einer solchen Versammlung teilnimmt, ist grundsätzlich auch dazu berechtigt, während der Versammlung dafür einzutreten, dass nur die das Anliegen der Versammlung unterstützenden Personen an ihr teilnehmen und Polizisten sich außerhalb des Aufzugs bewegen. Insofern ist die entsprechende Lautsprecheraussage nicht – wie das AG annimmt – dem Schutzbereich der Versammlungsfreiheit entzogen.“ (BVerfG aaO)

### II. Eingriff

Eingriff ist nach dem modernen Eingriffsbegriff jedes dem Staat zurechenbare Verhalten, welches die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich macht oder erschwert.

„Durch die Sanktionierung der Lautsprecherdurchsagen mit einem Bußgeld greift die amtsgerichtliche Entscheidung in diesen Schutzbereich ein.“ (BVerfG aaO)

### III. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Grundrechtseingriff gerechtfertigt ist.

#### 1. Beschränkbarkeit des Grundrechts

Zunächst kommt es darauf an, ob in das betroffene Grundrecht überhaupt eingegriffen werden kann oder ob es schrankenlos gewährleistet ist und daher nur bei Eingriffen verfassungsimmanenter Schranken eingeschränkt werden kann.

„[Die] Versammlungsfreiheit [ist] nicht unbeschränkt gewährleistet. Bei **Versammlungen unter freiem Himmel** sind zur Wahrung kollidierender Interessen Dritter Eingriffe in das Grundrecht gem. Art. 8 I GG **durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes** zulässig (vgl. BVerfGE 87, 399 [406] = NJW 1993, 581 = NVwZ 1993, 357 Ls.). Es handelt sich bei der zur Anwendung gelangten **Bußgeldvorschrift** des § 29 II, I Nr. 3 VersG um ein solches Gesetz, dessen Auslegung und Anwendung grundsätzlich Sache der Strafgerichte ist (vgl. BVerfGK 10, 493 [495] = NVwZ 2007, 1183).“ (BVerfG aaO)

#### 2. Grenzen der Beschränkbarkeit

Ist ein Eingriff damit grundsätzlich möglich, so unterliegt jedoch auch die Beschränkbarkeit des Grundrechts ihrerseits wieder bestimmten Grenzen.

##### a) Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Zunächst muss das Gesetz, welches zu dem Eingriff ermächtigt, hier die entsprechende Bußgeldvorschrift, formell und materiell verfassungsgemäß sein. Hiervon kann ausgegangen werden.

##### b) Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesanwendung

Allerdings muss auch die Anwendung des Gesetzes, welches die Einschränkung zulässt, die Vorgaben der Verfassung einhalten und insbesondere verhältnismäßig sein.

„[Die] staatlichen Organe und damit auch die Strafgerichte [haben] die **grundrechtsbeschränkenden Gesetze stets im Lichte der grundlegenden Bedeutung von Art. 8 I GG auszulegen** und sich bei Maßnahmen auf das zu beschränken, was zum Schutze gleichwertiger anderer Rechtsgüter notwendig ist (vgl. BVerfGE 69, 315 [349] = NJW 1985, 2395; BVerfGE 87, 399 [407] = NJW 1993, 581 = NVwZ 1993, 357 Ls.).“ (BVerfG aaO)

Die amtsgerichtliche Verurteilung der Bf. zu einer Geldbuße ist in der Sache allein darauf gestützt, dass sie die Lautsprecheranlage zu einem anderen Zweck als zu einer im engen Sinne themenbezogenen Durchsage oder Ordnungsmaßnahme nutzte. Fraglich ist, ob das Amtsgericht damit der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit hinreichend gerecht geworden ist.

„[Der] Schutzgehalt des Art. 8 I GG [erlaubt] jedenfalls grundsätzlich auch **Äußerungen zu anderen versammlungsbezogenen Fragen** erlaubt. Insoweit konnte sich das Gericht auch nicht uneingeschränkt auf die entsprechende Auflage berufen. Vielmehr durfte es die **Auflage nur dann als verfassungsgemäß** ansehen, wenn es sie einer Auslegung für zugänglich hielt, nach der **andere als strikt themenbezogene Äußerungen mit Versammlungsbezug** von ihr nicht ausgeschlossen sind. An einer solchen Berücksichtigung des Schutzgehaltes der Versammlungsfreiheit fehlt es indes. Vielmehr belegt die angegriffene Entscheidung die in Frage stehenden versammlungsbezogenen Äußerungen **unabhängig von jeder Störung** mit einer Geldbuße. Für eine Störung durch den Gebrauch der Lautsprecheranlage im konkreten Fall ist weder etwas dargetan noch ist sie sonst ersichtlich. Die Lautsprecherdurchsagen der Bf. waren erkennbar nicht geeignet, mehr als allenfalls unerhebliche Unruhe innerhalb der Versammlung zu stiften. Der bloße Aufruf „Zivile Bullen raus aus der Versammlung – und zwar sofort!“ mag bei lebensnaher Betrachtung **kurzfristige Irritationen** von Versammlungsteilnehmern hervorrufen, war aber ersichtlich **nicht zur Störung des ordnungsgemäßen Verlaufs** der Versammlung geeignet. Insbesondere wurden Zivilpolizisten nicht konkret und in denunzierender Weise benannt und so etwa in die Gefahr gewalttätiger Übergriffe aus der Versammlung gebracht. Auch eine mögliche Beeinträchtigung der Gesundheit von Dritten durch übermäßigen Lärm erscheint durch die bloß kurzzeitige zweimalige Benutzung des Lautsprechers ausgeschlossen. Insgesamt ist damit nicht erkennbar, dass Gefährdungen vorlagen, die die Verurteilung der Bf. zu einem Bußgeld rechtfertigten.“ (BVerfG aaO)

Damit wird die Rechtsanwendung durch das Amtsgericht dem Gewährleistungsgehalt des Art. 8 I GG nicht gerecht und ist damit verfassungswidrig. Die Bf. ist in ihrem Grundrecht aus Art. 8 I GG verletzt.

## 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  
§§ 29, 709 I, 710

### Gesellschaft bürgerl. Rechts Bestellung eines Notgeschäftsführers

BGB

(BGH in BB 2014, 2753; Beschluss vom 23.09.2014 – II ZB 4/14)

Für eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** ist **grds. kein Notgeschäftsführer zu bestellen**.

„Für die **entsprechende Anwendung der Regelung des § 29 BGB fehlen die rechtlichen Voraussetzungen**. Eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (st. Rspr., vgl. etwa BGHZ 184, 101; BGH ZIP 2010, 319 m. w. Nachw.).

Es **fehlt bereits eine planwidrige Regelungslücke**. Der Notvorstand überbrückt bei der juristischen Person eine vorübergehende Handlungsunfähigkeit beim Fehlen eines ordentlich bestellten Vorstands. Der Wegfall der Geschäftsführungsbefugnis bei einem geschäftsführenden Gesellschafter oder sein Wegfall machen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts dagegen auch beim Fehlen von Vorkehrungen im Gesellschaftsvertrag nicht handlungsunfähig, weil dafür Regelungen im Gesetz vorhanden oder von der Rechtsprechung entwickelt worden sind.

Der **Wegfall des (einzigen) geschäftsführungsberechtigten Gesellschafters durch Tod führt zur Gesamtgeschäftsführungsbefugnis der verbliebenen Gesellschafter** (§ 709 I BGB). Bei Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Amtsniederlegung gilt Entsprechendes; ggf. bleibt es bei der Geschäftsführungsbefugnis der übrigen geschäftsführungsbefugten Gesellschafter (vgl. MüKo-BGB/Schäfer, 6. Aufl., § 712 Rn. 20 m. w. Nachw.). Dass sich die verbleibenden Gesellschafter blockieren können, ist in der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis als dem gesetzlichen Regelfall bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts angelegt und begründet daher keine Regelungslücke.

Soweit etwa im Hinblick auf den Ausschluss des geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafters rechtliche Unsicherheiten bestehen, **kann die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis durch eine einstweilige Verfügung vorläufig geregelt werden**. Wenn ein dringender Handlungsbedarf wegen einer Gefahr für die Gesellschaft oder ihr Vermögen besteht, die keinen Aufschub bis zu einer Entscheidung der Gesellschafter duldet, bedarf es ebenfalls keines Notgeschäftsführers. Jeder Gesellschafter hat entsprechend § 744 II BGB die Befugnis zu den Maßnahmen, die zur Erhaltung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes oder der Gesellschaft selbst notwendig sind (vgl. BGHZ 17, 181).“ (BGH aaO)

BGB  
§ 60 I 1

### Verjährungsneubeginn Kulanzerklärung zu Mängelbeseitigungsarbeiten

BGB

(BGH in NJW 2014, 3368; Beschluss vom 09.07.2014 – VII ZR 161/13)

In der **Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten** ist **kein zum Neubeginn der Verjährung führendes Anerkenntnis** eines Mängelbeseitigungsanspruchs zu sehen, **wenn** der Unternehmer zum Ausdruck gebracht hat, die **Arbeiten nur aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht** erbringen zu wollen.

„Zwar kann in der Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten ein zum Neubeginn der Verjährung führendes Anerkenntnis eines Mängelbeseitigungsanspruchs liegen, § 212 I Nr. 1 BGB. Das gilt aber nicht, wenn der Unternehmer zum Ausdruck bringt, die Arbeiten nur aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erbringen zu wollen (BGH NJW 2012, 3229 = NZBau 2012, 697 = BauR 2012, 1789).“ (BGH aaO)

BGB  
§ 594e II 1

### Kündigung des Pachtverhältnisses wegen Zahlungsverzugs Entbehrlichkeit einer Abmahnung

BGB

(OLG Stuttgart in NJOZ 2014, 1693; Urteil vom 17.02.2014 – 101 U 6/13)

Die **Kündigung eines Pachtverhältnisses nach § 594 e II 1 BGB wegen Zahlungsverzugs setzt grds. nicht voraus, dass** vor Ausspruch der Kündigung eine **Abmahnung bzw. Fristsetzung zur Zahlung ausgesprochen** wird.

„Denn **§ 594 e I 1 BGB nimmt ausdrücklich Bezug auf § 543 II Nr. 3 a und b BGB** und regelt – ausdrücklich – abweichend von dieser Vorschrift, dass ein wichtiger Grund insbesondere dann vorliegt, wenn der Pächter mit der Entrichtung der Pacht oder eines nicht unerheblichen Teils länger als 3 Monate in Verzug ist, wobei sich aus § 594 e II 2 BGB ergibt, dass dies nur für die Jahrespacht gilt. Die ausdrücklich in Bezug genommenen **Kündigungstatbestände** sind gerade diejenigen, bei denen gem. § 543 III 2 Nr. 3 BGB **keine Abmahnung erforderlich** ist, weshalb die Verweisung in § 594 e I 1 BGB unter Berücksichtigung, dass § 594 e I BGB hinsichtlich des Kündigungsrechts auf § 543 BGB (insgesamt) verweist, ihrem Wortlaut nach nur so verstanden werden kann, dass in diesem Fall keine Abmahnung erforderlich ist. Damit greift auch das Argument des LandwGer., bei den Kündigungstatbeständen des § 543 III 2 Nr. 3 BGB handle es sich um einen „Fremdkörper“ im System der Kündigungstatbestände, nicht. Denn § 594 e II 1 BGB nimmt gerade auf diese Ausnahmevorschrift Bezug.

Für dieses Ergebnis spricht auch die **Gesetzesbegründung**: § 594 e BGB wurde durch das Gesetz zur Neuordnung des landwirtschaftlichen Pachtrechts vom 08.11.1985 eingeführt und wurde seither im Hinblick auf die hier entscheidungserhebliche Frage nicht in relevanter Weise verändert. Im Gesetzesentwurf wurde zur Begründung ausgeführt (BT-Drs. 9/2299, 25 v. 13.10.1982):

„Entsprechend dem geltenden Recht bestimmt sich das Recht zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist (fristlose Kündigung) nach den **entsprechenden Vorschriften des Mietrechts** (Abs. 1).

Wegen der gegenüber dem Mietrecht regelmäßig erheblich längeren Zahlungstermine ist für die fristlose Kündigung bei Zahlungsverzug eine Sondervorschrift erforderlich. Gem. S. 1 ist eine fristlose Kündigung des Verpächters möglich, wenn der Pächter mit der Entrichtung des Pachtzinses oder eines nicht unerheblichen Teiles desselben länger als drei Monate in Verzug ist (Abs. 2).“

Aus dieser Begründung ergeben sich **keine Anhaltspunkte dafür, dass außer Zahlungsverzug über einen Zeitraum von 3 Monaten noch weitere Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung erforderlich sein sollten**. Vielmehr wird die Regelung als Sondervorschrift für den Zahlungsverzug bezeichnet, bei dem ebenfalls unter den Voraussetzungen von § 543 II Nr. 3 gem. § 543 III Nr. 3 BGB in der damals geltenden Fassung keine Abmahnung erforderlich war. Die Gesetzesbegründung spricht auch dagegen, dass nach der Systematik der Kündigungstatbestände eine Kündigung ohne Abmahnung nur bei Verzug über einen Zeitraum von mindestens 2 Fälligkeitszeitpunkten möglich sein sollte. Denn § 594 e II 1 BGB weicht von diesem Grundsatz nach der Gesetzesbegründung gerade wegen der bei Pachtverhältnissen regelmäßig erheblich längeren Zahlungstermine ab. Damit setzt die Kündigung im Fall des § 594 e II 1 BGB grds. keine Abmahnung oder Nachfristsetzung voraus (ebenso OLG Brandenburg BeckRS 2009, 07223).“ (OLG Stuttgart aaO)

BGB  
§ 1006 I

### Eigentümer-Besitzer-Verhältnis Eigentumsvermutung für Besitzer

BGB

(OLG Saarbrücken in NJW-RR 2014, 1241; Urteil vom 08.05.2014 – 4 U 393/11)

Die **gesetzliche Vermutung des § 1006 I BGB** setzt lediglich voraus, dass der **Besitzer seinen unmittelbaren Besitz nachweist** und die **Rechtsbehauptung aufstellt, Eigentümer der Sache zu sein**. Er ist **nicht verpflichtet**, im Sinne einer sog. sekundären Darlegungslast seinerseits **zu den Umständen des Eigentumserwerbs vorzutragen**, wenn der Beweisgegner den Eigentumserwerb schlicht bestreitet.

- I. Die **gesetzliche Vermutung enthebt den Besitzer** im Grundsatz auch **von der Darlegungslast**, dass und auf welcher Grundlage er oder derjenige, von dem er sein Besitzrecht ableitet, mit dem Besitzerwerb Eigentum erworben hat (BGHZ 156, 310 = NJW 2004, 217; BGH NJW 2002, 2101; BGH NJW-RR 2013, 1498; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl., § 1006 Rn. 1; MüKo-BGB/Baldus, 6. Aufl., § 1006 Rn. 42; Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2013, § 1006 Rn. 42).

„Mit dieser Rechtsauffassung ist es nicht vereinbar, eine „erfolgreiche Berufung auf die Vermutung des § 1006 I 1 BGB“ erst dann zu erlauben, wenn „der Besitzer seiner sekundären Darlegungslast zu den Umständen seines Besitz- und Eigentumserwerbs genüge“ (so aber OLG Hamm NJW 2014, 1894 = MDR 2014, 403). Vielmehr genießt der Besitzer die Rechtswohlthat des § 1006 I BGB bereits dann, wenn er seinen unmittelbaren Besitz nachweist und die Rechtsbehauptung aufstellt, Eigentümer der Sache zu sein (Baumgärtel/Laumen, HdB d. Beweislast im PrivatR, 2. Aufl., § 1006 Rn. 9; BGH NJW-RR 2013, 1498).“ (OLG Saarbrücken aaO)

- II. Von diesem materiellen Gehalt der Darlegungs- und Beweislast ist die **Frage zu unterscheiden, unter welchen Voraussetzungen der Besitzer in Anwendung der zu § 138 ZPO entwickelten prozessualen Grundsätze zur sog. sekundären Darlegungslast** (vgl. hierzu: Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 138 Rn. 37; MüKo-ZPO/Wagner, 4. Aufl., § 138 Rn. 22; Prütting/Gehrlein, ZPO, 5. Aufl., § 138 Rn. 11; Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 138 Rn. 8 f.) gehalten ist, seinerseits zu den Umständen des Eigentumserwerbs vorzutragen.

„Um einen **inneren Widerspruch zum materiellen Inhalt der Beweisvermutung zu vermeiden**, überzeugt es nicht, dem Besitzer bereits dann sekundäre Darlegungslasten zu den Umständen seines Eigentumserwerbs aufzuerlegen, wenn der Beweisgegner den Eigentumserwerb schlicht bestreitet (so aber Staudinger, § 1006 Rn. 49; MüKo-BGB/Baldus, § 1006 Rn. 45): Im Fall des unstreitigen Eigentums besitzt die gesetzliche Beweisvermutung keine prozessuale Funktion, deren Sinn gerade darin besteht, die Rechtsanwendung bei streitiger Eigentumslage zu erleichtern. Mithin ist eine **sekundäre Darlegungslast des Besitzers nur dann anzuerkennen, wenn die Gegenpartei ihrerseits qualifizierten Vortrag zu dem Erwerbsvorgang hält, der eine fehlende Eigentümerstellung des Besitzers zumindest mit einiger Wahrscheinlichkeit nahelegt** (vgl. Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl., § 1006 Rn. 4; vgl. auch BGH TranspR 2013, 286: Auch im Transportrecht ist es in st. Rspr. anerkannt, dass sekundäre Darlegungslasten nicht allein daraus resultieren, dass der Beweisführer keine Kenntnis von den zu beweisenden Umständen besitzt, während der Beweisgegner die Aufklärung unschwer leisten kann. Der Beweisgegner ist nur dann zur sekundären Darlegung gehalten, wenn die offenzulegenden Umstände – konkret: Mängel bei der Organisation des Warenumschlags – mit gewisser Wahrscheinlichkeit naheliegen). Diese Grenze ist im Anwendungsbereich des § 1006 I BGB nicht erreicht, wenn der Beweisgegner die Eigentümerstellung mit der spekulativen Behauptung bestreitet, dass der Besitzer nicht über die finanziellen Mittel zum Aufbringen des Kaufpreises verfügt habe.“ (OLG Saarbrücken aaO)

StGB  
§ 78c I Nr. 1

### Verfolgungsverjährung Unterbrechungshandlung

StGB

(BGH in NSTZ-RR 2014, 340; Beschluss vom 07.08.2014 – 1 StR 198/14)

Die **Maßnahmen des § 78c I Nr. 1 StGB bilden eine Einheit**. Sobald eine der dort genannten **Unterbrechungshandlungen durchgeführt** worden ist, kann die **Verjährung durch eine andere** der in Nr. 1 aufgezählten **Maßnahmen nicht erneut unterbrochen** werden.

„Die mit Bekanntgabe des Bescheids (§ 122 IV Nr. 1 AO) begonnene Verjährungsfrist wurde unterbrochen durch die durchgeführte Durchsuchung des Wohnhauses des Angekl., durch welche dieser infolge der hierbei hinterlassenen Dokumente über die Durchsuchung von den gegen ihn geführten Ermittlungen Kenntnis erlangte (§ 78c I Nr. 1 StGB). Seine Kenntnis zeigt sich auch darin, dass der Angekl. einen Verteidiger in dieser Angelegenheit bestellte. Entgegen der Auffassung des LG konnten weitere Aufforderungen zur Stellungnahme oder die Vernehmung durch die Steuerfahndung nicht zu einer erneuten Unterbrechung der Verfolgungsverjährung führen, weil nach der Bekanntgabe der Einleitung des steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahrens sämtliche in § 78c I Nr. 1 StGB

genannten Unterbrechungstatbestände nicht zu einer nochmaligen Unterbrechung führen können. Alle in Nr. 1 aufgeführten Handlungen sind lediglich zur einmaligen Unterbrechung geeignet und stehen nur alternativ zur Verfügung (BGH NSTz 2009, 205). Erst die Anklageerhebung hätte die Verjährung wieder unterbrechen können (§ 78 c I Nr. 6 StGB); die am 24.08.2005 auf Grund Unterbrechung neu angelaufene Verjährungsfrist von 5 Jahren war aber im September 2010 bereits abgelaufen.“ (BGH aaO)

StGB  
§ 226

### Schwere Körperverletzung Entstellung durch Narben

StGB

(BGH in NJW 2014, 3382; Urteil vom 14.08.2014 – 4 StR 163/14)

Ein **Verletzter** ist i. S. des § 226 I Nr. 3 StGB in **erheblicher Weise dauernd entstellt**, wenn es durch die Tat zu einer **Verunstaltung seiner Gesamterscheinung** gekommen ist, die in ihren Auswirkungen dem Gewicht der geringsten Fälle des § 226 I Nr. 1 und Nr. 2 StGB gleichkommt. Dies **kann grds. auch bei einzelnen besonders großen oder markanten Narben** (vgl. BGH NSTz 2008, 32), ebenso wie bei einer **Vielzahl von Narben in derselben Körperregion** der Fall sein.

„Allein der Umstand, dass eine **Narbe deutlich sichtbar ist, reicht dabei aber für die Annahme einer erheblichen Entstellung noch nicht aus**: Erst wenn im Einzelfall – etwa durch eine deutliche Verzerrung der Proportionen des Gesichts – ein Grad an Verunstaltung erreicht ist, der in einer Relation zu den anderen schweren Folgen i. S. des § 226 I StGB steht, kommt die Annahme einer erheblichen Entstellung in Betracht (BGH NSTz 2008, 32).“ (BGH aaO)

StGB  
§ 316a

### Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer Vorgetäuschte Polizeikontrolle

StGB

(BGH in NSTz-RR 2014, 342; Beschluss vom 23.07.2014 – 2 StR 104/14)

Für das Merkmal des „Angriffs“ i. S. des § 316 a StGB **reicht nicht aus, wenn auf den Führer eines Kraftfahrzeugs mit List eingewirkt wird**, um ihn in eine Situation zu bringen, in der ein Raub durchgeführt werden soll. Auf die Entschlussfreiheit eines Kraftfahrzeugführers wird bereits dann eingewirkt, wenn vom Täter eines geplanten Raubs eine **Polizeikontrolle vorgetäuscht** wird und sich der Geschädigte dadurch zum Anhalten gezwungen sieht.

„Nach der (neuen) Rspr. des BGH und h. M. reicht es für das Merkmal des „Angriffs“ nicht aus, wenn auf den Führer eines Kraftfahrzeugs mit List eingewirkt wird, um ihn in eine Situation zu bringen, in der ein Raub durchgeführt werden soll. Dies ist etwa der Fall, wenn ein vermeintlicher Fahrgast gegenüber einem Taxifahrer ein falsches Fahrziel angibt; ebenso bei Vortäuschen eines Unfalls oder einer sonstigen Notlage, um einen Kraftfahrzeugführer zum Anhalten zu bewegen. Hiervon abzugrenzen sind Handlungen, welche auf den Führer eines Kfz eine **objektiv nötigungsgleiche Wirkung** haben (vgl. dazu im einzelnen Fischer, StGB, 61. Aufl., § 316 a Rn 6; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 316 a Rn 2; Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 316 a Rn 5 – jew. m. w. Nachw.). Es kommt hierfür nicht darauf an, ob diese Wirkung vorgetäuscht ist oder ob der objektiv Genötigte von einer Rechtswidrigkeit der Einwirkung ausgeht.

Fälle einer vorgetäuschten Polizeikontrolle unterscheiden sich daher substantziell von bloßen Vortäuschungen allgemein motivierender Umstände (vorgetäuschte Panne; Anhalter); sie entsprechen vielmehr Fällen der Straßensperre. Denn **dem Kraftfahrzeugführer ist bei der Einwirkung durch Haltezeichen durch Polizeibeamte kein Ermessen eingeräumt**; er ist vielmehr bei Androhung von Geldbuße (§ 36 I i. V. mit § 49 III Nr. 1 StVO) verpflichtet, Haltezeichen Folge zu leisten, und befindet sich daher objektiv in einer (irrtümlich als gerechtfertigt angesehenen) Nötigungssituation.

Auf die Entschlussfreiheit eines Kraftfahrzeugführers wird daher bereits dann eingewirkt, wenn vom Täter eines geplanten Raubs eine Polizeikontrolle vorgetäuscht wird und sich der Gesch. dadurch zum Anhalten gezwungen sieht (vgl. auch Geppert DAR 2014, 128; MüKo-StGB/Sander, 2. Aufl., § 316 a Rn 11; Steinberg NZV 2007, 545; Sowada, in: LK-StGB, 12. Aufl., § 316 a Rn 11).“ (BGH aaO)

HmbUAG  
§§ 19, 30

### Unterlassungsanspruch Äußerungen in einem Untersuchungsausschuss

öffR

(OVG Hamburg in NVwZ 2014, 1386; Beschluss vom 23.04.2014 – 3 Bs 75/14)

**Private Dritte**, über die der **Bericht eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses unzutreffende Tatsachenbehauptungen enthält**, die geeignet sind, die berufliche Reputation und die persönliche Integrität und damit den Ruf in Beruf und Gesellschaft empfindlich zu beschädigen, **können die Untersagung dieser Behauptung verlangen**.

„Ob **unrichtige Tatsachenbehauptungen von den Betroffenen hinzunehmen sind, beurteilt sich danach, ob und inwiefern sie in die Rechte des Betroffenen einzugreifen geeignet sind**. Grds. lenken veröffentlichte Tatsachenfeststellungen in dem Bericht eines Untersuchungsausschusses, den die Öffentlichkeit, weil der Ausschuss mit gerichtähnlicher Aufklärungsmacht ausgestattet ist, regelmäßig nicht nur als Ort hauptsächlich **parteilich motivierter Auseinandersetzung**, sondern auch als **Instrument objektiver Wahrheitsfindung** versteht, zumindest wenn sie, wie hier, zentrale Fragen des Untersuchungsauftrags betreffen, die öffentliche Aufmerksamkeit in erheblichem Maße auf die Tatsachenfeststellung und, wenn sie sich auf eine Person beziehen, auch auf die Person. **Wahrheitswidrige Tatsachenbehauptungen in Abschlussberichten eines Untersuchungsausschusses sind, wenn sie sich nicht nur auf Bagatellen beziehen, daher in hohem Maße geeignet, auf die berufliche Reputation und persönliche Integrität der betroffenen Person einzuwirken**.

Vorliegend drängt sich auf Grund der falschen Tatsachenbehauptung für den unbefangenen Leser der Eindruck auf, dass der Ast. ohne erkennbaren Grund gegenüber der ReGe zu demselben Komplex bis zum Abschluss des Nachtrags 4, der erhebliche finanzielle Belastungen für die Freie und Hansestadt Hamburg zur Folge hatte, rechtliche Beratungsleistung mit einem gänzlich anderen Ergebnis als nach Abschluss des Nachtrags 4 erbracht hat, seine Rechtsberatung, weil mit beliebigem Ergebnis, mithin keine Substanz hat oder er nach Art eines „Mietmauls“ jede von ihm geforderte Meinung gegen Bezahlung vertritt. Dass damit neben seiner beruflichen Reputation auch seine persönliche Integrität und gesellschaftliche Reputation in Zweifel gezogen wird, ist auch dann nicht in Abrede zu

nehmen, wenn in Bedacht genommen wird, dass der Ast. sich durch Übernahme eines Auftrags der öffentlichen Hand, auch kritischer öffentlicher Prüfung seiner Arbeit und Arbeitsergebnisse stellen muss. Denn deren für ihn **negative falsche oder irreführende öffentliche Darstellung braucht er**, jedenfalls soweit, wie hier, Vorwürfe von Gewicht in Rede sind, **auch im Rahmen der Durchführung eines öffentlichen Auftrags nicht zu dulden.**“ (OVG Hamburg aaO)

StAG  
§ 10 I 1 Nr. 6 u. 7, VI

**Einbürgerung**  
Erfordernis deutscher Sprachkenntnisse

öffR

(BVerwG in NVwZ 2014, 1383; Urteil vom 05.06.2014 – 10 C 2/14)

Von den Voraussetzungen des § 10 I 1 Nr. 6 und 7 StAG (u. a. ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache) kann gem. § 10 VI StAG schon dann **abgesehen** werden, wenn der **Ausländer diese im Zeitpunkt der Entscheidung über den Einbürgerungsantrag wegen einer Behinderung oder krankheits- oder altersbedingt nicht erfüllen kann.**

I. **Unerheblich ist, ob er die geforderten Kenntnisse zu einem früheren Zeitpunkt hätte erwerben können.**

„Der Senat folgt der Rechtsauffassung, dass es für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 10 VI StAG nur auf die **Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung über den Einbürgerungsantrag** – bzw. in einem Gerichtsverfahren bei Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz – ankommt. Die tatsächliche Würdigung der Vorinstanz, die Kl. werde die ihr fehlenden Sprachkompetenzen krankheitsbedingt nicht (mehr) erlangen können, wird auch von der Revision nicht in Frage gestellt. Sie ist jedoch der Auffassung, dass bei der Kl. nicht die nunmehr vorliegenden krankheitsbedingten Einschränkungen der Grund dafür seien, dass diese die Sprachanforderungen nicht erfüllen könne, sondern ihre diesbezüglichen Versäumnisse in der Vergangenheit. Dieser monokausalen Betrachtungsweise, die den Blick über die gegenwärtigen Verhältnisse hinaus auf die Frage der früheren Befähigung und etwaiger Bemühungen des Ausländers zum Spracherwerb richten und ihm zurechenbare Versäumnisse in der Vergangenheit auf Dauer einbürgerungshindernd entgegenhalten will, folgt der Senat nicht (ebenso OVG Saarlouis BeckRS 2014, 48649; VG Stuttgart InfAuslR 2012, 135; Berlit, GK-StAR I, Stand Juli 2012, § 10 StAG Rn. 406; Hofmann/Hoffmann, Ausländerrecht, 2008, § 10 StAG Rn. 23).

Gegen diesen Ansatz sprechen bereits **rechtssystematische Überlegungen** und der **strukturelle Zusammenhang**, in dem die Vorschrift des § 10 VI StAG steht. Sie enthält in Gestalt eines obligatorischen Absehensgrundes eine Ausnahmeregelung von den in § 10 I 1 Nr. 6 und 7 StAG enthaltenen Einbürgerungsvoraussetzungen. Für das Vorliegen der Voraussetzungen sowohl eines Anspruchs als auch einer Ausnahmeregelung, nach der zwingend von einer einzelnen Anspruchsvoraussetzung abzusehen ist, kommt es grds. auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung über den Antrag an, wenn das **materielle Recht keine abweichende Regelung** enthält. Für einen von diesem Grundsatz abweichenden Regelungswillen des Gesetzgebers gibt auch der im Präsenz gehaltene Wortlaut des § 10 VI StAG keinerlei Anhalt.“ (BVerwG aaO)

II. Gestützt wird diese Auffassung durch die systematische Auslegung mit Blick auf die übrigen in § 10 StAG geregelten **Einbürgerungsvoraussetzungen.**

„Denn die Einbürgerungsvoraussetzung der selbstständigen Lebensunterhaltssicherung in § 10 I 1 Nr. 3 StAG stellt mit dem immanenten Ausnahmetatbestand, dass der Ausländer die Inanspruchnahme von Leistungen nach dem Zweiten oder Zwölften Buch Sozialgesetzbuch nicht zu vertreten hat, auch auf sein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ab (vgl. dazu BVerwGE 133, 153 = NVwZ 2009, 843). Wenn der Gesetzgeber eine retrospektive Betrachtung auch in § 10 VI StAG hätte eröffnen wollen, hätte eine entsprechende Formulierung nahegelegen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die Aufnahme eines „Vertretenmüssens“ in § 10 VI StAG bei den Ausnahmetatbeständen der Krankheit, Behinderung oder des Alters keinen Sinn gemacht hätte, da diese Hinderungsgründe dem Ausländer in kaum einem Fall zurechenbar seien. Mit diesem Einwand übersieht die Revision, dass der Gesetzgeber ein „Vertretenmüssen“ nicht auf den Eintritt von Krankheit, Behinderung oder Alter hätte beziehen müssen, sondern ein solches subjektives Tatbestandsmerkmal an das Unterlassen hinreichender Bemühungen des Ausländers um den Spracherwerb in der Vergangenheit hätte knüpfen können.“ (BVerwG aaO)

III. Aus den **Gesetzesmaterialien** und dem daraus ersichtlichen **Normzweck** der im Richtlinienumsetzungsgesetz 2007 getroffenen staatsangehörigkeitsrechtlichen Regelungen, die die Sprachanforderungen bei der Einbürgerung betreffen, ergeben sich **keine Anhaltspunkte für eine andere Auffassung.**

„Mit dem genannten Änderungsgesetz hat der Gesetzgeber die ausreichenden Kenntnisse der deutschen Sprache, deren Nichtvorliegen bislang einen Ausschlussgrund nach § 11 S. 1 Nr. 1 StAG a. F. darstellte, systematisch den Einbürgerungsvoraussetzungen des § 10 StAG zugeordnet (BT-Drs. 16/5065, 228). Des Weiteren wurde auf Anregung der Innenministerkonferenz vom 05.05.2006 mit der Legaldefinition in § 10 IV 1 StAG der Maßstab für die Sprachanforderungen im Gesetz geregelt, um eine bundeseinheitliche Auslegung dieses Begriffes zu garantieren (BT-Drs. 16/5065, 229). Schließlich hat der Gesetzgeber in § 10 VI StAG eine **Ausnahmeregelung** geschaffen, die im Gesetzentwurf der Bundesregierung folgendermaßen begründet worden ist (BT-Drs. 16/5065, 229):

„Der neue Absatz 6 enthält Ausnahmeregelungen im Hinblick auf die Sprachkenntnisse und die Kenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse in Deutschland zu Gunsten von kranken, behinderten Personen und Personen, die diese Anforderungen auf Grund ihres Alters nicht mehr erfüllen können.“

Weder aus dieser Einzelbegründung noch aus der Gesamtschau der Regelungen des Richtlinienumsetzungsgesetzes zu den staatsangehörigkeitsrechtlichen Sprachanforderungen sowie den programmatischen Aussagen des darin in Bezug genommenen Beschlusses der Innenministerkonferenz vom 5.5.2006 lassen sich belastbare Anhaltspunkte für die Ansicht der Revision gewinnen. Vielmehr spricht die wiedergegebene Detailbegründung zu § 10 VI StAG mit der Wendung „... nicht mehr erfüllen können.“ eher gegen ihre Rechtsauffassung. Der Wortlaut der Vorschrift selbst (BT-Drs. 16/5065, 46 [Art. 5 Nr. 7 Buchst. c]) ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens unverändert geblieben; die gegenteilige Annahme der Revision mit dem Verweis auf die angebliche Streichung des Wörtchens „mehr“ verwechselt die Ebenen von Normtext und amtlicher Begründung innerhalb des Gesetzentwurfs.“ (BVerwG aaO)

IV. Schließlich kann auch der Hinweis auf den Gesetzentwurf des Bundesrates (BT-Drs. 16/5107) nicht zu einem anderen Ergebnis führen.

„Die darin vorgesehene **Flexibilisierung** durch eine **Ermessensregelung** in § 10 VI StAG, nach der von den Voraussetzungen nach § 10 I 1 Nr. 6 und 7 StAG hätte abgesehen werden können, soweit der Ausländer sie auf Grund einer altersbedingten

Beeinträchtigung oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung nicht erfüllen kann, ist von der Bundesregierung in ihrer Stellungnahme abgelehnt worden (BT-Drs. 16/5107, 13 f.):

„Die Ermessensregelung in Absatz 6 lehnt die Bundesregierung ab, da bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen kein Raum mehr für ein Ermessen der Staatsangehörigkeitsbehörde bleibt. Wenn der Einbürgerungsbewerber auf Grund seiner Behinderung oder seiner altersbedingten Beeinträchtigung den Nachweis ausreichender Sprachkenntnisse oder der staatsbürgerlichen Kenntnisse nicht erbringen kann, muss zwingend von diesen Voraussetzungen abgesehen werden.“

Die explizite Entscheidung des Gesetzgebers für einen obligatorischen und gegen einen fakultativen Absehensgrund spricht eher gegen denn für die Auffassung der Revision. Denn wie bereits ausgeführt, kommt es bei einer strikten Pflicht der Verwaltung, von einer Anspruchsvoraussetzung abzusehen, grds. auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung über den Antrag an.“ (BVerwG aaO)

- V. Soweit versucht wird, in einer Gesamtbetrachtung aus dem Charakter der als „Schlussstein der Integration“ apostrophierten Einbürgerung und der gesetzlichen Entwicklung zu den Sprachanforderungen Rückschlüsse bei der Auslegung des § 10 VI StAG zu ziehen, vermag BVerwG aaO dem nicht zu folgen.

„Zwar ist es richtig, dass die Einbürgerung einem Ausländer mit der deutschen Staatsangehörigkeit den stärksten rechtlichen Status vermittelt und der Gesetzgeber die Sprachanforderungen bei der Einbürgerung im Laufe der Zeit kontinuierlich verschärft hat. Aus diesem Befund lassen sich jedoch mit Blick auf die Frage, ob frühere Bemühungen um einen Spracherwerb für § 10 VI StAG von Bedeutung sind, keine tragfähigen Schlussfolgerungen im Sinne der Revision ziehen. Denn der Gesetzgeber hat mit dieser Vorschrift bewusst eine **Ausnahmeregelung zu Gunsten von Ausländern** getroffen, die diese verschärften Anforderungen auf Grund Krankheit, Behinderung oder altersbedingt nicht mehr erfüllen können. Damit hat er für begrenzte Ausnahmekonstellationen die gestiegenen Anforderungen an die Beherrschung der deutschen Sprache kompensiert und eine Schwelle markiert, jenseits derer Bemühungen um einen Spracherwerb aus staatsangehörigkeitsrechtlicher Sicht nicht zumutbar sind.“ (BVerwG aaO)

StrWG  
§ 18 I

### Sondernutzungserlaubnis Kein Drittschutz

öffR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2014, 800; Beschluss vom 03.07.2014 – 11 B 553/14)

§ 18 I StrWG NRW begründet für sich allein gesehen **keine subjektiven Rechtspositionen zugunsten Dritter**, die Bestimmung ist mithin **im Grundsatz nicht drittschützend**.

„Der Widerspruch der Antragstellerin gegen die der Beigeladenen erteilte „Ausnahmegenehmigung“ für das Aufstellen von Tischen und Stühlen zu gewerblichen Zwecken im öffentlichen Straßenraum hätte voraussichtlich keinen Erfolg gehabt. Die der Beigeladenen erteilte Sondernutzungserlaubnis dürfte die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt haben. Die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis war hier nach § 18 I StrWG NRW objektiv-rechtlich erforderlich, weil der **öffentliche Straßenraum** durch das Aufstellen von Tischen und Stühlen zu gastronomischen Zwecken **über den Gemeingebrauch hinaus benutzt** wird. § 18 I StrWG NRW begründet nach der st. Rspr. des (vormals 23.) Senats für sich allein keine subjektiven Rechtspositionen Dritter, mit anderen Worten ist die Bestimmung im Grundsatz nicht drittschützend.

Nur unter engen Voraussetzungen kann einem Straßenanlieger ein Abwehrrecht gegen die einem Nachbarn erteilte Genehmigung der Nutzung des öffentlichen Straßenraumes zustehen (vgl. etwa OVG NRW, Beschluss vom 30.07.2007 - 11 B 1138/07 -, juris, Rn. 5 ff., m. w. Nachw.).“ (OVG Münster aaO)

NWBG  
§ 60 I 1

### Zusatzvergütung/Freizeitausgleich Rauchpausen von Mitarbeitern/Kollegen

BeamtenR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2014, 854; Beschluss vom 17.07.2014 – 6 A 2681/12)

Eine **Beamtin hat keinen Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung**, hilfsweise Freizeitausgleich, **weil sie** als Nicht-raucherin anders als ihre rauchenden Kollegen bei der Arbeit **keine Rauchpausen einlegt**.

„Ohne Erfolg wendet die Kl. ein, sie sei daran gehindert, von den ihr zugestandenen Pausenzeiten Gebrauch zu machen, weil der Arbeitsbereich dann wegen der Rauchpausen anderer Kollegen zeitweise nicht ordnungsgemäß besetzt wäre. Es versteht sich von selbst, dass die **Pausenzeiten zwischen den Kollegen der Abstimmung bedürfen, wenn sonst dienstliche Belange beeinträchtigt** wären. Aus welchen Gründen eine solche Abstimmung nicht möglich sein sollte, ist dem Zulassungsvorbringen nicht zu entnehmen.

Soweit die Kl. einwendet, sie müsse und wolle von den ihr zugestandenen Pausenzeiten keinen Gebrauch machen, so dass ihr die geltend gemachte Entschädigung gewährt werden müsse, lässt ihr Zulassungsvorbringen nicht erkennen, welcher Rechtssatz eine solche Folge ihrer eigenen Entschließung tragen soll. Im Übrigen lässt sie außer Acht, dass auch ihren rauchenden Kollegen ein solches **Wahlrecht zwischen Pausenzeiten und Entschädigung nicht zusteht**.

Weiter lässt sich aus ihrem Hinweis darauf, dass sie Vertretungsleistungen für die rauchenden Kollegen zu erbringen habe, für sie nichts herleiten. Insoweit fehlt es bereits an einer Auseinandersetzung mit der Erwägung des VG, dass sie über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus keinen Dienst geleistet habe.

Soweit das Zulassungsvorbringen auf die „Grundsätze betriebswirtschaftlich ordnungsgemäßer Haushaltsführung“ abstellt, vermag dies schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sich aus diesen Grundsätzen keine subjektive Rechtsposition der Kl. ableiten lässt. Auch die Bezugnahme auf das Urteil des 1. Senats des beschließenden Gerichts vom 29.03.2010 (OVG Münster NJW 2011, 164) führt nicht weiter. Bereits das VG hat festgestellt, dass diese Entscheidung nicht etwaige Ansprüche von Beamten betrifft, die Nichtraucher sind.“ (OVG Münster aaO)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

**ZPO** **Zulässigkeit eines Teilurteils** **ZPO**  
**§ 301** **bei objektiver Klagehäufung von Feststellungs- und Leistungsanträgen**  
 (BGH in NZI 2014, 772; Beschluss vom 26.06.2014 – IX ZB 88/13)

1. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH darf ein Teilurteil nicht ergehen, wenn die **Gefahr einander widersprechender Entscheidungen** - auch infolge abweichender Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht - besteht.
2. Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ist namentlich dann gegeben, wenn **in einem Teilurteil eine Frage entschieden** wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile **noch einmal stellt oder stellen kann**.
3. Eine solche Gefahr besteht bei einer **Mehrheit selbstständiger prozessualer Ansprüche**, wenn zwischen den prozessual selbstständigen Ansprüchen eine **materiell-rechtliche Verzahnung** besteht oder die Ansprüche prozessual in ein Abhängigkeitsverhältnis gestellt sind.
4. Im Falle der **objektiven Klagehäufung** von Leistungs- und Feststellungsansprüchen, die aus demselben tatsächlichen Geschehen hergeleitet werden, darf daher durch Teilurteil nur dann gesondert über einen oder nur einen Teil der Ansprüche entschieden werden, wenn **zugleich ein Grundurteil über die restlichen Anspruchsteile** ergeht.
5. Begehrt der Kläger im Wege der objektiven Klagehäufung die Feststellung, dass das **Versicherungsverhältnis nicht** durch eine rechtsgestaltende Willenserklärung des Versicherers **beendet** worden ist, und **gleichzeitig** dessen **Verurteilung zu bedingungsgemäßen Leistungen**, ist der Erlass eines Teilurteils über den Feststellungsantrag unzulässig.

### A. Grundlagenwissen: Teilurteil, § 301 ZPO

Auch das Teilurteil ist ein **Endurteil**. Allerdings wird hier **nicht über die gesamte Klage** entschieden.

Es ist zum einen möglich, dass nur über einen **Teil des Streitgegenstandes** entschieden wird.

**Beispiel:** *Es wird ein Anspruch auf Schadensersatz wegen bereits eingetretener und wegen zukünftiger Schadensfolgen eingeklagt. Hier kann durch Teilurteil über die bereits eingetretenen Schadensfolgen entschieden werden, damit die Kompensation schneller durchgesetzt werden kann, während die Entscheidung über die Entschädigung wegen späterer Schadensfolgen einem weiteren Urteil vorbehalten bleibt.*

Beschäftigt sich ein Verfahren darüber hinaus mit **mehreren Streitgegenständen**, so kann auch dann ein Teilurteil ergehen.

**Beispiel:** *Werden in einem Mietrechtsstreit sowohl Räumungsanspruch als auch Zahlungsanspruch verfolgt und ist die Beendigung des Mietverhältnisses nicht abhängig von dem Zahlungsrückstand, so kann durch Teilurteil über den Räumungsanspruch entschieden werden.*

Auch bei einer Widerklage ist es möglich, mit einem **Teilurteil** nur über die **Klage** oder nur über die **Widerklage** zu entscheiden, wenn Entscheidungsreife des einen oder des anderen Teils gegeben ist. Allerdings bleibt der **Erlass eines Teilurteils** gleichwohl gem. § 301 II ZPO in das **Ermessen des Gerichts** gestellt. Erachtet das Gericht den Erlass eines Teilurteils nach Lage der Sache nicht für angemessen, so kann ein Teilurteil auch unterbleiben.

Soll ein Teilurteil über einen **Teil eines einheitlichen Anspruchs** ergehen, der nach Grund und Höhe streitig ist, kann durch Teilurteil nur entschieden werden, wenn **zugleich ein Grundurteil über den restlichen Teil** des Anspruchs ergeht. Auch ansonsten darf ein Teilurteil nur ergehen, wenn es von der Entscheidung über den Rest des geltend gemachten prozessualen Anspruchs unabhängig ist, so dass die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen

ausgeschlossen ist. Dies gilt auch hinsichtlich sich widersprechender Entscheidungen im Instanzenzug.

Sind **mehrere Personen** verklagt, so kommt ein Teilurteil **bei Erforderlichkeit einer Beweisaufnahme nur nach dieser** in Betracht. Wegen der Einheitlichkeit des Verfahrens können die Beweise nur einmal erhoben und gewürdigt werden. Vor diesem Hintergrund muss sichergestellt sein, man hier nicht bezüglich einzelner Streitgenossen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommt.

Anders ist es nur dann, wenn ein Teil des Verfahrens, z.B. wegen des Fehlens der Voraussetzungen für eine objektive Klagehäufung nach § 260 ZPO, abgetrennt wird. Dann ist über diesen Teil selbständig zu entscheiden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn es um eine Frage geht, die sich auch hinsichtlich der anderen Ansprüche im weiteren Verfahren noch stellen wird.

## **B. Zulässigkeit eines Teilurteils über Vertragsbestand bei Antrag auf Feststellung von Leistungspflicht**

**Fall:** Die Parteien streiten über Ansprüche aus einer Berufsunfähigkeitszusatzversicherung zu einer Risikolebensversicherung.

Der Kläger stellte bei der Beklagten am 25.03.2006 einen Antrag auf Abschluss der genannten Versicherung. Die Beklagte nahm den Antrag an. Vertragsbeginn war der 01.04.2006. Die Versicherung läuft bis zum 31.03.2029. Aus der Berufsunfähigkeitszusatzversicherung besteht im Falle bedingungsgemäßer Berufsunfähigkeit Anspruch auf 700,- € monatliche Rente und Beitragsbefreiung (82,83 € monatlich). Am 06.10.2010 stellte der Kläger einen Leistungsantrag wegen Berufsunfähigkeit. Die Beklagte erklärte mit Schreiben vom 02.12.2010 den Rücktritt von der Berufsunfähigkeitszusatzversicherung und die Anfechtung des Vertrages in Bezug auf die Zusatzversicherung wegen arglistiger Täuschung.

Der Kläger hat daraufhin das Gericht angerufen und beantragt festzustellen, dass das zwischen den Parteien abgeschlossene Berufsunfähigkeitszusatzversicherungsvertragsverhältnis (Versicherungsscheinnummer ...) nicht durch Anfechtung gemäß Anfechtungsschreiben der Beklagten vom 02.12.2010 beendet worden ist, sondern zu unveränderten Vertragsbedingungen über den 02.12.2010 hinaus fortbesteht. Zudem hat er beantragt festzustellen, dass das zwischen den Parteien abgeschlossene Berufsunfähigkeitszusatzversicherungsvertragsverhältnis (Lebensversicherungsnummer ...) nicht durch Rücktritt vom Vertrag bzw. Vertragsanpassung beendet worden ist bzw. geändert worden ist, sondern zu unveränderten Vertragsbedingungen fortbesteht. Darüber hinaus hat der Kläger beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 18.900,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz zu verurteilen. Schließlich begehrte der Kläger noch die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, in Bezug auf den Berufsunfähigkeitszusatzversicherungsvertrag-Nr. ... ab dem 01.02.2013 künftig eine monatliche Berufsunfähigkeitszusatzrente in Höhe von derzeit 700,00 €, fällig zum Beginn eines Kalendermonats, bedingungsgemäß zu zahlen, längstens jedoch bis 31.03.2029.

Das Landgericht hat im Termin vom 20.08.2013 Beweis erhoben zu den Angaben des Klägers bei der Antragstellung. Es hat den Kläger persönlich angehört und seine Ehefrau sowie den Vertragsvermittler als Zeugen vernommen. Es hat dann am 24.09.2013 folgendes Teilurteil erlassen:

*Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien abgeschlossene Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherungsvertragsverhältnis mit Versicherungsschein-Nummer ... zu unveränderten Vertragsbedingungen fortbesteht.*

Durfte das Landgericht diese Entscheidung im Rahmen eines Teilurteils treffen?

Nach § 301 ZPO kann ein Teilurteil ergehen, wenn mit einer Klage mehrere Ansprüche geltend gemacht werden und nur ein Anspruch zur Entscheidung reif ist. Über einen Teil eines einheitlichen Anspruchs, der nach Grund und Höhe streitig ist, kann durch Teilurteil nur entschieden werden, wenn zugleich ein Grundurteil über den restlichen Teil des Anspruchs ergeht. Allerdings kann der Erlass eines Teilurteils unterbleiben, wenn es das Gericht nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet.

### **I. Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils**

*„**Voraussetzung** sowohl für den Erfolg der vom Kläger gestellten Feststellungsanträge zum Bestand des Vertragsverhältnisses als auch der Anträge auf Leistungen aus der Berufsunfähigkeitszusatzversicherung ist, dass das zwischen den Parteien **bestehende Vertragsverhältnis** betreffend die Berufsunfähigkeitszusatzversicherung **nicht durch die Anfechtung oder den Rücktritt der Beklagten beendet worden ist.***

*Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, welcher der Senat folgt, **darf ein Teilurteil nicht ergehen, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen** - auch infolge abweichender Be-*

urteilung durch das Rechtsmittelgericht - besteht. Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ist namentlich dann gegeben, wenn **in einem Teilurteil eine Frage entschieden** wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile **noch einmal stellt oder stellen** kann. Das gilt auch insoweit, als es um die Möglichkeit einer unterschiedlichen Beurteilung von bloßen Urteilelementen geht, die weder in Rechtskraft erwachsen noch das Gericht nach § 318 ZPO für das weitere Verfahren binden. Eine solche Gefahr besteht bei einer **Mehrheit selbstständiger prozessualer Ansprüche**, wenn zwischen den prozessual selbstständigen Ansprüchen eine **materiell-rechtliche Verzahnung** besteht oder die Ansprüche prozessual in ein Abhängigkeitsverhältnis gestellt sind (BGH, Urteil vom 11.05.2011, Az. VIII ZR 42/10, Rn. 13 und 14 bei juris). Im Falle der objektiven Klagehäufung von Leistungs- und Feststellungsansprüchen, die aus demselben tatsächlichen Geschehen hergeleitet werden, darf daher durch Teilurteil nur dann gesondert über einen oder nur einen Teil der Ansprüche entschieden werden, wenn zugleich ein Grundurteil über die restlichen Anspruchsteile ergeht (BGH, Urteil vom 05.12.2000, Az. VI ZR 275/99; Urteil vom 10.10.1991, Az. III ZR 93/90).“ (BGH aaO)

## **II. Anwendung auf den Fall**

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für ein Teilurteil hier vorliegen und sein Erlass angemessen erscheint.

„Die **Sachverhalte**, aus welchen die Feststellungs- und Leistungsansprüche hergeleitet werden, sind **trots der unterschiedlichen Streitgegenstände** von Feststellungs- und Leistungsklage (BGH, Urteil vom 16.01.2008, Az. XII ZR 216/05, Rn. 22 bei juris) **teilweise**, nämlich in Bezug auf den von der Beklagten erklärten Rücktritt und die Anfechtung, **identisch**. Der Streitgegenstand der Feststellungsanträge in Bezug auf den **Fortbestand des Vertrages** ist im Rahmen der auf Leistungen aus diesem Vertrag gerichteten Anträge **als Vorfrage erneut zu prüfen**. Eine rechtskräftige Entscheidung über die Feststellungsanträge wäre bindend für die Leistungsklage. Da aber Rechtskraft diesbezüglich nicht eingetreten ist, besteht die Bindungswirkung nicht. Es kann deshalb **in Bezug auf die Wirksamkeit von Anfechtung und Rücktritt** infolge abweichender Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht **zu widersprechenden Entscheidungen** kommen.

Auch wenn dies in der Praxis häufig nicht so gehandhabt wird, ist dem in der ersten Instanz **anhängig gebliebenen Verfahrensteil** während des Rechtsmittelverfahrens **grundsätzlich Fortgang** zu geben. Das Gericht darf die Fortsetzung des Rechtsstreits nicht mit der Begründung ablehnen, dass sich die Akten beim Rechtsmittelgericht befinden (Zöller, ZPO, 30. Auflage, Rn. 12 zu § 301). **Teilurteil und Schlussurteil sind selbstständig anfechtbar** und jeweils der Rechtskraft fähig. Die rechtzeitige Anfechtung des Teilurteils hemmt nicht den Eintritt der Rechtskraft des Schlussurteils (BGH, Beschluss vom 26.06.1986, Az. V ZB 15/86). Deshalb besteht bei der vom Landgericht gewählten Vorgehensweise die **Gefahr widersprechender Entscheidungen**.

Dieser Gefahr hätte das Erstgericht nur dadurch entgehen können, dass es zugleich ein **Grundurteil über die bei ihm weiterhin anhängigen Ansprüche auf Leistungen aus der Berufsunfähigkeitszusatzversicherung** erlassen hätte. Da dies nicht geschehen ist, erweist sich das Teilurteil als unzulässig.“ (BGH aaO)

**Pfändungs- und Überweisungsbeschluss**  
auf Grundlage eines Arrestbefehls

(BGH in NZM 2014, 511, Beschluss vom 09.07.2014 – VII ZB 9/13)

Eine **auf Grund eines Arrestes** gepfändete Forderung kann dem Gläubiger nicht zur Einziehung überwiesen werden. Einem gleichwohl erlassenen **Überweisungsbeschluss** kommt keinerlei Wirkung zu. Er ist nicht lediglich anfechtbar, sondern **nichtig**.

**A. Grundlagenwissen: Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss**

Wegen einer Geldforderung kann in nach §§ 828 ff. ZPO auch in Forderungen vollstreckt werden, die der Schuldner gegen Dritte hat. Hierzu ist sind ein Pfändungsbeschluss und ein Überweisungsbeschluss erforderlich, wobei beide meist zusammen als sog. Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ergehen (sog. PfÜB).

**I. Pfändungsbeschluss**

Zunächst ist es erforderlich, die Forderung zu beschlagnahmen und so der **Dispositions-befugnis des Schuldners zu entziehen**. Es ist daher nach § 828 ZPO ein Pfändungsbeschluss beim Vollstreckungsgericht zu beantragen, welches nach § 828 II ZPO (Beachte: nicht § 764 II ZPO) das Gericht des allgemeinen Gerichtsstands des Schuldners ist (vgl. §§ 13-18 ZPO).

Mit der Pfändung tritt die **Verstrickung der Forderung** ein und es entsteht ein **Pfändungspfandrecht** an der Forderung

Mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner ist nach § 829 III ZPO die Pfändung bewirkt, so dass auch das **Arrestatorium** greift. Danach wird dem Drittschuldner **untersagt, auf die Forderung an den Schuldner zu zahlen**. Unabhängig von der Höhe der Forderung, wegen der vollstreckt wird, ist - vorbehaltlich einer ausdrücklich erfolgenden Teilpfändung – stets die **gesamte Forderung**, in die vollstreckt wird, von der Pfändung umfasst. Der Drittschuldner darf also auch einen die Vollstreckungsforderung übersteigenden Betrag der gepfändeten Forderung nicht an den Schuldner auszahlen.

**Zahlt der Drittschuldner trotz der Pfändung** ganz oder teilweise an den Schuldner, so hat dies nach §§ 135,136 BGB gegenüber dem Gläubiger **keine schuldbefreiende Wirkung** und er kann die Zahlung nochmals vom Drittschuldner verlangen. Mit dem Inhibitorium wird der Schuldner verpflichtet, sich **sämtlicher Verfügungen über die Forderung zu enthalten**. Er **bleibt** jedoch weiterhin **Inhaber der Forderung**.

**II. Überweisungsbeschluss**

Mit dem Pfändungsbeschluss allein ist die Forderung bislang nur „eingefroren“, eine Befriedigung der Forderung, aus der vollstreckt wird, kann allein aus dem Pfändungsbeschluss nicht erfolgen. Der Gläubiger muss sich die Forderung noch nach § 835 ZPO überweisen lassen. Nur mit einem wirksamen Überweisungsbeschluss wird er berechtigt, die **fremde Forderung seines Schuldners gegen den Drittschuldner in eigenem Namen geltend zu machen**.

Die Überweisung ersetzt nach § 836 I ZPO die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist.

Mit Erlass des Überweisungsbeschlusses ist der Drittschuldner nunmehr gehalten, die Forderung gegenüber dem Gläubiger zu erfüllen. Mit Leistung an den Gläubiger tritt für den Schuldner nach § 362 BGB **Erfüllungswirkung** ein.

**III. Pfändbarkeit**

Grundsätzlich sind **alle Geldforderungen** pfändbar, außer solchen Forderungen, die auch **nicht abtretbar** sind (§ 851 ZPO).

**Unpfändbar** sind daher Ansprüche auf Zahlung des **Gewinnanteils bei der GbR** (§ 717 BGB), Ansprüche auf **Leistung von Sozialhilfe** (§ 17 I 2 SGB XII), **Pflichtteils-** und **Zugewinnausgleichsansprüche** vor Anerkenntnis oder Rechtshängigkeit (§ 852 ZPO).

## B. Pfändungs- und Überweisungsbeschluss auf Grundlage eines Arrestbefehls (vgl. BGH in NZM 2014, 511)

**Fall:** Das LG hat gegen die Schuldnerin einen Arrestbefehl erlassen, mit dem wegen eines Anspruchs der Gläubigerin i.H.v. 464.067 Euro zuzüglich Zinsen der dingliche Arrest in das Vermögen der Schuldnerin angeordnet worden ist. Auf Antrag der Gläubigerin hat das LG – soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse – die angeblichen Forderungen der Schuldnerin gegen die Drittschuldnerin zu 1 (im Folgenden: Drittschuldnerin) „aus den notariellen Angeboten“ des Notars D zum Abschluss von Grundstücksübertragungsverträgen vom 18. und vom 23.6.2005 „auf Übertragung des Eigentums“ an den darin näher bezeichneten Grundstücken gepfändet und der Gläubigerin zur Einziehung überwiesen. Gleichzeitig hat es angeordnet, dass die Grundstücke an den zu bestellenden Sequester herauszugeben und aufzulassen sind. Zu Recht?

### I. Rechtmäßigkeit des Pfändungsbeschlusses

#### 1. Auslegung des Antrags

Die Gläubigerin hat beantragt, die Ansprüche der Schuldnerin „aus den notariellen Angeboten“ zu pfänden. Dies ist dahingehend zu verstehen, dass damit der Anspruch aus den nach Annahme dieser Angebote zustande gekommenen Verträgen gepfändet werden soll.

#### 2. Rechtsgrundlage für den Pfändungsbeschluss

Fraglich ist, ob es sich bei diesen Ansprüchen auf Übertragung des Eigentums um sonstige Vermögensrechte nach § 857 ZPO handelt, für welche die Regelungen der §§ 828 ff. ZPO entsprechend anwendbar sind oder ob es um Ansprüche geht, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstand haben und bei denen sich die Vollstreckung nach § 846 ZPO richtet, der ebenfalls auf die §§ 829 ff. ZPO verweist.

*„Die Pfändung dieser Ansprüche richtet sich allerdings nicht – wie das BeschwGer. meint – nach § 857 ZPO, sondern nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Ansprüche, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstand haben, §§ 846 ff. ZPO. Der sogar durch eine Auflassungsvormerkung sicherbare, lediglich von der Annahme des Vertragsangebots durch den Schuldner abhängige Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem näher bezeichneten Grundstück kann gem. §§ 846, 848 I ZPO wirksam gepfändet werden (vgl. BGHZ 154, 64 [66 f.] = NJW 2003, 1858).“ (BGH aaO)*

Der Antrag der Gläubigerin auf Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ist nicht darauf gerichtet, das Recht der Schuldnerin zu pfänden, die Annahme der notariellen Vertragsangebote gegenüber der Drittschuldnerin zu erklären.

*„Der Senat kann den Antrag der Gläubigerin als Prozessklärung selbst auslegen (vgl. BGH, NJW-RR 1996, 1210 [1211] m.w.N.). Nach dem Wortlaut des Antrags sind **Gegenstand der zu bewirkenden Pfändung** lediglich die auf **Übertragung des Eigentums** an den näher bezeichneten Grundstücken gerichteten Ansprüche der Schuldnerin gegen die Drittschuldnerin. Der Antrag der Gläubigerin kann dagegen nicht erweiternd dahin ausgelegt werden, dass zugleich das Annahmerecht der Schuldnerin gepfändet werden sollte.*

*Für eine **Rechtspfändung nach § 857 ZPO** bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte. Das Recht, durch eine Willenserklärung einen Anspruch auf Übertragung des Grundstückseigentums zur Entstehung zu bringen, ist darüber hinaus nicht mit dem Eigentumsübertragungsanspruch gleichzusetzen, der dem Berechtigten nach Ausübung dieses Rechts zusteht. Die Pfändung des Eigentumsübertragungsanspruchs erfasst danach nicht ohne Weiteres auch das Recht des Schuldners, das Vertragsangebot der Drittschuldnerin anzunehmen und den Anspruch dadurch zum Entstehen zu bringen (vgl. BGHZ 154, 64 [67] = NJW 2003, 1858). Auf die vom BeschwGer. und von der Rechtsbeschwerde für erheblich gehaltene Frage, ob das **der Schuldnerin eingeräumte Recht**, ein notarielles **Vertragsangebot** zum Abschluss eines Grundstücksübertragungsvertrags **anzunehmen**, übertragbar und damit gem. § 851 I ZPO pfändbar ist, kommt es danach für die Entscheidung nicht an.“ (BGH aaO)*

#### 3. Pfändbarkeit des Eigentumsübertragungsanspruchs

Der Eigentumsübertragungsanspruch müsste pfändbar sein. Derartige Ansprüche können grundsätzlich gepfändet werden, allerdings könnte eine Pfändung hier nach § 851 ZPO ausgeschlossen sein.

*„Nach dieser Vorschrift ist eine Forderung in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung **nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist**. Davon ist im vorliegenden Fall auszugehen. Es handelt sich nicht um höchstpersönliche Ansprüche der Schuldnerin. Den Ansprüchen kommt die Eigenschaft als höchstpersönliche nicht deswegen zu, weil der Schuldnerin die **Ansprüche auf Übertragung des***

*Eigentums als Gegenleistung für die von ihr auf das Grundstück erbrachten Investitionen zugeordnet worden sind. Eine Zweckbindung der Eigentumsübertragungsansprüche, die ihre Übertragbarkeit nach § 399 Var. 1 BGB ausschließen würde, ist damit nicht verbunden. Ein **Abtretungshindernis** nach § 399 Var. 1 BGB ist im Übrigen **nicht gegeben**. Mit der Übertragung der Forderung, die auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtet ist, wird der Inhalt der Leistung nicht geändert. Beschluss vom 09.07.2014 – VII ZB 9/13.“ (BGH aaO)*

Die Pfändbarkeit der auf Übertragung des Eigentums an den bezeichneten Grundstücken gerichteten Ansprüche der Schuldnerin ist nicht nach § 851 I ZPO ausgeschlossen.

#### 4. Zwischenergebnis

Da sonstige Bedenken hinsichtlich der rechtlichen Voraussetzungen für den erlassenen Pfändungsbeschluss nicht vorliegen, ist dieser rechtmäßig ergangen.

## II. Rechtmäßigkeit des Überweisungsbeschlusses

Ein Überweisungsbeschluss setzt einen geeigneten Titel voraus. Fraglich ist, ob auf der Grundlage des Arrestbefehls ein Überweisungsbeschluss hätte ergehen dürfen.

*„Der Arrest dient ausschließlich der **Sicherung der Zwangsvollstreckung**, nicht jedoch der **Befriedigung des Gläubigers**. Demzufolge wird die Vollziehung des Arrestes in Forderungen durch Pfändung bewirkt, § 930 I 1 ZPO. Eine **Überweisung** einer auf Grund eines Arrestes gepfändeten Forderung ist dagegen **schlechthin ausgeschlossen**. Einem gleichwohl erlassenen Überweisungsbeschluss kommt keinerlei Wirkung zu. Er ist nicht lediglich anfechtbar, **sondern nichtig** (vgl. BGHZ 121, 98 [101] = NJW 1993, 735; BGHZ 68, 289 [292] = NJW 1977, 1199).“ (BGH aaO)*

(BGH in NJW 2014, 2968; Urteil vom 29.07.2014 – 5 StR 46/14)

Ein von einem bestellten Betreuer gestellter Strafantrag ist auch ohne ausdrückliche Er-streckung des Aufgabenkreises auf eine Strafantragstellung wirksam, wenn sich die Not-wendigkeit einer gesetzlichen Betreuung gerade aus der Aufdeckung möglicher straf-rechtlich relevanter Vorwürfe ergibt.

**Fall:** Der Angekl. hatte eine Vorsorgevollmacht, die ihm von seiner demenzkranken Tante B erteilt worden war, dazu benutzt, erhebliche Teile ihres Vermögens für seine privaten Zwecke zu verbrauchen. Vom LG wurde er hierfür wegen Untreue verurteilt. In der Revision rügte der Angeklagte u. a., dass es an einem wirksamen Strafantrag gefehlt habe. Der Strafantrag gegen ihn war nämlich nicht von der Geschädigten selbst, sondern von deren Betreuer gestellt worden. Dieser war zuvor vom AG zum vorläufigen Betreuer der T mit den Aufgabenkreisen Gesundheits-sorge, Aufenthaltsbestimmung, Vermögenssorge, Vertretung gegenüber Ämtern und Behörden, Entgegennahme und Öffnen der Post bestellt worden.

**Fraglich ist, ob der von dem Betreuer gestellte Strafantrag wirksam ist.**

- I. Der Betreuer war nach **§ 77 III StGB** berechtigt, als derjenige, dem die Sorge für die Person Bs zusteht, einen Strafantrag gem. §§ 247, 266 II StGB zu stellen. Einer **ausdrücklichen Zuweisung der Strafantragsbefugnis bedurfte es** angesichts der ihm übertragenen Aufga-benkreise im vorliegenden Fall **nicht**.

*„Letztlich kann dahinstehen, ob bei Übertragung derart weitreichender Aufgabenkreise, die neben den Bereichen der Vermögenssorge und der Antragstellung gegenüber Behörden auch weitgehende persönliche Belange betref-fen, die Strafantragsbefugnis nach § 247 StGB gesondert übertragen werden muss (so aber z. B. OLG Karlsruhe NStZ-RR 2014, 143; OLG Celle NStZ 2012, 702; OLG Köln wistra 2005, 392; a. A. LG Ravensburg FamRZ 2001, 937). Denn im vorliegenden Fall **ergab sich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Betreuung gerade aus der Aufdeckung möglicher Untreuevorwürfe**. Die Klärung und Entscheidung der dringlich gewordenen Frage, wel-che Maßnahmen im Einzelnen zu ergreifen sind, so auch, ob im Namen der Betreuten ein Strafantrag zu stellen ist, war demgemäß Teil des objektiven Betreuungsbedarfs der B.“ (BGH aaO)*

- II. Der im Betreuungsrecht geltende **Erforderlichkeitsgrundsatz** steht hier der Annahme der Strafantragsbefugnis nicht entgegen. Nach § 1896 II 1 BGB darf ein Betreuer nur für Aufga-benkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Ob und für welche Aufga-benbereiche ein Betreuungsbedarf besteht, ist auf Grund der **konkreten, gegenwärtigen Le-benssituation des Betroffenen** zu beurteilen (vgl. BGH NJW-RR 2011, 1506; MüKo-BGB/Schwab, 6. Aufl., § 1896 Rn. 39, 41; Palandt/Götz, BGB, 73. Aufl., § 1896 Rn. 10).

*„Die Regelung verlangt aber nicht, dass bei der Bestimmung der jeweiligen Aufgabenkreise die einzelnen Besor-gungen, die dem Betreuer zukommen, insbesondere die Rechtsgeschäfte, die er abzuschließen hat, gesondert bezeichnet werden müssen (vgl. RegE, BT-Drs. 11/4528, 58 [121]). Daraus folgt, dass die **Strafantragsbefugnis sich grds. aus bestimmten Aufgabenkreisen ergeben kann**, die sich auch aus einem möglicherweise verletzten Rechtsgut ableiten lassen (vgl. auch MüKo-BGB/Schwab, § 1896 Rn. 100).“ (BGH aaO)*

- III. Auch die **Höchstpersönlichkeit des Strafantragsrechts gebietet eine ausdrückliche Übertragung der Befugnis** nach § 77 III StGB auf den Betreuer **nicht**.

*„Der Strafantrag ist ein an ein Strafverfolgungsorgan gerichtetes **förmliches Verlangen, eine bestimmte Straftat zu verfolgen** (vgl. BGH GA 1957, 17; LK/Schmid, § 77 Rn. 6; Meyer, Zur Rechtsnatur und Funktion des Strafan-trags, 1984, 1). Die Entscheidung darüber, ob eine Tat im Hinblick auf den von § 247 StGB geschützten Familien-frieden vom Verletzten als nicht strafwürdig hingenommen werden soll, ist zwar **höchstpersönlicher Natur**, sie steht aber nicht mit den gänzlich betreuungsfeindlichen höchstpersönlichen Rechten wie den Rechten auf Ehe-schließung und auf Errichtung eines Testaments auf einer Stufe, bei denen weder eine Vertretung in der Erklärung und im Willen noch ein Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 II BGB zulässig ist. Dies folgt schon daraus, dass die **Strafantragsbefugnis bei nicht voll geschäftsfähigen Personen vom gesetzlichen Vertreter (§ 77 III StGB) wahrgenommen wird**.“ (BGH aaO)*

- IV. Der sich in der konkreten Lebenssituation ergebende **Betreuungsbedarf** der B umfasste auch die Geltendmachung und Durchsetzung ihrer sich aus den etwaigen Untreuehandlungen des Angekl. ergebenden Rechte, einschließlich der Wahrnehmung ihrer Verletztenrechte nach §§ 77 I, 247 StGB.

*„Zum **Zeitpunkt der Bestellung des vorläufigen Betreuers** stand der Angekl. im Verdacht, Gelder vom Konto der B veruntreut zu haben. Aus diesem Grund hat Rechtsanwalt S in seiner Funktion als Kontrollbetreuer nach § 1896 III BGB die Vorsorgevoll-macht widerrufen; er wurde im Wege der einstweiligen Anordnung als vorläufiger Betreuer eingesetzt. Die zum Zeitpunkt der*

*Einrichtung der Betreuung dringlich gewordene Entscheidung, ob der Angekl. wegen der aufgedeckten Vorwürfe strafrechtlich verfolgt werden solle, konnte nach § 77 III StGB nur durch einen Vertreter in persönlichen Angelegenheiten getroffen werden. Als solcher Vertreter wurde Rechtsanwalt S eingesetzt und dabei mit umfassenden vermögensrechtlichen und persönlichen Befugnissen (u. a. Vermögenssorge, Vertretung gegenüber Behörden, Entgegennahme und Öffnen der Post) ausgestattet. Dies zielte ersichtlich auch darauf ab, ihm zu ermöglichen, auch das Strafantragsrecht gem. §§ 77 III, 247 StGB wahrzunehmen und die Schadensersatzansprüche der B (z. B. § 823 II BGB i. V. m. § 266 I StGB) umfassend, etwa durch Rückgriff auf strafrechtliche Ermittlungsergebnisse, geltend zu machen oder vermögensrechtliche Interessen mit den Mitteln des Strafverfahrensrechts (etwa Sicherung der Ansprüche nach § 73 I 2 StGB, § 111 b V StPO oder Inanspruchnahme des Adhäsionsverfahrens nach §§ 403 ff. StPO) zu verfolgen.“ (BGH aaO)*

- V. Für die Wirksamkeit des Strafantrags **kommt es schließlich nicht auf einen etwaigen entgegenstehenden natürlichen oder mutmaßlichen Willen der Betreuten** an. Ob der Betreuer bei Antragstellung dem Wohl und den Wünschen der demenzkranken B, insbesondere im Hinblick auf die Wahrung des Familienfriedens gerecht geworden ist, war deshalb nicht zu entscheiden; dass ein potenzieller Strafverfolgungswille des Betreuten nicht ermittelbar ist, führt auch nicht zu einem (dauerhaften) Verfahrenshindernis.

*„Zwar hat ein Betreuer nach § 1901 II 2 BGB den **Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dem nach § 1901 II 1 BGB maßgebenden Wohl des Betreuten nicht zuwiderläuft**. Diese **Bindung des Betreuers gilt aber nur im Innenverhältnis zum Betreuten**; die Rechtsmacht des Betreuers, für den Betreuten zu handeln, wird durch sie nicht beschränkt (vgl. BGHZ 176, 262 = NJW 2008, 2333; Palandt/Götz, § 1901 Rn. 2 und § 1902 Rn. 1; MüKo-BGB/Schwab, § 1901 Rn. 20; vgl. zur Ausnahme bei Missbrauch der Vertretungsmacht MüKo-BGB/Schwab, § 1902 Rn. 16). Mit der Stellung eines Strafantrags setzt der Betreuer – anders als bei Entscheidungen über ärztliche Heilmaßnahmen nach der spezielleren Pflichtenregelung des § 1901 a II BGB (vgl. BGHZ 154, 205 = NJW 2003, 1588 = NSTz 2003, 477; Staudinger/Bienwald, BGB, Neubearb. 2013, § 1901 a Rn. 7) – keine im Voraus getroffene Entscheidung des Verletzten um, sondern nimmt nach § 77 III StGB die Befugnis des Betreuten wahr (vgl. BGH, BGHR StGB § 77 Abs. 3 Antragsrecht 1 = BeckRS 1993, 31090627; LK/Schmid, § 77 Rn. 43). Er ist damit auch bei dieser höchstpersönlichen Entscheidung nach §§ 77 III, 247 StGB nicht nur Willensbote, sondern trifft als **Vertreter im Willen** (vgl. SK-StGB/Rudolphi/Wolter, 8. Aufl., § 77 Rn. 8 f.) eine eigene Entscheidung für den Betreuten.“ (BGH aaO)*

1. Der **Regelungsumfang einer Baugenehmigung** hinsichtlich der mit ihr zugelassenen Art der Nutzung einschließlich ihrer Variationsbreite bzw. ihrer Zweckbestimmung richtet sich nach der **Bezeichnung des Vorhabens in der Genehmigung** sowie den weiteren Regelungen im Genehmigungsbescheid, **den Bauvorlagen** und sonstigen **in Bezug genommenen Unterlagen**.
2. § 80 a I Nr. 2 VwGO ist eine **eigenständige verfahrensrechtliche Grundlage** zum Schutz und zur realen Durchsetzung der aufschiebenden Wirkung. Sie tritt gleichberechtigt **neben die rechtsgebietspezifischen behördlichen Anordnungsbefugnisse**.
3. Für den Erlass einer Sicherungsmaßnahme nach § 80 a III, I Nr. 2 VwGO kommt es in der Regel **allein auf die Frage** an, ob dem **Rechtsbehelf** des Ast. **aufschiebende Wirkung** zukommt. Eine **Interessenabwägung** ist **regelmäßig nicht geboten**.
4. Bei der **Auswahl einstweiliger Sicherungsmaßnahmen** nach § 80 a III, I Nr. 2 VwGO und ihrem konkreten Inhalt steht dem **Verwaltungsgericht** eine **Gestaltungsbefugnis** zu. In deren Ausübung kann es zur Wahrung gegenläufiger öffentlicher Interessen geboten sein, einstweilige Sicherungsmaßnahmen nicht unmittelbar mit Erlass des gerichtlichen Beschlusses wirksam werden zu lassen, insbesondere um Rechte Dritter zu wahren, die am Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nicht beteiligt sind.

**Fall:** Der Beigel. zu 1 beantragte bei der Ag. eine Baugenehmigung für die Aufstockung einer Wohnheimkapazität von 51 auf 68 Plätze für ein bisheriges Lehrlingswohnheim, das als Gemeinschaftsunterkunft für Asylbewerber genutzt werden soll. Eine entsprechende Baugenehmigung wurde erteilt. Hiergegen wandten sich die Ast. mit ihrer Klage und beantragten die Anordnung der aufschiebenden Wirkung, welche vom VG gewährt wurde. Da die Beigel. die Unterkunft aber gleichwohl für die Unterbringung von Asylbewerbern nutzte, beantragte die Ast. beim VG die Nutzungsuntersagung. Der Beigel. zu 1 ist der Auffassung, dass dies nicht zulässig ist, da gar keine Nutzungsänderungsgenehmigung beantragt worden sei, so dass sich auch der angeordnete Suspensiveffekt der Klage gegen die erteilte Baugenehmigung hierauf nicht beziehen könne.

Dem kam das Verwaltungsgericht nach und untersagte die Nutzung. Zu Recht?

## I. Inhalt der Baugenehmigung

Fraglich ist, ob die Baugenehmigung nach der Formulierung bei ihrer Beantragung nur die Aufstockung der Wohnheimkapazität zum Gegenstand hat oder auch die Nutzungsänderung.

*„Der **Regelungsumfang einer Baugenehmigung** hinsichtlich der mit ihr zugelassenen Art der Nutzung einschließlich ihrer Variationsbreite bzw. ihrer Zweckbestimmung richtet sich nach der **Bezeichnung des Vorhabens in der Genehmigung** sowie den **weiteren Regelungen im Genehmigungsbescheid**, den **Bauvorlagen** und sonstigen **in Bezug genommenen Unterlagen** (vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 25.10.2002 – 5 S 1706/01; VGH München, BauR 2014, 233=BeckRS 2013, 56905). Er kann damit wesentlich auch durch den Bauantrag mitbestimmt werden, insbesondere wenn der Bauherr selbst nur einen engen Rahmen zulässiger Nutzungen zur Genehmigung stellt und damit das Vorhaben eingrenzt.*

*Denn der Beigel. zu 1, dem als Bauherrn die inhaltliche Umschreibung und Umgrenzung des Vorhabens obliegt, dessen Durchführung begehrt wird (BVerwG, NJW 1981, 776 – zu § 29 BauGB; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2011, 754 [756] – zu § 49 BWBauO; Reidt in Battis/ Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 29 Rn. 6), hat mit seinem Bauantrag von 11.06.2012 ausdrücklich die „**Umnutzung bestehendes Wohn- und Bürogebäude mit Lagerräumen und Gemeinschaftsunterkünften zur Unterbringung von Personen nach dem Flüchtlingsaufnahmegesetz (Asylbewerber)**“, also nicht etwa allein die Erhöhung der Anzahl von Wohnheimplätzen beantragt. Dem entsprechend wurde ihm durch die Ag. – sprachlich aber nicht inhaltlich abweichend – eine **Nutzungsänderung** „Wohnheim mit Werkstatt und Schulungsräumen **in Gemeinschaftsunterkunft für Asylbewerber** sowie Büros mit Lagerräumen“ **genehmigt**.“ (VGH Mannheim aaO)*

Damit bezieht sich die Baugenehmigung inhaltlich auch auf die beantragte Nutzungsänderung.

## II. Umfang der Sicherungsmaßnahmen

Die Sicherungsmaßnahmen dürfen nur soweit gehen, wie die Ast. vom Suspensiveffekt geschützt werden. Eine vollständige Nutzungsuntersagung könnte daher über das Maß hinausgehen, welches von der angefochtenen Entscheidung vorgegeben wird, da die Nutzung als Lehrlingsheim zuvor genehmigt worden war. Es kommt also darauf an, ob diese Nutzungsge-  
nehmigung noch fortwirkt.

### 1. Begriff der Nutzungsänderung

Eine **Nutzungsänderung im bauordnungsrechtlichen Sinne** liegt vor, wenn der Anlage – wenigstens teilweise – eine neue, d.h. andere Zweckbestimmung gegeben wird (Sauter, BWBauO, Stand: März 2010, § 2 Rn. 129). Der **bauplanungsrechtliche Begriff der Nutzungsänderung** hingegen erweist sich als enger, weil er bodenrechtlichen Bezug hat (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2012, 919 [920 f.]).

*„Eine Nutzungsänderung i.S.d. § 29 I BauGB liegt mithin vor, wenn die **Variationsbreite der genehmigten Nutzung verlassen** wird und dadurch bodenrechtliche Belange neu berührt werden können (BVerwG, NVwZ 1991, 264; BVerwGE 138, 166 = NVwZ 2011, 269; BVerwG, NVwZ 2011, 748; Beschl. v. 07.11.2002 – 4 B 64/02, BeckRS 2003, 20062 = BRS 66 Nr. 70; VGH Mannheim, NJOZ 2013, 188 = ZfBR 2013, 60 = NVwZ-RR 2013, 93 Ls. = BeckRS 2012, 59361). Die Variationsbreite einer genehmigten Nutzung wird überschritten, wenn das **bisher charakteristische Nutzungsspektrum erweitert** wird (BVerwG, Urt. v. 27.08.1998 – 4 C 5/98, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 190, S. 64 = NVwZ 1999, 524). Bodenrechtliche Belange können berührt sein, wenn der **neuen Nutzung unter städtebaulichen Gesichtspunkten eine andere Qualität** zukommt (BVerwG, NVwZ-RR 2000, 758), für die neue Nutzung weitergehende bodenrechtliche Vorschriften gelten als für die alte oder wenn sich die Zulässigkeit der neuen Nutzung zwar nach derselben bodenrechtlichen Vorschrift bestimmt, nach dieser Vorschrift aber anders zu beurteilen sein kann als die frühere Nutzung (BVerwG, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 155 = NVwZ 1993, 1184), oder wenn die **geänderte Nutzung für die Nachbarschaft erhöhte Belastungen mit sich bringt** (vgl. BVerwG, Beschl. v. 07.11.2002 – 4 B 64/02, BeckRS 2003, 20062 = BRS 66 Nr. 70). **Keine Nutzungsänderung i.S.d. § 29 I BauGB** ist die **bloße Intensivierung der Nutzung** durch Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ohne Einfluss des Bauherrn (BVerwG, NVwZ 1999, 417; Beschl. v. 11.07.2001 – 4 B 36/01, BeckRS 2001, 16367 = BRS 64 Nr. 73).“* (VGH Mannheim aaO)

### 2. Vorliegen einer genehmigungsbedürftigen Nutzungsänderung

#### a) bauordnungsrechtliche Nutzungsänderung

Es kommt daher darauf an, ob die Variationsbreite der bisherigen, bestandskräftig genehmigten Nutzung mit der Nutzung des Gebäudes als Gemeinschaftsunterkunft für Asylbewerber überschritten wird. Eine Nutzungsänderung könnte vorliegen, wenn dem Gebäude eine relevante neue Zweckbestimmung dadurch gegeben wird, dass es nicht mehr als „Lehrlingswohnheim“ genutzt wird.

*„Der Bereich der vom Bauherrn mit seinen Genehmigungsanträgen selbst vorgegebenen, bisherigen Zweckbestimmung wird verlassen. Den Baugenehmigungen ist nicht zu entnehmen, dass die Eingrenzung „**internatsmäßiges Lehrlingswohnheim**“ (Baugenehmigung v. 06.11.1975) bzw. „Lehrlingswohnheim“ (Baugenehmigung v. 18.05.1992) lediglich die damals konkret beabsichtigte Nutzung beschreiben, die zur Genehmigung gestellte Nutzungsart aber eine darüber hinausgehende Variationsbreite sonstiger Nutzungen umfassen sollte.“* (VGH Mannheim aaO)

#### b) bauplanungsrechtliche Nutzungsänderung

Es könnte zudem auch eine Nutzungsänderung i.S.v. § 29 I BauGB vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der bisherigen Nutzung abweichend von der nunmehr zur Genehmigung gestellten Nutzung zu beurteilen sein könnte, weil sie bodenrechtliche Belange neu berührt.

*„Ausgehend von der dem Beigel. zu 1 am 06.11.1974 erteilten Baugenehmigung ergibt sich die **mögliche Berührung bodenrechtlicher Belange** bereits daraus, dass das Vorhaben „Einrichtung einer Berufsfördermaßnahme durch den Caritas-Verband für Württemberg – Einbau eines internatsmäßigen Lehrlingsheims“ „unter Befreiung von § 30 BBauG i.V.m. § 8 BauNVO“ genehmigt worden ist. Denn eine – teilweise – **neue Zweckbestimmung** des Vorhabens, wie sie hier getroffen worden ist (s. I.2.b. aa), ist **immer geeignet**, für die **Ausübung des Befreiungsermessens** aus § 31 II BauGB **neue wesentliche Umstände** aufzuwerfen. Dabei ist es ohne Belang, ob für das neue Vorhaben ein anderer Befreiungstatbestand (§ 31 II Nrn. 1 - 3 BauGB) eingreift. Denn die von der Behörde geforderte **Ermessensentscheidung unterscheidet sich deutlich von dem zu prüfenden Tatbestand** (vgl. BVerwG, Beschl. v. 28.04.2008 – 4 B 16/08, BeckRS 2008, 34930 = BRS 73 208, Nr. 69 Rn. 7). Ebenso ist es uner-*

*heblich, ob die Rechtmäßigkeit einer Befreiung, die der Senat hinsichtlich der geplanten Nutzungsänderung sehr kritisch sieht (VGH Mannheim, Beschl. v. 17.12.2013 – 8 S 2350/13), tatsächlich anders zu beantworten ist als bei der 1975 erteilten Befreiung. Denn eine Nutzungsänderung i.S.d. § 29 I BauGB liegt bereits dann vor, wenn die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit möglicherweise abweichend zu beurteilen ist.“ (VGH Mannheim aaO)*

Die neue, aufgenommene Nutzung verlässt die Variationsbreite der ursprünglich genehmigten Nutzung und stellt sich damit als genehmigungspflichtige Nutzungsänderung im Sinne sowohl des Bauordnungsrechts (§§ 49, 2 XII, 50 II BWBauO) als auch des Bauplanungsrechts (§ 29 I BauGB) dar. Die Baugenehmigungen vom 06.11.1975 und 18.05.1992 legalisieren die Nutzung des Gebäudes des Beigel. zu 1 als Gemeinschaftsunterkunft für Asylbewerber daher nicht, und zwar auch nicht teilweise.

*„Zudem unterscheidet sich die jetzt zur Genehmigung gestellte Nutzung als Gemeinschaftsunterkunft für Asylbewerber bauplanungsrechtlich erheblich von der bislang genehmigten Nutzung als „Lehrlingswohnheim“. [wird ausgeführt]“ (VGH Mannheim aaO)*

Die Nutzung des Gebäudes des Beigel. zu 1 als Gemeinschaftsunterkunft für Asylbewerber stellt sich sowohl im bauordnungsrechtlichen wie auch im bauplanungsrechtlichen Sinne als eine Änderung der bislang genehmigten Nutzung als „Lehrlingswohnheim“ und ist diese deshalb auch genehmigungsbedürftig.

### 3. weitere Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmaßnahmen

Umfasst die Baugenehmigung nach der vorstehenden Prüfung also auch die Nutzungsänderung, so erstreckt sich der angeordnete Suspensiveffekt auch auf diese. Die geänderte Nutzung dürfte daher bis zum rechtskräftigen Abschluss des gerichtlichen Verfahrens nicht realisiert werden. Ist dies gleichwohl – wie hier – der Fall, so kann das Gericht nach § 80a III, I Nr. 2 VwGO entsprechende Maßnahmen zur Sicherung des Dritten treffen, der von dem Suspensiveffekt begünstigt wird.

Fraglich ist allerdings, ob und in welchem Umfang hier eine erneute Interessenabwägung vor Erlass von Sicherungsmaßnahmen zu erfolgen hat.

#### a) Prüfung der Voraussetzungen für eine Nutzungsuntersagung

Da eine Nutzungsuntersagung auch baurechtlich geregelt ist, stellt sich die Frage, ob das Gericht bei der Entscheidung über Sicherungsmaßnahmen nach § 80 a I Nr. 2 VwGO auch die Voraussetzungen einer entsprechenden Ermächtigungsgrundlage zu berücksichtigen hat.

*„[Das] VG hat zutreffend entschieden, dass der **Erlass einer Sicherungsmaßnahme** i.S.d. § 80 a I Nr. 2 VwGO **nicht davon abhängt**, ob die Voraussetzungen des § 65 S. 2 BWBauO erfüllt sind. Denn § 80 a I Nr. 2 VwGO ist eine **eigenständige verfahrensrechtliche Grundlage** zum Schutz und zur realen Durchsetzung der aufschiebenden Wirkung (Funke-Kaiser in Bader u.a., VwGO, 5. Aufl. 2010, § 80 a Rn. 21; Schoch in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: August 2012, § 80 a Rn. 40; Gersdorf in Posser/Wolff, BeckOK VwGO, Stand: 01.10.2013, § 80 a Rn. 27; Eyermann/Schmidt, J., VwGO, 13. Aufl. 2010, § 80 a Rn. 10; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 80 a Rn. 14). Diese Regelungsmöglichkeit tritt **gleichberechtigt neben die rechtsgebietsspezifischen behördlichen Anordnungsbefugnisse** (BVerwGE 89, 357 [362] = NVwZ 1992, 570; auch: BVerwG, NVwZ 2012, 570 Rn. 6 = LKV 2012, 174).“ (VGH Mannheim aaO)*

#### b) Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Allerdings könnten, ähnlich wie bei der Entscheidung nach § 80 V VwGO, die Erfolgsaussichten in der Hauptsache entscheidungsrelevant sein.

*„§ 80 a I Nr. 2 VwGO vermittelt einen **von der materiell-rechtlichen Rechtslage unabhängigen verfahrensrechtlichen Schutz**. Es steht hier die Durchsetzung der gerichtlich angeordneten aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs, also die **Sicherstellung der Effektivität des gewährten Rechtsschutzes**, nicht aber die Realisierung eines materiellen verwaltungsrechtlichen Anspruchs inmitten. Einstweilige Sicherungsmaßnahmen gegenüber der Missachtung der aufschiebenden Wirkung dienen der Wahrung des mit Widerspruch bzw. Anfechtungsklage verfolgten Abwehrrechts z.B. gegen die erteilte Genehmigung, nicht jedoch der Durchsetzung eines materiell-rechtlichen Anspruch auf behördliches Einschreiten (Schoch in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Aug. 2012, § 80 a Rn. 40). Der gegenteiligen Auffassung, die Sicherungsmaßnahmen nach § 80 a I Nr. 2 VwGO nur bei hinreichenden Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache für gerechtfertigt sieht (s. VGH Mannheim, Beschl. v. 03.08.1995 – 3 S 1078/95, BeckRS 1996, 20747 = ESVGH 46, 29; Beschl. v. 22.10.2007 – 6 S 2237/07; OVG Berlin, NVwZ-RR 1993, 458; OVG Weimar, LKV 1994, 110 [113] = NVwZ 1994, 508 Ls.),*

vermag sich der Senat jedenfalls für den Fall nicht anzuschließen, dass **bereits eine gerichtliche Entscheidung über die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs ergangen** ist. Sie übersieht, dass hier die Rechte des Dritten zu schützen sind, die bei Nichtbeachtung der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs bedroht sind (so auch: OVG Münster, OVG 48, 93 = NVwZ-RR 2001, 297), und dass die **Missachtung der aufschiebenden Wirkung per se ein rechtswidriges Verhalten** darstellt (Puttler in Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80 a Rn. 36). Allein dies rechtfertigt eine auf die Effektivierung der aufschiebenden Wirkung gerichtete gerichtliche Anordnung (OVG Münster, Beschl. v. 06.08.2013 – 8 B 829/13, BeckRS 2013, 55364 = DÖV 2013, 952 Ls.; auch: VGH Kassel, NVwZ-RR 2003, 345 f.). Maßnahmen, die gegen eine **umfassende gerichtliche Aussetzung der sofortigen Vollziehbarkeit** (hier nach § 212 a I BauGB) verstoßen, sind zur Sicherung der Rechte des Rechtsbehelfsführers auf dessen Antrag hin grundsätzlich zu untersagen, **ohne dass es darauf ankommen kann, ob ein gegenläufiges öffentliches Interesse besteht** (vgl. Christ, jurisPR-BVerwG, Stand: 11/2012, Anm. 5 u. C.). Da die Gerichte bei der Entscheidung, ob die aufschiebende Wirkung eines Nachbarwiderspruch gegen eine Baugenehmigung anzuordnen ist, eine **umfassende Interessenabwägung** vorzunehmen haben, bei der sowohl die öffentlichen als auch die betr. privaten Interessen zu berücksichtigen sind und bei der die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs eine wesentliche Rolle spielen, ist es **nicht gerechtfertigt**, diese **Interessenabwägung erneut vorzunehmen**, wenn wegen der Nichtbeachtung der aufschiebenden Wirkung der Erlass einer einstweiligen Sicherungsmaßnahme anzuordnen ist. Die Änderung von Umständen, die eine abweichende Interessenabwägung zur aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs rechtfertigen könnten, ist nach den Vorgaben des § 80 VII 2 VwGO geltend zu machen.“ (VGH Mannheim aaO)

Daher kommt es für den Erlass einer Sicherungsmaßnahme nach § 80 a III, I Nr. 2 VwGO allein auf die Frage an, ob dem Rechtsbehelf der Ast. aufschiebende Wirkung zukommt. Dies ist nach deren Anordnung durch das Gericht der und die Ablehnung eines Abänderungsantrags nach § 80 VII 2 VwGO der Fall. Auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache kommt es nach den obigen Ausführungen nicht an.

### III. Ergebnis

Das Gericht durfte Sicherungsmaßnahmen erlassen.

„Bei der **Auswahl** einstweiliger Sicherungsmaßnahmen nach § 80 a III, I Nr. 2 VwGO und ihrem konkreten Inhalt steht dem VG eine **Gestaltungsbefugnis** zu (zu § 123 III VwGO, § 938 ZPO: VGH Mannheim, Beschl. v. 22.01.1992 – 6 S 2781/91, FEVS 43, 410 [414]; auch: Schoch in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Aug. 2012, § 80 a Rn. 41 a, 55; sowie: Puttler in Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 123 Rn. 109). Bei ihrer Ausübung sind das **Interesse desjenigen**, dem die **aufschiebende Wirkung** seines Rechtsbehelfs **zugute kommt**, seine prozessuale Rechtsposition durchzusetzen, etwa davon **abweichende öffentliche Interessen** sowie das **private Interesse des durch den** – in seiner Vollziehung suspendierten – **Verwaltungsakt Begünstigten**, entgegen den prozessrechtlichen Vorgaben von dem Verwaltungsakt Gebrauch zu machen, in den Blick zu nehmen.

[Bei] einer Entscheidung über den Erlass von Sicherungsmaßnahmen [ist] eine **mögliche Unzumutbarkeit** einer solchen Maßnahme gegenüber der Behörde und eine **mögliche Unverhältnismäßigkeit** der Maßnahme gegenüber dem von dem Verwaltungsakt Begünstigten oder weiteren, nicht am Verfahren bet. Grundrechtsberechtigten **zu prüfen**. Solche Umstände können dem Erlass von Sicherungsmaßnahmen allerdings **nur in atypischen Ausnahmefällen** entgegenstehen. Denn **in aller Regel** ist es **nicht unzumutbar**, die **geltende Rechtslage** – also hier die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs – **zu akzeptieren**.

Die von der Ag. und dem Beigel. zu 1 mit ihren Beschwerden geltend gemachte „Unterbringungsnot“ für Asylbewerber im R.-Kreis kann – jedenfalls derzeit – keinen atypischen Ausnahmefall begründen, der bereits dem Erlass der begehrten einstweiligen Maßnahme zur Sicherung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs der Ast. entgegenstehen oder die Einräumung einer langen Frist zum Erlass einer Nutzungsuntersagungsverfügung rechtfertigen könnte. [wird ausgeführt]“ (VGH Mannheim aaO)

(OVG Bremen in NVwZ-RR 2014, 849; Urteil vom 15.04.2014 – 1 A 104/12)

1. Die Anordnung einer **Abschleppmaßnahme** durch die Ortspolizeibehörde kann auch dann auf einen so genannten **Sofortvollzug** nach § 11 II BremVwVG gestützt werden, wenn der **Verkehrsverstoß** in der Nichtbefolgung eines von der Straßenverkehrsbehörde aufgestellten **Verkehrszeichens** besteht.
2. Der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** verlangt im Hinblick auf die Anordnung von Abschleppmaßnahmen in der Regel eine Abwägung der wesentlichen Umstände des Einzelfalles. Diese Abwägung entfällt nicht deswegen, weil der Betroffene ein mit dem Zeichen 283 angeordnetes absolutes Halteverbot nicht befolgt.

**Fall:** Die Kl. wandte sich gegen ihre Heranziehung zu den Kosten einer Abschleppmaßnahme. Sie parkte ihr Fahrzeug mit dem amtlichen Kennzeichen X. am 30.11.2005 mindestens in der Zeit von 9:59 Uhr bis 10:40 Uhr in der Straße F.-Feld im B.-St.-Viertel im absoluten Halteverbot; zudem teilweise aufgesetzt auf dem Gehweg. Die örtlichen Gegebenheiten zeichnen sich dadurch aus, dass es sich bei der Straße F.-Feld um eine Einbahnstraße handelt, an deren Ende, kurz bevor sie in die H.-Straße mündet, die Einfahrt aus Richtung H.-Straße zum Zwecke der Zufahrt in eine Tiefgarage erlaubt ist. Hierfür befindet sich aus Richtung H.-Straße ein Verbotsschild für Fahrzeuge aller Art (Zeichen 250), unter dem das Zusatzzeichen „Zufahrt zur Tiefgarage frei“ angebracht wurde. Hierunter befindet sich ein absolutes Halteverbot (Zeichen 283). Die Kl. befuhr die Straße F.-Feld von der Straße Vor dem St.-Tor aus, in der sie damals wohnte. Noch vor dem Verbotsschild wendete sie ihren Wagen in einer Einfahrt und parkte ihren Wagen gegenüber der Hausnr. 29 an der – aus ihrer Sicht – rechten Fahrbahnseite und teilweise auf dem Gehweg. Ein Verkehrsüberwacher veranlasste das Abschleppen des Fahrzeugs mit dem Abschleppgrund „Parken im Halteverbot“. Aus dem Einzelfallausdruck des Stadtamts B. ergibt sich als Tatvorwurf „Parken im Halteverbot 283“, „Parken verbotswidrig auf der linken Fahrbahnseite“ und „Parken verbotswidrig auf dem Gehweg“.

Mit Kostenfestsetzungsbescheid vom 24.01.2006 setzte das Stadtamt B. gegenüber der Kl. Kosten und Gebühren in Höhe von insgesamt 146,50 Euro fest (91,50 Euro Abschleppkosten und 55 Euro Verwaltungsgebühr). Zu Recht?

### I. Ermächtigungsgrundlage für den Kostenbescheid

Der Kostenbescheid ergeht auf der Grundlage von § 19 III BremVwVG. Die Vorschrift bestimmt, dass, wenn eine Handlung auf Kosten des Pflichtigen im Wege der Ersatzvornahme durchgeführt wird, die Vollzugsbehörde die ihr daraus entstandenen notwendigen besonderen Aufwendungen (Kosten) gegenüber dem Pflichtigen festsetzt.

### II. formelle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides bestehen keine Bedenken.

### III. materielle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides

Der Kostenbescheid ist rechtmäßig, wenn die Ersatzvornahme rechtmäßig war, der richtige Schuldner in Anspruch genommen wird und der Kostenansatz richtig ist.

#### 1. Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme

##### a) Rechtsgrundlage für den Verwaltungszwang

Die allgemeinen Voraussetzungen für den Verwaltungszwang ergeben sich aus § 11 BremVwVG. Allerdings stelle sich die Frage, ob hier auf der Grundlage einer vollstreckbaren Grundverfügung nach § 11 I BremVwVG gehandelt wurde oder ob ein Sofortvollzug nach § 11 II BremVwVG anzunehmen ist.

Beim Abschleppen von Fahrzeugen ist immer dann grundsätzlich von Fehlen eines vollstreckbaren Grund-VA auszugehen, wenn der Verkehrsverstoß auf einem **unmittelbaren Verstoß gegen eine Vorschrift der StVO** beruht.

*„Der Senat hat eine Vollstreckung nach § 11 II BremVwVG zudem in der Vergangenheit für zulässig gehalten in den so genannten **Halterfällen**, in denen der für die Kosten der Ersatzvornahme in Anspruch genommene Fahrzeughalter vortrug, nicht er, sondern ein von ihm personenverschiedener Fahrer, dessen Identität nicht festzustellen war, habe das Kraftfahrzeug falsch geparkt (OVG Bremen, DAR 1986, 159 = VRS 70, 392; Beschl. v. 28.03.1995 – 1 B 10/95).“ (OVG Bremen aaO)*

Allerdings liegt hier der Fall vor, dass der **Verstoß gegen das durch Verkehrszeichen angeordnete absolute Halteverbot** gekennzeichnet ist. Das Verkehrszeichen als Allgemeinverfügung enthält nicht nur ein Halteverbot, sondern nach ständiger Rechtsprechung auch ein Wegfahrgebot, für welches nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO analog sofort vollziehbar ist. Es liegt daher grundsätzlich ein vollstreckbarer GrundVA vor.

*„[Allerdings steht] einer **Vollstreckung „aus dem Verkehrsschild“** aber § 12 I 1 BremVwVG (Grundsatz der Selbstvollstreckung) entgegen, weil seitdem grundsätzlich das Amt für Straßen und Verkehr als **Straßenverkehrsbehörde** für die Aufstellung von Verkehrsschildern zuständig ist (§ 45 StVO i.V.m. § 1 Nr. 3 der bremischen StVOZustBek).*

*Daraus folgt allerdings nicht, dass sich das Stadtamt nicht auf den Sofortvollzug nach § 11 II BremVwVG stützen könnte. Die **Zuständigkeiten** von Straßenverkehrsbehörde und Polizeibehörden **bestehen nebeneinander** innerhalb ihrer jeweiligen, ihnen durch das Gesetz zugewiesenen Aufgaben. Dies entspricht bereits der Rechtsprechung des Senats im Hinblick auf Polizeivollzugsbeamte (OVG Bremen, DAR 1986, 159 = VRS 70, 392). Es gilt in gleicher Weise für die beim Stadtamt angesiedelten Verkehrsüberwacher, die als Angestellte im Polizeidienst für das Stadtamt als Ortspolizeibehörde (§ 79 II BremPolG) handeln. Das vom Verwaltungsvollstreckungsrecht vorausgesetzte **Vor- und Nachrangverhältnis zwischen dem gestreckten Verfahren** nach § 11 I BremVwVG einerseits **und dem Sofortvollzug** nach § 11 II BremVwVG andererseits **ist nicht betroffen**, weil dem Stadtamt die Möglichkeit, auf der Grundlage eines Verwaltungsakts (hier in der Form des Verkehrszeichens als Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 BremVwVfG) zu vollstrecken, nicht offenstand. Entscheidend ist allein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen des § 11 II BremVwVG vorliegen.“ (OVG Bremen aaO)*

Es bestehen daher keine grundsätzlichen Bedenken, im Hinblick auf die Zulässigkeit des Abschleppvorgangs auf den so genannten Sofortvollzug nach § 11 II BremVwVG zurückzugreifen.

## b) Voraussetzungen für den Sofortvollzug

Es müssen dann aber die rechtlichen Voraussetzungen für den Sofortvollzug vorliegen.

Nach § 11 II 1 BremVwVG kann der Verwaltungszwang ohne vorausgehenden Verwaltungsakt angewendet werden, wenn dies zur Verhinderung einer rechtswidrigen Tat, die einen Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklicht, oder zur Abwendung einer drohenden Gefahr geboten erscheint und die Behörde hierbei innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse handelt.

### aa) Verhinderung einer rechtswidrigen Tat, die einen Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklicht

*„Zweck der in § 11 II 1 Alt. 1 BremVwVG enthaltenen Ermächtigung ist die **Verhinderung (der Fortdauer) einer objektiv mit einer Geldbuße** bzw. einer strafrechtlichen Sanktion **bedrohten Handlung** (vgl. OVG Bremen, DAR 1986, 159 = VRS 70, 392). Auf den subjektiven Tatbestand oder den von einem Bußgeld- oder Straftatbestand vorausgesetzten Schuldvorwurf kommt es nicht an. Dies folgt aus dem gefahrenabwehrrechtlichen Zusammenhang, in dem die Regelung über den Sofortvollzug steht (vgl. zur Legaldefinition einer „Straftat“ § 2 Nr. 4 BremPolG).“ (OVG Bremen aaO)*

Es kann jedoch nur dann allein auf den objektiven Tatbestand des Bußgeldtatbestandes abgestellt werden, wenn das ihn begründende Verkehrszeichen wirksam ist.

*„**Verwaltungsakte, die widersprüchlich oder unverständlich** sind, können nach § 44 BremVwVfG **nichtig** sein (vgl. insoweit allgemein – zum Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes – nur: Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 44 Rn. 114). Für ein Verkehrszeichen gilt nichts Anderes. Sollte die Regelung unter diesen Voraussetzungen unwirksam sein, fehlt es bereits an dem objektiven Anknüpfungspunkt für die Verwirklichung eines Bußgeldtatbestandes.*

*Im vorliegenden Fall ist das angeordnete absolute Halteverbot weder widersprüchlich noch unverständlich. ... Insbesondere ergibt sich aus der Regelung **mit hinreichender Klarheit**, dass es **jedemfalls an der Stelle**, an der die Kl. ihr Kraftfahrzeug geparkt hat, **Geltung beansprucht**. Ihr verbotswidriges Parken stellt eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 49 III Nr. 4 StVO), wobei im konkreten Fall durch das ebenfalls verbotswidrige Gehwegparken ein weiterer Bußgeldtatbestand (§ 49 I Nr. 12 StVO) verwirklicht wurde.“ (OVG Bremen aaO)*

Der Sofortvollzug ist daher nach § 11 II 1 Alt1 BremVwVG zulässig.

## bb) Abwehr einer drohenden Gefahr

Der Sofortvollzug ist auch zulässig zur Abwehr einer drohenden Gefahr.

„Der Verstoß gegen die Vorschriften der StVO (§§ 12 I Nr. 6 Buchst. a und IV, 4 a StVO in der am 30.11.2005 maßgeblichen Fassung) stellt gleichzeitig eine **Störung der öffentlichen Sicherheit mit fortwirkender Gefahr** dar. Diese bereits eingetretene Störung der öffentlichen Sicherheit geht über das gesetzliche Erfordernis der drohenden Gefahr hinaus. Einer zusätzlichen konkreten Gefährdung oder Behinderung der übrigen Verkehrsteilnehmer durch das verbotswidrig abgestellte Fahrzeug bedarf es auf dieser Ebene nicht (OVG Bremen, Beschl. v. 28.03.1995 – 1 B 10/95 – zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).“ (OVG Bremen aaO)

## cc) Handeln im Rahmen der Befugnisse

Der im Rahmen der Ersatzvornahme tätig gewordene Mitarbeiter des Stadtamts (Verkehrsüberwacher) müsste auch innerhalb seiner Befugnisse gehandelt haben.

„Er wäre – bei **Anwesenheit** der Kl. – befugt gewesen, gestützt auf § 10 I 1 BremPolG ihr gegenüber das Wegfahren des Fahrzeugs zur **Störungsbeseitigung zu verfügen**. Insbesondere wäre er hierfür als Mitarbeiter des Stadtamts gem. § 79 II BremPolG **sachlich zuständig** gewesen. Soweit die Kl. meint, zuständig sei allein der Polizeivollzugsdienst, ist dies nicht zutreffend. Nach § 64 I 2 BremPolG ist der Polizeivollzugsdienst bei der Gefahrenabwehr, soweit nichts Anderes bestimmt ist, neben den Polizeibehörden nur für Maßnahmen zuständig, die nach pflichtgemäßem Ermessen unaufschiebbar notwendig erscheinen. Ob diese Voraussetzungen hier vorliegen, bedarf keiner Entscheidung, denn die Regelung lässt die (originäre) Zuständigkeit des Stadtamts als Ortspolizeibehörde erkennbar unberührt.“ (OVG Bremen aaO)

## c) Verhältnismäßigkeit

Die Anordnung der Abschleppmaßnahme muss nach § 13 II BremVwVG sowie § 3 BremPolG verhältnismäßig gewesen sein.

### aa) Geeignetheit

Das Abschleppen war geeignet sowohl die Realisierung des Bußgeldtatbestandes zu beenden als auch die Gefahr zu beseitigen.

### bb) Erforderlichkeit

Das Abschleppen war jedoch nur erforderlich, wenn kein milderes Mittel ersichtlich ist, welches den Parkverstoß mit gleicher Effektivität beseitigt hätte. Ein solches ist nicht ersichtlich.

### cc) Angemessenheit

Fraglich ist jedoch, ob das Abschleppen angemessen war. Hierbei ist auf die Mittel-Zweck-Relation abzustellen.

#### (1) Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung auch bei absolutem Halteverbot

„Nach der Rechtsprechung des BVerwG, der sich der Senat bereits in der Vergangenheit angeschlossen hat und der er weiter folgt, verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die **Nachteile**, die mit einer Abschleppmaßnahme für den Betr. verbunden sind, **nicht außer Verhältnis zu dem bezweckten Erfolg** stehen dürfen, was sich auf Grund einer Abwägung der wesentlichen Umstände des Einzelfalls beurteilt (so die bisherige Rechtsprechung zusammenfassend: BVerwG, NJW 2002, 2122 = NZV 2002, 285 = NVwZ 2002, 1126 Ls.). Danach ist es zwar nicht ausgeschlossen, dass **grundsätzlich allein der Verstoß** gegen eine Verkehrszeichenregelung die **Verhältnismäßigkeit** der Abschleppmaßnahme begründet, wie dies etwa bei einem unberechtigten Parken auf **Behindertenparkplätzen** (BVerwG, Beschl. v. 27.05.2002 – 3 B 67/02, DAR 2002, 470 = VRS 2002 Bd. 103, 309 = ZfS 2003, 98 = BeckRS 2002, 22308; BVerwGE 90, 189 = NJW 1993, 870 = NVwZ 1993, 480 Ls.; BVerwG, Beschl. v. 11.08.2003 – 3 B 74/03, BeckRS 2003, 24541) oder an einem **Taxenstand** (BVerwG, NJW 2014, 2888 = DVBl 2014, 1139) der Fall sein kann. Diese Fälle sind aber in erster Linie dadurch gekennzeichnet, dass die **jederzeitige bestimmungsgemäße Nutzbarkeit** der für die Sonderberechtigten vorgesehenen Parkflächengenerell gesichert werden soll. Soweit dagegen mit dem Verkehrszeichen 283 ein absolutes Halteverbot angeordnet wurde, liegt dem eine konkrete Verkehrssituation vor Ort zu Grunde, die auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eine **Einzelfallprüfung** notwendig macht, ob eine Abschleppmaßnahme gerechtfertigt ist.“ (OVG Bremen aaO)

## (2) Vornahme der Einzelfallprüfung

Es ist daher zu prüfen, ob im vorliegenden Fall das Abschleppen des Fahrzeugs gemessen war.

„Die **konkreten örtlichen Verhältnisse**, die zum einen gerichtsbekannt sind und zum anderen anhand von zur Behördenakte genommenen Fotos dokumentiert sind, zeichnen sich durch eine **ungewöhnliche** und teilweise auch **unübersichtliche Verkehrssituation** aus. Sie ist dadurch bestimmt, dass im letzten Teilstück einer Einbahnstraße der Gegenverkehr zugelassen ist, soweit er die Tiefgarage befahren will. Die Kl. wendete ihr Kraftfahrzeug in diesem Teilstück und parkte ihren Wagen entgegen der Fahrtrichtung der Einbahnstraße, obwohl sie die Tiefgarage nicht befahren wollte. Ihr abgestelltes Fahrzeug beeinträchtigte **in dieser besonderen Verkehrssituation die Sicherheit und Leichtigkeit** sowohl des in entgegengesetzter Richtung verlaufenden Durchgangsverkehrs, als auch den Zu- und Abfahrtsverkehr zu der Tiefgaragenzufahrt, die sich – aus Sicht der Kl. – unmittelbar vor dem Fahrzeug befand. Hinzukommt, dass die Kl. teilweise auf dem Gehweg geparkt hat, der in seiner Funktion ebenfalls beeinträchtigt wurde. Für die Anordnung einer Abschleppmaßnahme würden diese Umstände bereits ausreichen. Vorliegend kommt allerdings hinzu, dass sich auf der anderen Fahrbahnseite nur ein eingeschränktes Halteverbot befindet, wodurch u.a. eine **Belieferung der in der Gegend vorhandenen Gastronomie** sichergestellt wird. Das Abstellen des Kraftfahrzeugs der Kl. im absoluten Halteverbot hat mindestens zu einer deutlichen Verengung der Fahrbahn geführt, die durch die Anordnung des absoluten Halteverbots gerade verhindert werden sollte.“ (OVG Bremen aaO)

Die Anordnung des Abschleppens war somit angemessen und damit insgesamt verhältnismäßig.

### d) richtiger Kostenschuldner

Die Kl. müsste für die Abschleppmaßnahme nach § 19 III BremVwVG kostenpflichtig sein.

„‘Pflichtiger’ im Sinne dieser Vorschrift ist derjenige, der **verpflichtet** war, die im Wege der Ersatzvornahme ausgeführte **vertretbare Handlung vorzunehmen** (OVG Bremen, DAR 1977, 276= BeckRS 1977, 30472088). Die Kl. war sowohl als Fahrerin als auch als Halterin ihres Fahrzeugs verpflichtet, das Fahrzeug wegzufahren und damit die Störung der öffentlichen Sicherheit zu beenden (vgl. zur Halterhaftung in diesem Zusammenhang: OVG Bremen, DAR 1986, 159 = VRS 1986 Bd. 70, 392).“ (OVG Bremen aaO)

Die Kl. ist daher kostenpflichtig.

### e) richtiger Kostenansatz

„Die Abschleppkosten i. H. v. 91,50 € sind von der Bekl. verauslagt worden. Dass sie in ihrer Höhe unangemessen wären (vgl. hierzu: OVG Bautzen, Beschl. v. 30.01.2013 – 3 A 711/12), ist nicht ersichtlich. Die Verwaltungsgebühr i.H.v. 55 € entspricht Nr. 102.03 der Anlage zu § 1 der Allgemeinen Kostenverordnung in der – bei Anwendung des Verwaltungszwangs – maßgeblichen Fassung der ersten Verordnung zur Änderung der Allgemeinen Kostenverordnung vom 02.03.2004 (BremGBI. S. 163).“ (OVG Bremen aaO)

Der Kostenansatz ist nicht zu beanstanden.

## IV. Ergebnis

Der Kostenbescheid ist rechtmäßig und daher zu Recht ergangen.

## 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  
§ 240 S. 1

### Unterbrochener Rechtsstreit Wiederaufnahme

ZPO

(BGH in NJW-RR 2014, 1270; Urteil vom 03.07.2014 – IX ZR 261/12)

Ein wegen einer **Insolvenzforderung** geführter und durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners **unterbrochener Rechtsstreit** kann von dem Gläubiger **erst dann wieder aufgenommen** werden, **wenn die Forderung im Insolvenzverfahren angemeldet und geprüft worden und bestritten** geblieben ist.

„Die Aufnahme eines durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Partei unterbrochenen Rechtsstreits richtet sich gem. § 240 S. 1 ZPO nach den für das Insolvenzverfahren geltenden Vorschriften. Ein Passivprozess, mit dem die Insolvenzmasse in Anspruch genommen wird, kann vom Gläubiger nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 86 I InsO ohne Weiteres aufgenommen werden. I. Ü. können Insolvenzgläubiger ihre Forderungen nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen (§ 87 InsO). **Trotz des bereits anhängigen Rechtsstreits** muss der Insolvenzgläubiger deshalb seine **Forderung** zunächst nach § 174 InsO **zur Insolvenztabelle anmelden**. Die Forderung muss sodann in einem Prüfungstermin **vor dem Insolvenzgericht oder im schriftlichen Verfahren geprüft** werden (§§ 29 I Nr. 2, 176 f InsO). Wenn der Insolvenzverwalter oder ein anderer Insolvenzgläubiger der Forderung im Prüfungstermin oder im schriftlichen Verfahren widerspricht, kann der Gläubiger den **anhängigen Rechtsstreit mit dem Ziel der Feststellung der Forderung zur Tabelle aufnehmen** (§§ 179 I, 180 II InsO). Liegt, wie im Streitfall, für die Forderung bereits ein (vorläufig) vollstreckbarer Schuldtitel vor, obliegt die Aufnahme des unterbrochenen Rechtsstreits dem Bestreitenden (§ 179 II InsO). Bleibt dieser untätig, ist aber auch der Gläubiger zur Aufnahme befugt (BGHZ 195, 233 = NJW 2012, 3725 m. w. Nachw.).

Die Durchführung des insolvenzrechtlichen Feststellungsverfahrens dient dem **Interesse der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger**. Durch das Verfahren der Anmeldung und Prüfung soll ihnen die Möglichkeit gegeben werden, sich an der gerichtlichen Auseinandersetzung über die Begründetheit der Forderung zu beteiligen, zumal die gerichtliche Feststellung gegenüber allen Insolvenzgläubigern wirkt (§ 183 I InsO). Aus diesem Grund ist das **Erfordernis des insolvenzrechtlichen Feststellungsverfahrens auch nicht abdingbar**. Es handelt sich vielmehr um eine **zwingende Sachurteilsvoraussetzung** sowohl im Falle einer neu erhobenen Feststellungsklage (BGH NZI 2002, 37 = WM 2001, 2180; BGH NJW-RR 2004, 1050 = WM 2003, 2429; BGHZ 173, 103 = NJW-RR 2007, 1693; BGH NJW-RR 2009, 772 = WM 2009, 468) als auch bei der Aufnahme eines unterbrochenen Rechtsstreits (BGH NJW 1962, 153; BGH NJW-RR 2000, 1156 = WM 2000, 891; BAGE 120, 27 = NZI 2007, 300).“ (BGH aaO)

ZPO  
§ 707

### Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung Unzulässigkeit der Beschwerde

ZPO

(VGH Mannheim in VBIBW 2014, 432; Beschluss vom 26.02.2014 – 5 S 2583/13)

Gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte über einen **Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung** nach § 167 I 1 VwGO i. V. mit § 769 I ZPO ist die **Beschwerde nicht statthaft**, denn auch für solche Entscheidungen gilt der Rechtsmittelausschluss des § 707 II 2 ZPO entsprechend.

I. Nach der **Rspr. des BGH** (BGHZ 159, 14) schließt § 707 II 2 ZPO die Anfechtung einer Entscheidung über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht nur in den in §§ 707 I und 719 I 1 ZPO ausdrücklich geregelten Fällen, sondern - in entsprechender Anwendung der Vorschrift - auch im Falle des § 769 Abs. 1 ZPO aus.

„Maßgebend für die analoge Anwendung des § 707 II 2 ZPO ist vor allem die Erwägung, dass Verfahren nach § 769 ZPO mit Verfahren, für die der Rechtsmittelausschluss nach § 707 II 2 ZPO unmittelbar gilt, insoweit vergleichbar sind, als in diesen ebenfalls ein schon vollstreckbarer Titel abgeändert und die Entscheidung in der Hauptsache nicht durch Rechtsmittel gegen die Nebenentscheidung über die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung verzögert werden soll. Daneben entspricht es auch der Wertung des Gesetzgebers, dass das mit der Hauptsache befasste erstinstanzliche Gericht am besten beurteilen kann, ob und gegebenenfalls welche einstweilige Regelung erforderlich ist (vgl. BT-Drucks. 10/3054 S. 14). Schließlich spricht nach der zitierten Rspr. des BGH für die analoge Anwendung des Rechtsmittelausschlusses nach § 707 II 2 ZPO auch der Umstand, dass einstweilige Anordnungen nach den genannten Vorschriften **in jeder Instanz frei abänderbar** sind und jeweils mit der Entscheidung in der Hauptsache enden.“ (VGH Mannheim aaO)

II. Der **Rechtsmittelausschluss** in entsprechender Anwendung des § 707 II 2 ZPO **gilt** gem. § 167 I 1 VwGO **auch für verwaltungsgerichtliche Entscheidungen über die vorläufige Einstellung der Vollstreckung** gem. § 167 I VwGO aus verwaltungsgerichtlichen Urteilen (§ 160 I Nr. 1 VwGO).

„Die Erwägungen des BGH gelten gleichermaßen auch für das verwaltungsgerichtliche Vollstreckungsverfahren; dies gilt insbesondere für den Gesichtspunkt, dass im Hinblick auf die **Effektivität der Vollstreckung gerichtlicher Titel** die Entscheidung in der Hauptsache nicht durch Rechtsmittel gegen Nebenentscheidungen verzögert werden soll. Auch Besonderheiten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens rechtfertigen - im Hinblick auf die in § 167 I 1 VwGO nur subsidiär und entsprechend angeordnete Anwendung der Vorschriften des Achten Buchs der ZPO - keine andere Beurteilung (ebenso Hess. VGH NVwZ-RR 2009, 989; OVG Berlin-Bbg, Beschluss vom 28.08.2013 - OVG 1 L 128.12 -; a. A. - jedoch ohne nähere Begründung - OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 12.10.2010 - 13 B 1018/10; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 24.11.2006 - 9 S 2407/06 -, juris und BayVGH NVwZ-RR 2007, 353).“ (VGH Mannheim aaO)

III. Die **Verweisung in § 167 I 1 VwGO** schließt **grds.** die **besonderen Rechtsbehelfe des zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsverfahrens ein** (VGH Bad.-Württ. VBIBW 1989, 137; Eyermann/Kraft, VwGO, 13. Aufl., § 167 Rn. 13; Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., § 167 Rn. 2).

„So ist etwa entsprechend § 766 ZPO die Erinnerung in Bezug auf die Art und Weise der Vollstreckung und des bei ihr zu beachtenden Verfahrens zulässig, soweit es um eine reine Vollstreckungsmaßnahme geht (VGH Bad.-Württ. aaO). Dagegen **verdrängt** allerdings die **Beschwerde nach § 146 VwGO die in § 793 ZPO vorgesehene sofortige Beschwerde**, soweit eine Entscheidung im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens nach vorheriger Anhörung des Vollstreckungsschuldners in Rede steht (vgl. ebenfalls VGH Bad.-Württ. aaO; Eyermann/Kraft aaO). Da aber im Falle der hier mit der Beschwerde angefochtenen Entscheidung des Verwaltungsgerichts nach § 769 I ZPO die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde gem. § 793 ZPO nach der oben wiedergegebenen Rspr. des BGH, nicht gegeben ist, kann insoweit auch die sofortige Beschwerde nach dieser Vorschrift nicht durch die Beschwerde nach § 146 VwGO ersetzt werden. Auch sonst ist im Hinblick auf die aufgezeigte **Vergleichbarkeit des Zwecks und der Interessenlage bei der Vollstreckung zivil- und verwaltungsgerichtlicher Titel** nicht ersichtlich, dass die Eigenart der Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Titel einer entsprechenden Anwendung des § 707 II 2 ZPO entgegenstehe.“ (VGH Mannheim aaO)

ZPO  
§ 1046 II

### Zurückweisung verspäteten Vorbringens Schiedsverfahren

ZPO

(OLG Frankfurt a.M. in NJOZ 2014, 1727; Beschluss vom 11.04.2014 – 26 Sch 13/13)

An die **Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Schiedsverfahren** sind **keine höhere Anforderungen zu stellen als** in einem vor einem Zivilgericht nach den Regeln der Zivilprozessordnung geführten Rechtsstreit.

- I. Im Hinblick auf die **verfassungsrechtliche Gewährleistung rechtlichen Gehörs** gilt im Schiedsverfahren der Grundsatz, dass SchiedsGer. das rechtliche Gehör im gleichen Umfang wie staatliche Gerichte gewähren müssen (Zöller/Geimer, § 1042 Rn. 5; OLG Frankfurt a. M. SchiedsVZ 2006, 220). Die Parteien müssen insbesondere Gelegenheit erhalten, alles vorzubringen, was ihnen für die Entscheidung des Rechtsstreits von Bedeutung zu sein scheint (Zöller/Geimer, § 1042 Rn. 6).

Die **Verpflichtung des SchiedsGer. zur Kenntnisnahme und Berücksichtigung von Tatsachenvortrag** wird allerdings im Schiedsverfahren **durch die Präklusionsregelung des § 1046 II ZPO begrenzt**. Nach dieser Vorschrift können die Parteien im Laufe des schiedsrichterlichen Verfahrens ihre Klage oder ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel ändern oder ergänzen, es sei denn das SchiedsGer. lässt dies wegen Verspätung, die nicht genügend entschuldigt wird, nicht zu. Den Begriff der Verspätung hat das SchiedsGer. im Spannungsfeld zwischen den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs und der Prozessbeschleunigung nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen (Zöller/Geimer, § 1046 Rn. 3).

- II. Dabei kommt wegen des dem SchiedsGer. bei der Bestimmung der Verfahrensregeln gem. § 1042 IV 1 ZPO eingeräumten freien Ermessens auch eine **Orientierung an den für ein staatliches Gerichtsverfahren geltenden Vorschriften** in Betracht (vgl. Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, Rn. 703). Es wird neben einer über die Befugnisse eines staatlichen Gerichts hinausgehenden allgemeinen Anlehnung an § 282 I ZPO (Thomas/Putzo/Reichhold, ZPO, 34. Aufl., § 1046 Rn. 9) insbesondere eine entsprechende Anwendung des § 296 ZPO und des § 296 a ZPO befürwortet (MüKo-ZPO/MüncH, § 1046 Rn. 28).

„Der verfassungsrechtlich gewährleistete Anspruch der Ag. auf rechtliches Gehör rechtfertigt es nicht, an die Zurückweisung verspäteten Vorbringens höhere Anforderungen zu stellen als in einem in Deutschland vor einem staatlichen Zivilgericht nach den Regeln der ZPO geführten Rechtsstreit. Dabei ergibt sich die **entsprechende Anwendbarkeit der an den Schluss der mündlichen Verhandlung anknüpfenden Regelung des § 296 a S. 1 ZPO** für das zwischen den Parteien geführte Schiedsverfahren jedenfalls daraus, dass die dem Schiedsverfahren zu Grunde liegende Schiedsgerichtsvereinbarung unter Nr. 7.2 eine mündliche Verhandlung des SchiedsGer. vorbehaltlich eines schriftlichen Verzichts der Parteien als obligatorisch vorsieht. Nach § 296 a S. 1 ZPO können Angriffs- und Verteidigungsmittel nach Schluss der mündlichen Verhandlung grds. nicht mehr vorgebracht werden. Es besteht bei Fehlen eines zwingenden Wiedereröffnungsgrundes i. S. des § 156 II ZPO gem. § 296 a S. 2 ZPO i. V. m. § 156 I ZPO lediglich ein Anspruch auf eine Ermessensentscheidung über eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (vgl. BGH NJW 2002, 1426).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

FamFG  
§ 66

### Anschlussbeschwerde Zulässigkeit im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

FamFG

(BGH in NJOZ 2014, 1681; Beschluss vom 12.02.2014 – XII ZB 706/12)

In Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die **Einlegung einer Anschlussbeschwerde unzulässig, wenn** mit der Anschließung (lediglich) das **gleiche Ziel wie mit dem Hauptrechtsmittel verfolgt werden soll**.

- I. In **Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit** hat jeder Beteiligte nach § 66 S. 1 FamFG die Möglichkeit, ohne die Einlegung einer eigenen Beschwerde auch nach Ablauf der maßgeblichen Beschwerdefrist im Wege der Anschließung an ein bereits eingelegtes (Haupt-)Rechtsmittel seine Rechte in der Beschwerdeinstanz zu verfolgen.

„Mit dieser Regelung **hat der Gesetzgeber an den bis zum 31.08.2009 geltenden Rechtszustand angeknüpft**, nach dem die Anschließung an ein Rechtsmittel in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vereinzelt spezialgesetzlich geregelt war (§§ 22 II, 28 I LwVfG; § 11 III HöfeVfO) und darüber hinaus von der Rechtsprechung auch ohne ausdrückliche Regelung für zulässig erachtet wurde, wenn sich im Verfahren mehrere Beteiligte mit entgegengesetzten Interessen gegenüberstanden und die Gesichtspunkte der **Waffengleichheit** und der **Verfahrensökonomie** eine Überwindung des **Verbots der Schlechterstellung des Rechtsmittelführers** geboten (BGHZ 71, 314 = NJW 1978, 1977; BGHZ 86, 51 = NJW 1983, 578 = FamRZ 1983, 154; BGHZ 92, 207 = NJW 1985, 968 = FamRZ 1985, 59).“ (BGH aaO)

- II. Nach dem **Wortlaut des Gesetzes** ist die durch § 66 S. 1 FamFG eröffnete Möglichkeit der Anschließung an eine Beschwerde in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit weder auf kontradiktorisch geprägte Verfahren beschränkt, noch setzt die Anschließung von vornherein voraus, dass im betreffenden Beschwerdeverfahren für den Führer des Hauptrechtsmittels das Verbot der reformatio in peius gelten muss.

Ob die Zulässigkeit der Anschließung gleichwohl voraussetzt, dass sich der Anschlussbeschwerdeführer in eine Gegnerstellung zum Führer des Hauptrechtsmittels bringen will (vgl. Keidel/Sternal, FamFG, 18. Aufl., § 66 Rn. 8 b, m. w. Nachw. zum Streitstand), braucht unter den hier obwaltenden Umständen in dieser Allgemeinheit nicht entschieden zu werden. Denn für die Einlegung eines unselbstständigen Anschlussrechtsmittels muss jedenfalls ein **Rechtsschutzbedürfnis** vorliegen (vgl. nur MüKo-FamFG/Ansgar Fischer, 2. Aufl., § 66 Rn. 25 f.), woran es nach allgemeiner Ansicht auch unter der Geltung des neuen Verfahrensrechts fehlt, wenn mit der Anschließung (lediglich) das gleiche Ziel wie mit dem Hauptrechtsmittel verfolgt werden soll (OLG Bremen FamRZ 2011, 1296; KG NJW-RR 2011, 1372; OLG München FamRZ 2012, 1503; Keidel/Sternal, § 66 Rn. 8 b; Prütting/Helms, FamFG, 3. Aufl., § 66 Rn. 3; MüKo-FamFG/Ansgar Fischer, § 66 Rn. 25; Johannsen/Henrich/Althammer, Familienrecht, 5. Aufl., § 66 FamFG Rn. 3).

- III. Ein **Beteiligter**, der das Begehren des Beschwerdeführers unterstützen möchte, **kann auch ohne Anschließung** in der durch das Hauptrechtsmittel eröffneten Beschwerdeinstanz **seine Beanstandungen** zu der angefochtenen Entscheidung **zur Sprache bringen und auch sonst zur Sach- und Rechtslage umfassend vortragen** (vgl. BGH NJOZ 2014, 1441).

*„Schließlich kann ein **rechtlich schützenswertes Interesse an der Einlegung einer unselbstständigen Anschlussbeschwerde** bei einem Gleichlauf mit dem Rechtsschutzziel des Hauptrechtsmittels auch nicht damit begründet werden, dass der Beteiligte durch die Anschließung die Möglichkeit erhalten solle, die im zweiten Rechtszug ergehende Entscheidung selbst mit einer Rechtsbeschwerde zum BGH anfechten zu können. Der Senat hat bereits ausgesprochen, dass die unselbstständige Anschließung auch in den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit allein der **sachgerechten Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens** dient und nicht den Zweck hat, eine Fortsetzung des Verfahrens in der dritten Instanz zu ermöglichen (BGHZ 92, 207 = NJW 1985, 968 = FamRZ 1985, 59). Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass diese Beurteilung durch die Reformgesetzgebung grundlegend in Frage gestellt werden könnte, zumal die Begründung des Gesetzentwurfes selbst die Erwartung erkennen lässt, dass die durch § 66 FamFG eröffnete Möglichkeit der Anschließung „in erster Linie“ in solchen Verfahren praktische Bedeutung erlangen wird, in denen sich Beteiligte gegensätzlich mit widerstreitenden Anliegen gegenüberstehen (vgl. BT-Drs. 16/6308, 206).“ (BGH aaO)*

StPO  
§§ 24 II, 31

**Befangenheitsantrag**  
Mitgliedschaft bei „Wildwasser e.V.“ ist kein Ablehnungsgrund  
(OLG Celle in NStZ-RR 2014, 346; Beschluss vom 02.06.2014 – 31 Ss 22/14)

StPO

Allein die **Mitgliedschaft einer Schöffin bei „Wildwasser e. V.“ begründet nicht die Besorgnis der Befangenheit**. Dies gilt auch dann, wenn dem Angekl. sexueller Missbrauch von Kindern zur Last gelegt wird.

*„Im Strafprozessrecht [ist] – insofern ähnlich den Ausschlussstatbeständen des § 18 II BVerfGG – anerkannt, dass die **Mitgliedschaft** in einer bestimmten Partei oder einer Gewerkschaft, die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft, dienstliche oder geschäftliche Beziehungen eines Richters zu einem Beschuldigten, Weltanschauungen, Geschlecht, Rasse oder landsmannschaftliche Herkunft ohne Hinzutreten weiterer Umstände **regelmäßig nicht die Besorgnis der Befangenheit begründen** (vgl. Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 24 Rn 11 Rn 21 ff. m. w. Nachw.) Auf der gleichen Linie liegt die Betätigung eines Richters in einer Organisation, die sich die Unterstützung der Opfer von Straftaten zur Aufgabe gemacht hat. Es handelt sich dabei um ein **Engagement im Dienst der Allgemeinheit**, das **gesellschaftlich erwünscht** ist und die **Bestrebungen des Gesetzgebers zur Stärkung der Opferrechte flankiert**. Hieraus kann nicht der Schluss gezogen werden, die Schöffin habe sich in Bezug auf Angekl., denen sexueller Missbrauch von Kindern oder sonstige Sexualstraftaten vorgeworfen werden, bereits eine vorgefasste Meinung gebildet.“ (OLG Celle aaO)*

StPO  
§§ 94, 110

**Beschlagnahme von Beweismitteln**  
Zeitgrenze  
(LG Ravensburg in NStZ-RR 2014, 348; Beschluss vom 02.07.2014 – 2 Qs 19/14)

StPO

Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit lassen sich **keine allgemeingültigen Zeitgrenzen für die Auswertung von beschlagnahmten Beweismitteln** ableiten (hier: Auswertung beschlagnahmter Computer wegen Verdachts des Besitzes von Kinderpornographie).

*„Zwar setzt [der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz] dem staatlichen Handeln Grenzen. Ein **Eingriff in Rechte des Besch.** muss in **angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Tat und der Stärke des Tatverdachts** stehen. Hierbei sind die **Bedeutung des potentiellen Beweismittels** für das Strafverfahren sowie der **Grad des auf verfahrenserhebliche Daten bezogenen Auffindeverdachts** zu bewerten (BVerfG NJW 2005, 1917).*

*Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit lassen sich jedoch **keine allgemeingültigen Zeitgrenzen für die Auswertung von Beweismitteln** ableiten. Dies gilt für die der Beschlagnahme vorgelagerte Durchsicht i. S. von § 110 StPO (BVerfG NStZ 2002, 377) und erst recht dann, wenn bereits eine Beschlagnahmeanordnung vorliegt. Die Annahme, bei beruflich benötigten Computern führe eine die starre Grenze von 2 Monaten übersteigende Auswertungsdauer zur Unverhältnismäßigkeit der Beschlagnahme (LG Aachen StV 2000, 548), vermag nicht zu überzeugen. Vielmehr sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die **Umstände des Einzelfalles maßgeblich**. Die Stärke des Tatverdachts, der Umfang und das Gewicht des Tatvorwurfs sowie der Ermittlungsstand sind dem aus der Beschlagnahme resultierenden Ausmaß der Beeinträchtigung für einen Betr., dem Wert und Alter der Geräte, einem möglichen Wertverlust und ggf. vorhandenen Entschädigungsansprüchen gegenüberzustellen.“ (LG Ravensburg aaO)*

StPO  
§ 243 IV

## Verfahrensverständigung Keine Drittwirkung

StPO

(BVerfG in StV 2014, 649; Beschluss vom 01.07.2014 – 2 BvR 989/14)

Einem an Verständigungsgesprächen mit weiteren Angekl. nicht beteiligtem Angekl. steht nicht die Möglichkeit der Rüge nach § 243 IV StPO offen. Eine solche **Drittwirkung** der Vorschrift ist **mangels einer Beschwerde des an den Verständigungsgesprächen nicht beteiligten Angekl. fernliegend**.

„Zwar hat das BVerfG Verstöße gegen die Vorgaben des Verständigungsgesetzes in die Nähe absoluter Revisionsgründe gerückt (vgl. BVerfGE 133, 168 für Verstöße gegen Transparenz- und Dokumentationspflichten; BVerfGE 133, 168 für Verstöße gegen die Belehrungspflicht des § 257 c V StPO). Auch bei absoluten Revisionsgründen sind jedoch in der Regel nur die durch den Verfahrensfehler unmittelbar betroffenen Beteiligten rügeberechtigt (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 57. Aufl. 2014, § 338 Rn 4; Gericke in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 338 Rn 4).

Auch i. Ü. legen die Ausführungen des BVerfG zu verständigungsbezogenen Verfahrensfehlern die Annahme der vom Bf. angenommenen „Drittwirkung“ nicht nahe:

Einen Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 257 c V StPO sieht das BVerfG in seiner Bedeutung für die Selbstbelastungsfreiheit ähnlich gelagert wie einen Verstoß gegen § 136 I 2 StPO (vgl. BVerfGE 133, 168). Nach **ständiger Rspr. des BGH kann sich ein Mitangekl. aber auf die unzulängliche Belehrung eines anderen Mitangekl. nach § 136 I 2 StPO nicht berufen**, weil sein **Rechtskreis hiervon nicht berührt** wird (vgl. BGH Urt. v. 10.08.1994 – 3 StR 53/94 -, juris, Rn 12; Beschl. v. 05.02.2002 – 5 StR 588/01 -, juris, Rn 3).

Verstöße gegen Transparenz- und Dokumentationspflichten hat das BVerfG hinsichtlich ihrer revisionsrechtlichen Bedeutung mit der Nichtgewährung des letzten Wortes nach § 258 II u. III StPO verglichen (vgl. BVerfGE 133, 168). Auch insoweit **fehlt es jedoch an einer eigenen Beschwerde des Mitangeklagten**, wenn nur bei einem anderen Mitangeklagten gegen § 258 StPO verstoßen wurde (vgl. Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2012, § 258 Rn 66 m. w. Nachw.).

Vor diesem Hintergrund leuchtet bereits einfachrechtlich nicht ein, weshalb der Beschwerdeführer meint, sich darauf berufen zu können, dass bezüglich seiner Mitangeklagten gegen § 243 IV, § 273 I a StPO verstoßen worden sei.“ (BVerfG aaO)

StPO  
§ 244 III

## Polygraphietest Unzulässiges Beweismittel

StPO

(BVerwG in NVwZ-RR 2014, 887; Beschluss vom 31.07.2014 – 2 B 20/14)

Ein am beklagten Beamten durchgeführter **Polygraphietest ist auch im gerichtlichen Disziplinarverfahren ein ungeeignetes Beweismittel**.

„Auch im Verwaltungsprozess ist ein Beweismittel ungeeignet, wenn es **keinerlei Beweiswert** hat und deshalb **untauglich** ist. Ein entsprechender Beweisantrag kann unter Hinweis auf die entsprechend heranzuziehende Bestimmung des § 244 III 2 StPO abgelehnt werden (BVerwG NJW 1984, 574 =NVwZ 1984, 235; BVerwG NVwZ 1990, 65).

Nach den Feststellungen des OVG hat die Psychologin, die mit Hilfe eines Polygraphie-Geräts die Reaktion des Bekl. auf verdachtsbezogene Fragen getestet hat, einen sog. Kontrollfragestest durchgeführt (vgl. dazu: BGHSt 44, 308 = NJW 1999, 657). Nach der st. Rspr. der Strafsenate des BGH kommt diesem Kontrollfragestest **kein auch nur geringfügiger indizieller Beweiswert** zu (BGHSt 44, 308 = NJW 1999, 657; BGH NStZ-RR 2000, 35). Das Kontrollfrageverfahren ist ungeeignet, weil es sich nicht um eine Methode handelt, die in den maßgebenden Fachkreisen allgemein zweifelsfrei als richtig und zuverlässig eingestuft wird. Hierfür sind folgende Gründe maßgeblich: Zwischen bestimmten kognitiven oder emotionalen Zuständen eines Menschen und spezifischen Reaktionen des vegetativen Nervensystems, die vom Polygraphen während der Befragung kontinuierlich gemessen werden, sind keine eindeutigen Zusammenhänge zu erkennen. Dies gilt insbesondere für Reaktionen bei der unwahren Beantwortung von Fragen (BGHSt 44, 308 = NJW 1999, 657). Damit ist es nicht möglich, aus der Sichtung erzielter Messergebnisse darauf zu schließen, der Proband habe im Rahmen der Untersuchung eine auf die Tat bezogene Frage bewusst falsch beantwortet. Eine derartige Einschätzung kann nur an unterschiedlich starke Reaktionen bei der Beantwortung der tatbezogenen Fragen und der Kontroll- oder Vergleichsfragen anknüpfen. Dieser **methodisch zweifelhafte Ansatz** gibt dem Gericht keine Möglichkeit zu überprüfen, ob das Testverfahren im konkreten Fall zu zutreffenden Ergebnissen geführt hat. Diese Einschätzung hat der BGH jüngst bestätigt, wobei er sich mit den Einwendungen gegen seine Rspr. auseinandergesetzt hat (BGH NStZ 2011, 474). Für das Zivilverfahren hat der BGH diese Rspr. der Strafsenate übernommen (BGH NJW 2003, 2527).

Diese **Beurteilung des Kontrollfrageverfahrens als ungeeignetes Beweismittel gilt generell**. Aus der Beschwerdebegründung ergeben sich **keine Anhaltspunkte, die diese Bewertung substantiiert infrage stellen** und eine rechtsgrundsätzliche Klärung auch für den Verwaltungsprozess erforderlich erscheinen lassen.“ (BVerwG aaO)

StPO  
§ 349 II

## Adhäsionsentscheidung Entbehrlichkeit einer Hauptverhandlung

StPO

(BGH in NStZ-RR 2014, 350; Beschluss vom 02.09.2014 – 3 StR 346/14)

Kann das **Revisionsgericht** über den strafrechtlichen Teil eines Urteils durch Beschluss nach § 349 II StPO entscheiden, so **kann es hierbei auch über das Rechtsmittel gegen die Zubilligung von Entschädigung** (hier: Schmerzensgeld) ohne Bindung an den Antrag des Generalbundesanwalts **mitbefinden**.

„Auch die Adhäsionsentscheidung hat Bestand. Angesichts der mit Blick auf die Taten und ihre erheblichen Folgen für die Nebenkläger sehr niedrig festgesetzten Schmerzensgeldbeträge kann der Senat ausschließen, dass eine weitere Erörterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Angekl. – in den Feststellungen zu seiner Person ist sein letztes Nettogehalt, das er aus seiner langjährigen Anstellung als Drucker bezog, angegeben und ausgeführt, dass er seine Arbeitsstelle infolge seiner Inhaftierung verlor – und der Nebenkläger –

die Nebenklägerin musste bedingt durch die Tat ihre Ganztagsstelle aufgeben – zu einer für den Angekl. günstigeren Entscheidung geführt hätte.

Der Senat kann ungeachtet des Antrags des GBA nach § 349 II StPO verfahren: Ist nur über die Zubilligung einer Entschädigung zu befinden, **kann das RechtsmittelGer. dies nach § 406 a II 2 StPO ohne Hauptverhandlung tun.** Dies erfordert, auch dann eine **Entscheidung im Beschlusswege zuzulassen, wenn i. Ü. – wie hier – wegen der Schuld- und Strafrage die Voraussetzungen des § 349 II StPO vorliegen, da der Gesetzgeber vermeiden wollte, dass allein wegen der Adhäsionsentscheidung eine Hauptverhandlung stattfindet** (BGH NJW 1999, 1123).“ (BGH aaO)

---

VwGO  
§ 40 I 1

### Klage gegen Ingewahrsamnahme Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs

VwGO

(OVG Münster in NVwZ-RR 2014, 863; Beschluss vom 06.08.2014 – 5 E 375/14)

Lässt sich eine **polizeiliche Maßnahme** (hier: Ingewahrsamnahme) **nicht eindeutig einer repressiven oder präventiven Zielrichtung zuordnen, kommt eine Verweisung des Rechtsstreits von einem Verwaltungsgericht an die ordentliche Gerichtsbarkeit jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn die Maßnahme bei verständiger Würdigung aus der Perspektive des Betroffenen zumindest auch präventiv-polizeiliche Zwecke verfolgt und auf eine präventiv-polizeiliche Ermächtigungsgrundlage gestützt sein kann.** Das gilt insbesondere dann, wenn für den Betroffenen nicht ersichtlich ist, dass sein Verhalten strafrechtlich verfolgt wird.

„Der Rechtsweg richtet sich bei Maßnahmen der Polizei, die entweder strafprozessualer oder präventiv-polizeilicher Natur sein können, zunächst danach, ob der Grund des polizeilichen Einschreitens für den Betr. unschwer zu erkennen ist. Das ist der Fall, wenn die Polizei diesen von sich aus oder auf Verlangen angibt. I. Ü. kommt es darauf an, wie sich der konkrete Lebenssachverhalt einem verständigen Bürger in der Lage des Betr. bei natürlicher Betrachtungsweise darstellt. In diesem Zusammenhang kommt dem erklärten oder erkennbaren Willen des eingreifenden Sachwalters erhebliche Bedeutung zu (vgl. BVerwGE 47, 255 = NJW 1975, 893; OVG Münster NWVBI 2012, 364).

Ergibt sich nach diesen Kriterien keine eindeutige Zuordnung zu einer repressiven oder präventiven Zielrichtung, kommt eine Verweisung von einem angerufenen VG jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn die **Maßnahme bei verständiger Würdigung aus der Perspektive des Betr. zumindest auch präventiv-polizeiliche Zwecke verfolgt und auf eine präventiv-polizeiliche Ermächtigungsgrundlage gestützt sein kann** (vgl. OVG Münster NWVBI 2012, 364).

Das gilt erst recht, wenn für den Betr. nicht ersichtlich ist, dass sein Verhalten strafrechtlich verfolgt wird (vgl. BVerwGE 47, 255 = NJW 1975, 893).“ (OVG Münster aaO)

---

VwGO  
§ 67 IV

### Vertreterzwang Beschwerde gegen Rechtswegverweisung

VwGO

(OVG Bautzen in NVwZ-RR 2014, 824; Beschluss vom 15.04.2014 – 5 B 528/13)

Der **Vertretungszwang nach § 67 IV VwGO** gilt auch für Beschwerden gegen eine Rechtswegverweisung nach § 17a II GVG.

„Vor dem Oberverwaltungsgericht muss sich jeder Beteiligte - außer in Prozesskostenhilfverfahren - durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen (§ 67 IV 1 VwGO). Als Prozessbevollmächtigte in diesem Sinne sind nur Personen und Organisationen zugelassen, die in § 67 IV 3 i. V. m. II 1 VwGO, § 67 IV 4 VwGO und § 67 IV 7 i. V. m. II 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichnet sind. Nur wenn ein Beteiligter nach Maßgabe dieser Vorschriften zur Vertretung eines anderen Beteiligten berechtigt wäre, darf er sich vor dem Oberverwaltungsgericht selbst vertreten (§ 67 IV 8 VwGO).

Der Vertretungszwang nach § 67 IV VwGO gilt dabei auch für Beschwerden gegen eine Rechtswegverweisung nach § 17a II GVG. Solche Beschwerden sind insbesondere nach der Änderung von § 67 VwGO nicht mehr nach den § 173 VwGO, § 78 III ZPO vom Vertretungszwang ausgenommen. Denn in § 67 IV 2, § 147 I 2 VwGO hat der Gesetzgeber klargestellt, dass der **Vertretungszwang auch für Prozesshandlungen gilt, durch die ein Verfahren vor einem Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird.**“ (OVG Bautzen aaO)

---

VwGO  
§ 68 I 2 Nr. 2

### Widerspruchsbescheid Unzulässigkeit eines nochmaligen Widerspruchs

VwGO

(BVerwG in NVwZ-RR 2014, 869; Urteil vom 12.08.2014 – 1 C 2/14)

Ein **Widerspruch gegen einen Widerspruchsbescheid** – oder auch nur gegen die darin getroffene Kostenentscheidung – ist **nicht statthaft.**

- I. Gem. § 68 I 1 und II VwGO sind vor Erhebung der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren nachzuprüfen. Damit verfolgt der Gesetzgeber mehrere Zwecke:
  - Zum einen soll das Vorverfahren eine **Selbstkontrolle der Verwaltung durch die Widerspruchsbehörde ermöglichen.**
  - Zum anderen soll es einen **effektiven individuellen Rechtsschutz gewährleisten**, indem es für den Rechtssuchenden eine der gerichtlichen Kontrolle vorgelagerte und ggf. erweiterte Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet.

Das zeigt sich insbesondere im Rahmen der Überprüfung von Ermessensentscheidungen, bei denen die Widerspruchsbehörde grds. auch die **Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts** beurteilt.

- Schließlich soll das Vorverfahren die Gerichte entlasten und auf diese Weise gerichtliche Ressourcen schonen („**Filterwirkung**“).

Diese **dreifache normative Zwecksetzung des Widerspruchsverfahrens** ist **allgemein anerkannt**. Da das Vorverfahren weder allein öffentlichen Interessen noch allein denen des Betr. dient, steht die Durchführung mit Blick auf die Zulässigkeit einer beabsichtigten Klage auch nicht zur Disposition der Beteiligten.

vgl. nur: BVerwGE 51, 310 =NJW 1977, 1894; BVerwGE 138, 1 = NVwZ 2011, 501; BVerwGE 66, 342 = NJW 1983, 2276; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Bd. 1, Stand: Apr. 2013, Vorb. § 68 Rn. 1; Eyermann/Rennert, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 68 Rn. 2; U. Meier, Die Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens, 1992, S. 8 ff.; enger aus kompetenzrechtlichen Gründen: Oerder, Das Widerspruchsverfahren der Verwaltungsgerichtsordnung, 1989, S. 52 ff.; Hofmann, Das Widerspruchsverfahren als Sachentscheidungsvoraussetzung und als Verwaltungsverfahren im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, FS Menger, 1985, S. 605.

- II. Wegen der Funktionentrias sowie aus Gründen der **Rechtssicherheit** gilt der **Grundsatz mangelnder Disponibilität der Bet. im Hinblick sowohl auf einen Verzicht als auch eine Wiederholung des Vorverfahrens**.

„Zwar regelt § 68 I 2 Nr. 2 VwGO nur, dass es einer Nachprüfung in einem Vorverfahren nicht bedarf, wenn der Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid erstmalig eine Beschwerde enthält; dazu zählt auch eine dem Widerspruchsführer nachteilige Kostenentscheidung BT-Drs. 13/5098, 23; ebenso: Fehling/Kastner/Störmer, Hk-VerwR, 3. Aufl. 2013, § 68 VwGO Rn. 41; Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 68 Rn. 146). Wollte man aus dieser Formulierung des Gesetzes ziehen, der Betr. könne erneut Widerspruch erheben, bestünde insbesondere in mehrpoligen Rechtsverhältnissen mit Drittbetr. die **Gefahr einer „Endlosschleife“ sich wiederholender Widerspruchsverfahren**. Mit dem Erlass des Abhilfe- oder Widerspruchsbescheids ist das Verwaltungsverfahren jedoch abgeschlossen, und die oben genannten Funktionen des Vorverfahrens sind erfüllt (BVerwG NVwZ 2006, 1294). Wenn der Gesetzgeber nicht selbst explizit Wahlmöglichkeiten eröffnet (vgl. § 68 I 2 VwGO i. V. m. Art. 15 I BayAGVwGO), streitet zudem das **Gebot der Rechtssicherheit** für eine Auslegung des Prozessrechts, die zu klaren und eindeutigen Regelungen über den statthafter Rechtsbehelf führt.“ (BVerwG aaO)

- III. Darüber hinaus schließt die **Systematik der Verwaltungsgerichtsordnung**, wie sie sich aus der Zusammenschau der mit § 68 I 2 Nr. 2 VwGO korrespondierenden Vorschriften ergibt, die Statthaftigkeit eines Widerspruchs gegen einen Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid, auch wenn er erstmalig eine Beschwerde enthält, generell aus.

BVerwG NVwZ 2009, 924: „...findet kein weiteres Widerspruchsverfahren statt.“; Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/v. Albedyll, VwGO, 5. Aufl. 2011, § 68 Rn. 18; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 68 Rn. 16; Kastner, § 68 VwGO Rn. 39; Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 12. Aufl. 2010, § 31 Rn. 20; U. Meier, S. 42 f. und S. 61; Weides, Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 3. Aufl. 1993, S. 251; Schmitt/Glaeser/Horn, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. 2000, Rn. 178; a. A.: Redeker/v. Oertzen, VwGO, 15. Aufl. 2010, § 68 Rn. 9 a; Geis, § 68 Rn. 137 VwGO

„Gem. § 79 I Nr. 2 VwGO ist Gegenstand der Anfechtungsklage der Abhilfe- oder der Widerspruchsbescheid, wenn dieser erstmalig eine Beschwerde enthält. § 79 II VwGO ergänzt diese Regelung dahingehend, dass der Widerspruchsbescheid auch dann alleiniger Gegenstand der Anfechtungsklage sein kann, wenn und soweit er gegenüber dem ursprünglichen Verwaltungsakt eine zusätzliche selbstständige Beschwerde enthält. Durch diese Bestimmungen soll **vermieden** werden, dass **Streitigkeiten über Mängel des Widerspruchsverfahrens oder -bescheids zu weiteren Widerspruchsverfahren führen**; dies würde den **Fortgang der Hauptsache in Richtung auf eine endgültige Entscheidung hemmen** (BVerwGE 44, 124 = NJW 1974, 1398). § 74 I und II VwGO, wonach die Klage innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids – bzw. wenn ein Widerspruchsbescheid nach § 68 VwGO nicht erforderlich ist: des Ausgangsbescheids – erhoben werden muss, macht deutlich, dass der Betr. in diesen Fällen keine Wahl zwischen der Erhebung eines (erneuten) Widerspruchs oder einer Klage hat. Erhebt er nicht fristgerecht Klage, erwächst der Ausgangsbescheid in der Gestalt, die er durch den Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid erhalten hat, in Bestandskraft (BVerwG Buchholz 428 § 36 VermG Nr. 8, S. 6 f.).“ (BVerwG aaO)

- IV. Für den Fall der isolierten Anfechtung der Kostenentscheidung des Abhilfe- oder Widerspruchsbescheids gilt nichts Anderes.

„Den Vorschriften der VwGO lässt sich eine solche Differenzierung nicht entnehmen. Zudem wäre bei der Bestimmung des statthafter Rechtsbehelfs eine Auslegung der prozessrechtlichen Vorschriften, die danach unterscheidet, ob der Widerspruchsbescheid insgesamt oder nur dessen Kostengrundentscheidung angegriffen wird, **mit dem Postulat der Rechtsmittelklarheit nicht vereinbar**. Denn dieses rechtsstaatliche Erfordernis verlangt, dass die Voraussetzungen der Zulässigkeit von Rechtsbehelfen in der geschriebenen Rechtsordnung geregelt und in ihren Voraussetzungen für den Bürger hinreichend bestimmt und erkennbar sind (BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924).“ (BVerwG aaO)

VwGO  
§ 148 I

### Abhilfverfahren Gerichtliche Prüfungspflicht

VwGO

(OVG Berlin-Bbg in NVwZ-RR 2014, 824; Beschluss vom 25.06.2014 – OVG 9 L 10/14)

Das Verwaltungsgericht muss **im Abhilfverfahren** nach § 148 I VwGO **rechtliches Gehör gewähren**. Gegen diese Obliegenheit wird verstoßen, wenn das Gericht in Bezug auf eine fristgerechte und auch sonst zulässige Beschwerde die Abhilfe versagt, ohne eine erst kurz vorher angekündigte Beschwerdebeurteilung abzuwarten.

„Das Abhilfverfahren soll eine **Selbstkorrektur des VG ermöglichen** und das **OVG entlasten**. Im Umfang der Beschwerde besteht insoweit eine **volle Entscheidungskompetenz des VG**. Dieses hat – wie immer im Verwaltungsprozess – **rechtliches Gehör** (Art. 103 I GG) zu gewähren, d. h. es darf Vorbringen der Bet. nicht abschneiden und hat erfolgtes Vorbringen zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen.

Dem wird es nicht gerecht, wenn das VG in Bezug auf eine fristgerechte und auch sonst zulässige Beschwerde die Abhilfe versagt, ohne den Eingang einer Beschwerdebeurteilung abzuwarten, obwohl deren zeitnahe Einreichung angekündigt worden und seit der Ankündigung erst so wenig Zeit vergangen ist, dass eine Einreichung der Beschwerdebeurteilung offensichtlich immer noch als zeitnah anzusehen wäre.“ (OVG Berlin-Bbg aaO)

(OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2014, 822; Beschluss vom 31.07.2014 – 2 M 36/14)

**Auch im vorläufigen Rechtsschutzverfahren kann ein Erledigungsfeststellungsantrag gestellt werden.**

*„Ein Kl. kann nicht nur dann zum Begehren auf Feststellung der Hauptsacheerledigung übergehen, wenn sich ein Verwaltungsakt etwa durch Untergang der in Anspruch genommenen Sache im engeren Sinne erledigt hat, sondern auch dann, wenn das Verfahren infolge einer Rechtsänderung oder einer anderen wesentlichen Änderung eine derartige Wendung zu Ungunsten des Kl. genommen hat, dass eine **bis dahin aussichtsreiche Klage unbegründet geworden** oder ihre **Erfolgsaussicht entscheidend geschmälert** worden ist (BVerwG NVwZ 1993, 979). Insbesondere auf dem Gebiet des Abgabenrechts kann er die drohende Prozesskostenlast, die mit der Möglichkeit einer nachträglichen Heilung eines Heranziehungsbescheids im Verwaltungsprozess durch den (erstmaligen) Erlass einer (voll) wirksamen Satzung oder die Erfüllung sonstiger Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einh*

*ergeht, verlässlich dadurch abwenden, dass er die Hauptsache für erledigt erklärt. Hat der Kl. ursprünglich mit seiner Klage auch andere rechtliche Mängel der Heranziehung gerügt, nimmt ihm dies nicht die Möglichkeit, mit Blick auf z. B. eine nach Klageerhebung erfolgte Heilung eines Satzungs mangels die Hauptsache für erledigt zu erklären, sondern zwingt ihn zu der Entscheidung, ob er den Prozess mit den anderen – in ihrer Tragfähigkeit vielleicht schwächeren – Angriffsmöglichkeiten weiterführen will (vgl. zum Beitragsrecht: BVerwG NVwZ 1993, 979). Diese **Grundsätze gelten auch für das vorläufige Rechtsschutzverfahren.**“ (OVG Magdeburg aaO)*

---

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2014, 871; Beschluss vom 24.07.2014 – 8 B 10591/14)

**Nachträgliche Einwendungen gegen einen zu vollstreckenden Verwaltungsakt** sind - abweichend von § 15 III VwVG des Bundes - nach § 16 II RhPfvwVG nicht im Rahmen des Angriffs gegen einzelne Vollstreckungsmaßnahmen zu prüfen, sondern **in einem selbstständigen Verfahren bei der Ausgangsbehörde** mit dem Ziel **geltend zu machen**, die Vollstreckung für unzulässig zu erklären.

*„Nach § 16 II LVwVG sind Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, bei der Behörde geltend zu machen, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Der Betroffene muss sich also zunächst mit einem Antrag an die Ausgangsbehörde wenden mit dem Ziel, die Vollstreckung für unzulässig zu erklären. Wird diesem Ziel entsprochen, ist die Vollstreckung gem. § 14 I Nr. 2 LVwVG einzustellen oder zu beschränken. Andernfalls kann gerichtlicher Rechtsschutz im Wege der Verpflichtungsklage bzw. im Verfahren des Eilrechtsschutzes nach § 123 VwGO nachgesucht werden (vgl. OVG RP BauR 2011, 1966; zur vergleichbaren Rechtslage in Bayern: BayVGH, Beschluss vom 20. Februar 2009 - 1 CE 08.130 -, juris; BayVGH BayVBl. 1981, 371). Der Ast. hat ein solches Verfahren auf Unzulässigserklärung der Vollstreckung bei der Bauaufsichtsbehörde bislang nicht eingeleitet.“ (OVG Koblenz aaO)*

## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

#### 1. **Podewils** : Die Geschäftsführerhaftung in der Personengesellschaft (BB 2014, 2632)

In den anspruchsbegründenden Voraussetzungen ist die Geschäftsleiterhaftung für fehlerhafte Geschäftsführung bei unternehmenstragenden Personengesellschaften dem Kapitalgesellschaftsrecht weitestgehend angeglichen; erhebliche Unterschiede – vor allem im Vergleich zur AG – bestehen jedoch in Bezug auf einen möglichen Haftungsverzicht bzw. die Erteilung der Entlastung, denn hier finden die spezifischen Normen aus dem Aktienrecht weder direkt noch analog Anwendung, es bleibt vielmehr bei den personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen. - Soweit der Gesellschaftsvertrag das **Mehrheitsprinzip** vorsieht, verfügt die Gesellschaftsmehrheit über eine **Einschätzungsprärogative**, die nur durch die gesellschaftliche Treuepflicht begrenzt wird. - Ein Verzicht verstößt nicht gegen die **Treuepflicht**, wenn er auf **Erwägungen des Gesellschaftswohls** beruht und die Gesellschaftsmehrheit vertretbarerweise davon ausgehen darf, dass der Verzicht im Interesse der Gesellschaft liegt.

#### 2. **Fischer**: Die Entwicklung des Maklerrechts seit 2013 (NJW 2014, 3281)

#### 3. **Harriehausen**: Die aktuellen Entwicklungen im Leasingrecht (NJW 2014, 3407)

#### 4. **Buschbaum/Rosak**: Zugriff des Arbeitgebers auf den E-Mail-Account des Arbeitnehmers (DB 2014, 2530)

Bei **rein geschäftlicher Nutzung** ist dem Arbeitgeber der Zugriff auf den E-Mail-Account des Arbeitnehmers **grds. gestattet**; der Zugriff bei **erlaubter Privatnutzung** wird im Regelfall wegen der hohen datenschutzrechtlichen Hürden **unzulässig** sein, sodass - um jedes Risiko zu vermeiden - aus Arbeitgebersicht ein generelles Verbot der privaten E-Mail-Nutzung zu empfehlen ist. - **Nachträglich ist die Einführung eines entsprechenden Verbots zulässig, wenn** die private Nutzung **nicht im Arbeitsvertrag vereinbart oder durch Betriebsvereinbarung gestattet** wurde, oder der Arbeitnehmer infolge betrieblicher Übung zur privaten Nutzung berechtigt ist. - Beim Zugriff zur Aufdeckung von Straftaten muss der Arbeitgeber **verdachtsbegründende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat des Arbeitnehmers** haben, ebenso wenn der Arbeitgeber anonymisierte bzw. pseudonymisierte Daten bei sich erhärtenden Verdachtsmomenten personalisieren möchte. - Bei erlaubter privater Nutzung sind Leistungs- und Verhaltenskontrollen i.d.R. unzulässig; hier fällt die durchzuführende Interessenabwägung regelmäßig zugunsten des Arbeitnehmers aus, dessen Privatsphäre durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt wird. - Dies gilt wegen der Gefahr der (auch unbeabsichtigten) Kenntnisaufnahme von privaten Inhalten grds. auch für Fälle, in denen der Zugriff des Arbeitgebers nicht im Zusammenhang mit der Durchführung des Arbeitsverhältnisses steht; nur in besonderen Fällen, z. B. der krankheitsbedingten Abwesenheit des Arbeitnehmers, kann die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitgebers ausfallen und ein Zugriff ausnahmsweise erlaubt sein; der Arbeitgeber muss dann ein **berechtigtes Interesse an dem Zugriff** haben und ihm darf **keine mildere Handlungsalternative zur Verfügung stehen**; die Einrichtung einer Weiterleitung während der Abwesenheit des Arbeitnehmers ist wegen der Gefahr der Kenntnisaufnahme privater Inhalte unzulässig. - Das Beteiligungsrecht des Betriebsrats sollte der Arbeitgeber wahren, indem er ihn vor jedem beabsichtigten Zugriff auf betriebliche E-Mail-Accounts informiert; möchte der Arbeitgeber Verhaltensvorschriften für die Nutzung des E-Mail-Accounts durch den Arbeitnehmer einführen oder Überwachungsprogramme installieren, hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht.

#### 5. **Kühn/Stenzel**: Zur Wirkung unwirksamer Befristungsvereinbarungen (NJOZ 2014, 1721)

Die wirksame Vereinbarung befristender Regelungen erfordert in unterschiedlichen Bereichen des Zivilrechts das Einhalten zusätzlicher Voraussetzungen, z. B. schriftlicher Form (§ 14 IV TzBfG, § 550 S. 1 BGB), sachlicher Rechtfertigung (§ 14 I TzBfG, § 575 I 1 BGB) oder Nichtüberschreiten unzulässig langer Bindungsdauer (§§ 134, 138, 723 BGB). - **Auch bei einer unwirksamen Befristungsvereinbarung** kann sich eine **Bindungswirkung für die Vertragsparteien** ergeben; dies hat der BGH zuletzt im Bereich des Mietrechts mit dem Grundsatz der ergänzenden Vertragsauslegung begründet, aber ebenso schon zuvor im Bereich des Gesellschaftsrechts anerkannt; im Arbeitsrecht ergibt sich eine solche Wirkung bereits aus § 16 S. 1 TzBfG. - Infolgedessen wird sich zivilrechtlichen Verträgen wohl regelmäßig eine Bindungswirkung entnehmen lassen, auch wenn in ihnen enthaltene Kündigungsausschluss- oder Befristungsregelungen unwirksam sind. - Eine Bindungswirkung wird sich aber da nicht mehr annehmen lassen, wo bei Vertragsauslegung und Abwägung (im Einzelfall) ein **objektiv vernünftiger Bindungsrahmen** überschritten wird oder wo gesetzliche Regelungen gerade ausdrücklich erste Kündigungsmöglichkeiten vorsehen (§§ 550 S. 2, 557 a III BGB); gleiches gilt für unwirksame Regelungen in AGB, dort hat das Verbot geltungserhaltender Reduktion Vorrang.

#### 6. **Basler/Meßerschmidt**: Zumutbarkeit von Beweiserhebungen und Wohnungsbetroffenheit im Zivilprozess (NJW 2014, 3329)

**Problemstellung**: Die Durchführung von Beweisverfahren ist mit Duldungs- und Mitwirkungspflichten von Beweisgegnern und Dritten verbunden, die nur über begrenzte Weigerungsrechte verfügen; um den Wahrheitsgehalt einer Tatsachenbehauptung zu überprüfen, kann es erforderlich sein, im Eigentum anderer stehende Gegenstände zu

untersuchen und unter Umständen dabei zu beschädigen oder fremde Grundstücke zu betreten. Grundsätzlich sind Beeinträchtigungen im Interesse der Wahrheitsfindung zu dulden; für entstehende Schäden bei erfolgloser Klage hat der Beweisführer, bei unsachgemäßer Ausführung des Beweisbeschlusses auch der unmittelbare Schadensverursacher aufzukommen. - Von den **Mitwirkungs- und Duldungspflichten im Beweisverfahren** sind in der ZPO Ausnahmen vorgesehen, die für die einzelnen Beweismittel gesondert geregelt sind: Neben den auf Fälle der Unzumutbarkeit beschränkten **Weigerungsrechten von Dritten** billigt das Zivilverfahrensrecht in wenigen Ausnahmefällen auch einer Partei, dem Beweisgegner, ein Weigerungsrecht zu, dessen Ausübung freilich regelmäßig als Beweisvereitelung zu werten ist. – Nach **§ 144 I 3 ZPO** kann das Gericht die Duldung der Einnahme des Augenscheins und der Begutachtung durch einen Sachverständigen nicht aufgeben, sofern eine Wohnung betroffen ist; vor allem in Bauprozessen und bei Nachbarklagen kann diese Ausnahmenvorschrift eine Rolle spielen.

7. **Gehrlein:** Beschlusszurückweisung einer Berufung im Zivilprozess (NJW 2014, 3393)

§ 522 II ZPO kann ohne Weiteres fruchtbar gemacht werden, wenn eine Berufung im Ergebnis unbegründet erscheint und ein Zulassungsgrund nicht durchgreift. - Dem **Tatbestandsmerkmal der „offensichtlichen“ Erfolglosigkeit** kommt bereits nach dem **Willen des Gesetzgebers** für den Anwendungsbereich des § 522 II ZPO keine einschränkende Wirkung zu; ebenso unschädlich ist es, nach § 522 II ZPO durch Zurückweisungsbeschluss zu befinden, obwohl eigentlich eine mündliche Verhandlung stattfinden müsste. - Die **Anwendung des § 522 II ZPO** liegt **grds. im Ermessen des Berufungsgerichts**, sodass sich Berufungsgerichte durch den Rückgriff auf § 522 II ZPO weitgehend der mündlichen Verhandlung entziehen können. - Mit Blick auf die Bedeutung, welche das Gesetz der mündlichen Verhandlung als Prozessgrundsatz zuweist (§ 128 ZPO), ist es nach Ansicht des Autors nicht sachgerecht, sie zur Disposition des Berufungsgerichts zu stellen; zwar entscheidet das Berufungsgericht mit der Wahl des Verfahrens nach § 522 II ZPO infolge der Anfechtbarkeit nicht mehr über den Zugang zur Revisionsinstanz; dies vermag jedoch es entgegen der Auffassung des Gesetzgebers aber nicht zu rechtfertigen, die Entscheidung über die Durchführung einer mündlichen Verhandlung grds. den Berufungsgerichten zu überlassen.

## II. Strafrecht

1. **Schlösser:** Die Dogmatik des Eingehungsbetruges als Bruch mit normativen Grundlagen der Strafrechtsordnung ( StV 2014, 694)

Der **Gefährdungsschaden** ist **auf ein zukünftiges Geschehen bezogen** und beurteilt dieses zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. - Wenn man sich mit dem Grundprinzip der Strafrechtsordnung, der Freiheit des Subjektes, nicht in Widerspruch setzen will, kann eine Gefahr für das Vermögen des Vertragspartners und damit die Möglichkeit einer Vermögenseinbuße zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dann nicht angenommen werden, wenn **zur Gefahrrealisierung weitere freie Handlungen des Täuschenden erforderlich** sind. - Der **Wille des Täuschenden** zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist angesichts des Freiheitspostulates **keine normativ relevante Gefahr**, so dass eine Vermögensgefährdung – wie z. B. auch in den Fällen einer verabredeten Leistungserbringung Zug um Zug – des Vertragspartners ausscheidet, d.h. wenn der Täuschende keine Gefahr ist, dann kann das Vermögen des Vertragspartners durch den Abschluss eines Vertrages auch nicht gefährdet sein.

2. **Majer/Buchmann:** Die „Abo-Falle“ im Internet – Mitverschulden des Betrogenen und Europarecht (

Bespr. der Entsch. **BGH NJW 2014, 2595**, wonach eine Täuschung darin begründet liegt, dass der Anbieter gegenüber dem Nutzer die Kostenpflichtigkeit der Seite bewusst verschleiert, indem er den Hinweis darauf an einer Stelle platziert, an welcher der Adressat nicht mit ihm rechnen musste. - Eingehend beschäftigt sich der BGH mit der Frage, ob sich die Bewertung dadurch ändert, dass der **Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit bei einem sorgfältigen Durchlesen der Seite erkennbar** gewesen wäre; zwar führt der BGH aus, es sei **nicht Aufgabe des Betrugsstrafrechts, das Opfer vor den Folgen seiner Nachlässigkeit zu schützen**; er will damit aber nur klarstellen, dass stets eine Täuschung für die Betrugsstrafbarkeit erforderlich ist und das bloße Ausnutzen eines Irrtums keine Täuschung begründet; der BGH bleibt damit bei seiner grundlegenden Auffassung, weder die Erkennbarkeit der Täuschung noch eine besondere Leichtgläubigkeit des Opfers seien für den Betrugstatbestand wie für den Irrtum relevant. – Der **BGH erteilt der sog. Lehre vom Opfermitverschulden erneut eine Absage**, denn diese Lehre ist, sofern sie eine generelle Absenkung des Schutzniveaus durch eine Reduktion des Tatbestands vertritt, **mit dem Schutzzweck des Strafrechts nicht vereinbar**.

3. **Hufnagel:** Der Handy-Verstoß im Straßenverkehr (NJW 2014, 3265)

4. **Trüg:** Umfang und Grenzen des Scalping als strafbare Marktmanipulation (NStZ 2014, 558)

Bespr. der Entsch. **BGH, Beschl. v. 04.12.2013 – Az.: 1 StR 106/13** – Das sog. „**Scalping**“ stellt ein **dreiaktiges Geschehen** dar: Der erste Akt besteht darin, dass der Scalper, typischerweise eine Person, die durch Empfehlungen in Bezug auf Finanzinstrumente, insbesondere börsennotierte Wertpapiere, auf den Börsen- oder Marktpreis des Finanzinstruments Einfluss nehmen kann, etwa medienpräsenste Analysten, Fachjournalisten oder „Börsengurus“, selbst Positionen hinsichtlich bestimmter Finanzinstrumente eingeht; seinen statusbedingten Einfluss auf Börsen- oder Marktpreise macht sich der Scalper dadurch zunutze, dass er (zweiten Akt) eine Kaufempfehlung zu den betreffenden Finanzinstrumenten abgibt, ohne dabei offenzulegen, dass er selbst Positionen hinsichtlich dieser Vermögenswerte (zumeist kurz vorher) begründet hat; aufgrund seines statusbedingten Einflusses auf die Börsen- oder Marktpreise hofft der Scalper darauf, dass möglichst viele Kapitalmarktakteure seiner Empfehlung folgen und

dadurch der Börsen- oder Marktpreis steigt, tritt dies ein, dann nutzt der Scalper den Kursanstieg dadurch aus (dritter Akt), dass er seine Positionen empfehlungsgegenläufig realisiert, namentlich die Wertpapiere mit Gewinn veräußert. - Den **Normalfall des Scalping** bildet diejenige Konstellation, in welcher **alle drei Akte durch einen durchgängigen Plan des Täters verbunden** sind und die ausgesprochene Empfehlung überdies sachlich unbegründet ist. - Nach überwiegender Auffassung gelten auch solche Fälle als Scalping, in denen die Empfehlung sachlich gerechtfertigt ist; denn die relevante Täuschungshandlung (i. S. des § 20 a I 1 Nr. 3 WpHG) des Scalping sei darin zu sehen, dass die ausgesprochene Empfehlung tatsächlich einem empfehlungsgegenläufigen Auf- oder Abbau eigener Wertpapiere dient, mit dem Ziel, den Börsen- oder Marktpreis zu eigenen Gunsten durch entsprechendes Verhalten der Erklärungsadressaten zu beeinflussen, und diese hierüber nicht aufgeklärt werden. - Die **strafrechtliche Verantwortlichkeit** des Scalpers **folgt aus dem Prinzip „disclose or abstain“**, Anknüpfungspunkt für die strafrechtliche Subsumtion unter §§ 38 II, 39 I Nr. 2, 20 a WpHG ist dabei der zweite Akt des Scalping, also die Abgabe der Empfehlung ohne Offenlegung der eigenen Positionen.

5. **Ladiges: Stillschweigende Durchsuchungsanordnungen im Strafverfahren? (NStZ 2014, 609)**

Im Strafverfahren ist eine **stillschweigende richterliche Anordnung zur Durchsuchung einer Wohnung** gem. § 105 I StPO **weder in richterlichen Erkenntnisentscheidungen noch in der Anordnung anderer Zwangsmaßnahmen enthalten**; der **Richtervorbehalt erfordert eine ausdrückliche Anordnung**, die die Befugnisse der Ermittlungspersonen, die die Anordnung vollstrecken, und die Duldungspflichten der von der Durchsuchung betroffenen Personen unmissverständlich regelt; nach Ansicht des Autors dürfte vor diesem Hintergrund auch die Regelung zur Entbehrlichkeit einer Durchsuchungsanordnung bei Haftbefehlen nach § 758 a II, 2. Alt. ZPO mit Art. 13 II GG nicht zu vereinbaren sein; die ZPO darf keine von Art. 13 II G abweichenden Regelungen treffen, indem sie für Maßnahmen, die rechtlich eine Durchsuchung darstellen, die Entbehrlichkeit einer Durchsuchungsanordnung statuiert; i. Ü. besteht auch kein zwingendes praktisches Bedürfnis für die Zulässigkeit von stillschweigenden richterlichen Durchsuchungsanordnungen, denn in zeitkritischen Fällen, in denen eine ausdrückliche richterliche Anordnung nicht rechtzeitig zu beschaffen ist, können die StA und ihre Ermittlungspersonen nämlich selbst die Durchsuchung anordnen. - Selbst für den Fall, dass man stillschweigende richterliche Durchsuchungsanordnungen im Strafverfahrensrecht für zulässig ansieht, muss betont werden, dass dann jedenfalls bei der Vollstreckung der Anordnung die Vorschriften in §§ 104 ff. StPO beachtet werden müssten; es ist kein Grund ersichtlich, warum für die Vollstreckung stillschweigender richterlicher Anordnungen andere Regelungen gelten sollten als für die Vollstreckung ausdrücklicher richterlicher Anordnungen; insbesondere müssten also die **Regelungen zur Hinzuziehung von Durchsuchungszeugen** (§ 105 II StPO), die ohnehin bei Durchsuchungen zwingendes Recht sind, und die **Beschränkungen für nächtliche Durchsuchungen** (§ 104 StPO) **beachtet** werden.

### III. Öffentliches Recht

1. **Sanden: Altlastenverantwortlichkeit trotz Dereliktion (NVwZ 2014, 1329)**

Die **Dereliktion** ist nur in **Baden-Württemberg sowie in Sachsen** noch **nicht in den Gesetzen verankert**. - Mit seinem Inkrafttreten sorgte das **Bundes-Bodenschutzgesetz** mit seiner klaren Regelung in § 4 III 4 Alt. 2 BBodSchG für Rechtssicherheit: Nach der bodenschutzrechtlichen Regelung wird der Alteigentümer an der Zustandsstörer festgehalten, ohne dass es auf die Frage der Sittenwidrigkeit der Eigentumsaufgabe noch ankäme; es reicht die objektive Dereliktion, egal aus welchem Grund; es kommt auch nicht darauf an, ob die Sache nach der Dereliktion herrenlos ist oder nicht, also schon eine Aneignung stattgefunden hat; irrelevant ist es auch, ob der frühere Eigentümer trotz Dereliktion Besitzer der Fläche und damit aus einem anderen Grund Zustandsstörer bleibt; ebenfalls irrelevant werden damit Streitigkeiten über den noch zulässigen Zeitpunkt der Dereliktion im Verhältnis Störer und Behörde; auch auf Hilfskonstruktionen, wie etwa die, bei der Dereliktion handele es sich systematisch betrachtet eher um einen Fall der Verhaltensstörung, weil der Aufgabeakt ein Verhalten sei, kommt es nicht mehr an. - Wenn die zuständige Bodenschutzbehörde also nach wie vor den **Derelinquenten als Zustandsstörer** heranziehen darf, stellt sich die Frage nach der **Reichweite der Verantwortlichkeit**, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung anzustellen ist: Das VG Freiburg will den Vorgang der Dereliktion, genauer den Wegfall des Nutzungswertes sowie einen möglicherweise gestiegenen Verkehrswert, als für den Zustandsstörer haftungsbegrenzendes Moment berücksichtigen lassen: Damit dürfte bei einem normalen Zustandsstörer, der sein Eigentum am Grundstück aufgibt, im Ergebnis so gut wie keine Kostenlast mehr verbleiben; dies widerspricht der eindeutigen gesetzgeberischen Wertung, die den **Derelinquenten weiterhin in der Haftung** sehen will; eine solche Haftungsgrenze ist mithin abzulehnen. - Dass die angeordneten Maßnahmen sich überwiegend auf ein nicht mehr dem Störer gehörendes Grundstück beziehen, führt nicht zu einem Fall der rechtlichen Unmöglichkeit: Der Störer kann die Maßnahmen entweder mit Einverständnis des neuen Eigentümers des aufgegebenen Grundstücks oder nach Erlass einer Duldungsverfügung der zuständigen Behörde gegenüber dem betroffenen Neueigentümer durchführen. - Zu diskutieren bleibt der Fall, dass von dem derelinquierten Grundstück **nach der Dereliktion eine (neue, zusätzliche) Gefahr** auftritt, was im Bereich der Altlastensanierung u. a. dann der Fall sein kann, wenn neben der Gefahr für Menschen (z. B. über den Boden-Luft-Wirkungspfad) nunmehr eine Gefahr für das Grundwasser i. S. des § 4 III BBodSchG auftritt, weil die Altlast sich inzwischen dem ersten Grundwasserleiter mitteilt; im Ergebnis erscheint es daher richtig, den früheren Eigentümer oder Pächter trotz Dereliktion als Zustandsstörer auch bei neu auftretenden Gefahren, heranzuziehen; im Rahmen von Verhältnismäßigkeitsabwägungen mag die Kostenlast im Einzelfall bei sehr lange zurückliegenden Dereliktionen oder sonstigen Härtefällen auf eine Haftung aus sonstigem Vermögen in Höhe des Verkehrswertes des Grundstücks begrenzt oder gar gänzlich ausgeschlossen sein, eine Automatik liegt darin jedoch nicht. - Fraglich ist zudem, ob ein brachliegendes Grundstück durch einen Liquidator (Agent des Unternehmens, nicht Insolvenzverwalter) aufgegeben werden darf: Bei einer **Liquidation des Unter-**

**nehmens bleibt die aufgelöste Gesellschaft** im sog. Abwicklungsverfahren **als Eigentümerin des Betriebsgrundstücks Störerin**; dass der Zustand der Liquidation der Gesellschaft die öffentlich-rechtliche Heranziehung schon im Stadium der Ermessensausübung der Bodenschutzbehörde blockiere, wie es in der Rspr. vertreten wird, lässt sich nach Ansicht des Autors nicht nachvollziehen, ist doch ein Fortsetzungsbeschluss der Gesellschafter möglich, wenn Vermögen in schuldendeckendem Umfang vorhanden ist und die Löschung der Gesellschaft (vgl. § 74 I 2 GmbHG, § 274 AktG) noch nicht erfolgt ist; auch eine **Nachtragsliquidation/Nachtragsabwicklung** (§ 273 IV AktG direkt für die AG oder analog für die GmbH) ist möglich, stellt sich nach Löschung der Gesellschaft noch das Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen heraus; erst die sog. Vollbeendigung, die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft sowie die Eintragung der Löschung, führt zum Erlöschen aller Verpflichtungen; eine Dereliction durch den Liquidator (Auflösung nach §§ 723 ff. BGB, § 131 HGB, § 262 AktG sowie § 60 GmbHG) wird dabei allerdings der Einzelfall bleiben: - Die Liquidation des Unternehmens wird regelmäßig die Gestalt einer verfahrensmanenten Vollabwicklung haben: Ziel des Liquidators ist nach § 70 S. 1 GmbHG die **Umsetzung des Vermögens in Geld** („Versilberung“), d. h. die möglichst gewinnbringende Veräußerung des Gesellschaftsvermögens samt des Betriebsgrundstücks der Gesellschaft; das gilt auch für eine Kapitalgesellschaft, wenn deren Reorganisation ausscheidet. - Die Verantwortlichkeit trotz Dereliction ist einer der Gründe für den Vorwurf der „**Ewigkeithaftung**“ **wegen Altlasten**, aber diese ist dem Polizei- und Ordnungsrecht systemimmanent; eine einfache Ausstiegslösung zu Lasten des Fiskus bzw. der Steuerzahler scheidet damit aus.

## 2. Jasper: Von Inhalten, Schranken und wichtigen Weichenstellungen (DÖV 2014, 872)

Die herkömmlich als normgeprägtes Grundrecht bezeichnete **Eigentumsgarantie** weist zwar einige Besonderheiten auf, sie lässt sich jedoch anhand der hergebrachten Kategorien grundrechtlicher Tatbestand, Eingriff und verfassungsrechtliche Rechtfertigung auf Verletzungen hin untersuchen; insbesondere beinhaltet das Grundgesetz selbst einen Eigentumsbegriff und verweist diesbzgl. nicht lediglich auf einfachgesetzliche Ausgestaltungsregelungen. - Unter **Schrankenbestimmungen** i. S. v. Art. 14 I 2 GG sind alle gesetzlichen Regelungen zu verstehen, die das grundgesetzlich garantierte Eigentumsrecht des Einzelnen verkürzen, ohne Enteignungen nach Art. 14 III GG zu sein; für so verstandene Schrankenbestimmungen gelten die allgemeinen Anforderungen an grundrechtsbeschränkende Regelungen. - Eine **Beeinträchtigung der Eigentumsgarantie** liegt dann vor, wenn das **Eigentum des Einzelnen durch sonstiges Verhalten der grundrechtsgebundenen Staatsgewalt verkürzt** wird; für bloße Inhaltsbestimmungen i. S. d. Art. 14 I 2 GG bleibt daneben nur wenig Raum, da diese nur dann vorliegen, wenn Regelungen das grundrechtlich geschützte Eigentum in keiner Weise verkürzen.

## 3. Siegel: Erneut auf dem Prüfstand: Kostentragung für Polizeieinsätze bei Fußballspielen? (DÖV 2014, 867)

Die **Polizeieinsätze bei Bundesligaspielen dienen** im Ausgangspunkt **der Gefahrenabwehr**; als zentrales Element der inneren Sicherheit ist die **Gefahrenabwehr als staatliche Kernaufgabe** einzuordnen; begründet wird dieses Ergebnis überwiegend mit rechtsstaatlichen Erwägungen und grundrechtlichen Schutzpflichten; teilweise erfolgt auch eine Berufung auf das **staatliche Gewaltenmonopol**. - Bedenklich erscheint vor dem Hintergrund des trotz unterschiedlicher Begründungselemente allgemein anerkannten Ergebnisses eine Initiative des Landes Nordrhein-Westfalen, die Polizeipräsenz bei Bundesligaspielen letztlich aus Kostengründen zu reduzieren, denn entweder war der bisherige Aufwand nicht erforderlich – dann würde sich auch die Frage des Kostenersatzes erledigen –, oder er war erforderlich – dann zöge sich der Staat partiell aus seiner Aufgabenverantwortung für die Gefahrenabwehr zurück. - Allerdings ist zu bedenken, dass die staatliche Aufgabe der Gefahrenabwehr auch ihre Grenzen aufweist, denn es wird bereits seit Längerem eine Grundsatzdebatte über die „Privatisierung der Gefahrenabwehr“ geführt: Hier ist zwar vor dem Hintergrund der Gefahrenabwehr als staatliche Aufgabe eine materielle Privatisierung i. S. einer Übertragung der Aufgabenverantwortung auf Private abzulehnen; hingegen begegnet eine lediglich funktionale Privatisierung, bei der Private lediglich in die Aufgabenwahrnehmung eingebunden werden, in gewissen Grenzen keinen grundlegenden Bedenken. - Unabhängig davon werden im Besonderen Polizei und Ordnungsbehörden zum Schutz privater Rechte nur subsidiär tätig; die **Verwirklichung von Sicherheitsmaßnahmen im Zusammenhang mit letztlich privat veranstalteten Fußballspielen ist** daher zumindest auch **Aufgabe des betreffenden Veranstalters**; allerdings darf nicht verkannt werden, dass höherklassige Spiele erhebliche Auswirkungen auch auf die öffentliche Infrastruktur haben, sodass insoweit von einer „**Semi-Öffentlichkeit**“ gesprochen werden kann; zudem obliegt den Gefahrenabwehrbehörden auch im privaten Bereich die Verhinderung von Straftaten, da dann zugleich die polizeilichen Schutzgüter tangiert sind. - Die **Erhebung von Gebühren für den Polizeieinsatz bei „Problemspielen“** begegnet im Grundsatz **keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken**: So schließt die Einordnung der Gefahrenabwehr als Staatsaufgabe die Kostenerhebung nicht kategorisch aus; zudem mögen die privaten Veranstalter aufgrund der von ihnen erstellten Sicherheitskonzepte zwar nicht als Störer im polizeirechtlichen Sinne einzuordnen sein; einer individuellen Zurechnung der durch Problemspiele verursachten Mehrkosten steht dies jedoch nicht entgegen; erforderlich ist jedoch eine hinreichend bestimmte gesetzliche Regelung, die neben dem Kostentatbestand auch den Kostenschuldner und die Kostenberechnung normiert; darüber hinaus ist mit dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip** lediglich eine pauschale Gebühr vereinbar, und bei der konkreten Umsetzung ist zudem die Chancengleichheit unter den Veranstaltern und Austragungsarten zu wahren. - Von der grundsätzlichen Möglichkeit einer Kostenerhebung streng zu unterscheiden ist jedoch die Frage der rechtspolitischen Erwünschtheit: Ein Blick in die anderen europäischen Staaten zeigt, dass dort die Debatte weniger emotional geführt wird; diese Frage muss jedoch jeder Landesgesetzgeber für sich gesondert beantworten, er sollte sich dabei aber nicht beeinflussen lassen von möglichen Spielverlegungen aus Anlass der Kostendebatte; eine **unterschiedliche Regelung in den einzelnen Bundesländern** wäre jedoch letztlich **rechtspolitisch fragwürdig**, da dies zu **Wettbewerbsbeeinträchtigungen** führen würde.

4. **Ramsauer/Wendt:** Einsatz der Fracking-Technologie insbesondere aus der Sicht des Gewässerschutzes (NVwZ 2014, 1401)

Da die **Fracking-Technologie im Bergbau** bei der Gewinnung sog. bergfreier Bodenschätze, hier von Erdgas, eingesetzt wird, finden zunächst die **allgemeinen Vorschriften des Bergrechts** einschließlich der **UVP-V Bergbau** und wegen der Bedeutung für das Grundwasser daneben auch **Vorschriften des Wasserrechts** Anwendung; darüber hinaus sind aber auch die **Bestimmungen des Raumordnungs- und Planungsrechts, des Naturschutzrechts, des Bodenschutzrechts und des Abwasser- und Abfallrechts** beachtlich. - Obwohl die Fracking-Technologie in Deutschland in der Vergangenheit zur Ausbeutung von konventionellen Lagerstätten und zur Gewinnung von „Tight-Gas“ bereits eingesetzt wurde, gibt es bisher **keine Regelungen, mit denen den spezifischen Gefahren des Einsatzes der Fracking-Technologie im Bergbau begegnet wird**; insgesamt ist festzustellen, dass das deutsche Umweltrecht verfahrensrechtlich und materiell-rechtlich nicht hinreichend gerüstet ist, um Aktivitäten des Bergbaus unter Einsatz der Fracking-Technologie im Hinblick auf die dadurch hervorgerufenen neuen Gefahren und Risiken angemessen zu steuern; Regelungsbedarf besteht sowohl in Bezug auf die Einräumung von Bergbauberechtigungen für Erlaubnis- und Bewilligungsfelder als auch im Hinblick auf die bergrechtlichen Betriebsplanzulassungen; bei den Berechtigungen erscheint es geboten, dass sowohl auf raumordnerische Festsetzungen als auch auf förmlich festgesetzte Wasser- und Heilquellenschutzgebiete Rücksicht genommen wird; dasselbe sollte für weitere, klar abgegrenzte Gebiete gelten, in denen die Wasserbehörde zum Schutze der Wassergewinnung den Einsatz der Fracking-Technologie verboten hat. - Für Betriebsplanzulassungen sollte eine Beteiligung der Wasserbehörden und eine UVP zwingend vorgesehen werden; hierzu sind **Änderungen sowohl im Bergrecht als auch im Wasserrecht erforderlich**; weiterhin erscheint es nach Auffassung des Autors geboten, den **Schutz von Wasser- und Heilquellenschutzgebieten sowie Wassereinzugsgebieten zu verbessern**, um die öffentliche Wasserversorgung sowie die Produktion von Getränken und anderen flüssigen Nahrungsmitteln vor dem Eintrag von Schadstoffen zu bewahren.

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

1. **Kilger/Prossliner:** Das Recht der berufsständischen Versorgung seit dem Jahr 2013 (NJW 2014, 3136)
2. **Borgmann:** Die Rspr. des BGH zum Anwaltshaftungsrecht von Mitte 2013 bis Mitte 2014 (NJW 2014, 3412)
3. **Fromm:** Der auswärtige Gerichtstermin in Strafsachen (NJOZ 2014, 1761)

Der Wahlverteidiger sollte sich im eigenen Interesse durch angemessene **Vorschüsse gem. § 9 RVG** absichern; wird die Strafsache als Pflichtverteidiger bearbeitet, so ist zwar der Honoraranspruch abgesichert, die Geltendmachung einer Pauschgebühr gem. § 51 RVG allein mit dem Argument, als auswärtiger Verteidiger sei er in besonderem Maße zeitlich eingespannt im Verhältnis zu einem Verteidiger vor Ort, hat jedoch nach höchstrichterlicher Rspr. keine Aussicht auf Erfolg. - Kosten für die Geschäftsreisen werden dem Rechtsanwalt erstattet, allerdings gilt stets der **Grundsatz der Kostengeringshaltung**, unter mehreren gleichartigen Maßnahmen ist die kostengünstigere auszuwählen; dies kann auch eine Flugreise sein; als angemessene Kosten werden jedenfalls die Ausgaben für die Fahrkarte (1. Klasse) der Deutschen Bahn angesehen. - **Terminierungen auf eine „Unzeit“ muss der auswärtige Verteidiger nicht akzeptieren**; eine **Anreise zur Nachtzeit** wäre dem Rechtsanwalt **nicht zumutbar**, so dass ein Anspruch auf Terminsverlegung besteht; verweigert das Gericht eine Terminierung auf eine humane Zeit, so kann der Rechtsanwalt gegen die Ablehnung der Terminsverlegung Beschwerde einlegen; ferner ist zu prüfen, ob die Terminsablehnung willkürlich war, so dass auch ein **Befangenheitsantrag gegen den Richter** in Erwägung zu ziehen ist.

## Rechtmäßigkeit eines Leistungsbescheides zur Geltendmachung der Kosten der Ersatzvornahme bei Vollstreckung aufgrund sofort vollziehbaren VA's

I. Ermächtigungsgrundlage: §§ 20 II 2 Nr. 7 VO VwVG nw i.V.m. § 77 VwVG nw

### II. formelle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides

1. Zuständigkeit: § 20 II VO VwVG nw: Vollstreckungsbehörde
2. Form
3. Verfahren: insb. § 28 VwVfG

**Beachte:** § 28 II Nr. 5 VwVfG gilt nicht, da das Vollstreckungsverfahren mit der Durchführung der Ersatzvornahme abgeschlossen ist und die Kostengeltendmachung daher nicht mehr zur Verwaltungsvollstreckung zählt.

### III. materielle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides

#### 1. Rechtmäßigkeit der Verwaltungsvollstreckung

##### a) Rechtsgrundlage für Verwaltungsvollstreckung: § 55 I VwVG nw

Voraussetzung: **vollstreckbare Grundverfügung**

aa) VA gerichtet auf Handlung, Duldung oder Unterlassung (bei Fehlen: Sofortvollzug)

bb) Wirksamkeit, § 43 VwVfG

cc) Vollstreckbarkeit

(1) Unanfechtbarkeit oder

(2) sofortige Vollziehung (§ 80 II VwGO)

(a) Wegfall der aufschiebenden Wirkung

(b) Rechtmäßigkeit des VA

b) **Zuständigkeit:** Behörde die VA erlassen hat (§ 56 I VwVG nw)

c) **Nichterfüllung der Pflicht** trotz tatsächlicher und rechtlicher Möglichkeit

d) ordnungsgemäße **Art und Weise der Vollstreckung**

##### aa) ordnungsgemäße Androhung, § 63 VwVG /Entbehrlichkeit, § 63 I 5 VwVG

(1) Schriftform (§ 63 VwVG nw)

(2) schriftliche Begründung (§ 39 I VwVfG)

(3) Anhörung: nach § 28 II Nr. 5 VwVfG nicht erforderlich

(4) Verbindung mit dem Grund-VA bei sofortiger Vollziehbarkeit (§ 63 II 2 VwVG nw)

(5) Fristsetzung für Erfüllung der Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflicht / Angemessenheit der Frist

(6) Androhung eines bestimmten Zwangsmittels (§ 63 III VwVG nw)

- bei Zwangsgeld: Androhung in bestimmter Höhe

- bei Ersatzvornahme: Angabe der voraussichtlichen Kosten

(7) Zustellung (§ 63 IV VwVG nw)

##### bb) ordnungsgemäße Festsetzung / Entbehrlichkeit, § 64 S. 2 VwVG

(1) Schriftform: nicht erforderlich

(2) Anhörung nach § 28 II Nr. 5 VwVfG nicht erforderlich

(3) Fristablauf

(4) Übereinstimmung mit Androhung

##### cc) ordnungsgemäße Anwendung des Zwangsmittels

e) **richtiger Adressat**

f) **zulässiges Zwangsmittel**

g) **Verhältnismäßigkeit**

#### 2. Rechtmäßigkeit der Geltendmachung

a) Richtiger Kostenansatz

b) richtiger Kostenschuldner

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung Öffentl. Recht

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

<b>Land:</b> <b>Rh-Pf</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>Dr. B.</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>16.09.2014</b>
------------------------------	---	---

### Zur Person:

Dr. B oblag der Vorsitz der Prüfungskommission. Im Vorgespräch erkundigte er sich zunächst mit Hilfe des Lebenslaufs aus der Prüfungsakte nach früheren Noten, Berufswunsch, weshalb die Klausuren schlecht ausgefallen seien, ob und wenn ja welche Endnoten ich mir vorgestellt und ob ich den dafür erforderlichen Notenschnitt für die mündliche Prüfung ausgerechnet hätte.

Die Prüfung lief selbst ohne große Pausen ab. Er achtete ziemlich streng auf die Einhaltung der Zeitvorgaben für die Prüfungen. Um halb vier war diese bei vier Prüflingen und einer halbstündigen Mittagspause beendet. Punkte sind von den Prüfern (abgesehen von Herrn Dr. B) nicht ganz so euphorisch vergeben worden. Ein Prüfling verbesserte sich auf ein Befriedigend, i. Ü. gab es maximal einen halben Punkt mehr in der Endnote. Abschließend bleibt nur zu sagen, dass man sich glücklich schätzen darf, ihm als Prüfling zugeteilt worden zu sein.

Die Prüfung war ganz zum Schluss angesetzt. Herr Dr. Bitter stellte einen Fall vor, der nach den Prüfungsprotokollen bereits 2006 von ihm geprüft wurde:

### Zur Prüfung:

**Fall:** Eine Familie hat ein Kind, das Mitglied im Thomanerchor in Leipzig (bzw. in Trier) ist. Der Thomanerchor probt in Räumlichkeiten der Stadt. Mit Eintritt des Kindes in den Chor wurde ein Aufnahmevertrag (und AGB) über die Mitgliedschaft des Kindes abgeschlossen.

Die Stadt erlässt Jahre später eine Satzung, wonach die Inanspruchnahme des Chores durch das Kind nunmehr 72 € pro Jahr kosten soll. Es ergeht ein Gebührenbescheid an die Eltern, gegen den diese erfolglos das Widerspruchsverfahren durchlaufen. Die Gebühren wurden bezahlt. Die Eltern klagen nunmehr.

Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs, Rechtsgrundlage? § 40 VwGO

Wie stellt man fest, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt? Modifizierte Subjektstheorie etc.

Was sind hier die streitentscheidenden Normen? Diese entstammen dem KAG.

Ist die Klage statthaft? Die Statthaftigkeit richtet sich nach dem Begehren der Kläger. Dieses liegt in der Aufhebung des Gebührenbescheids sowie der Rückzahlung der Gebühren. Statthaft sind daher die Anfechtungsklage bzgl. des Gebührenbescheids sowie die Leistungsklage bzgl. der Gebührenrückzahlung.

Was sind Gebühren? § 7 KAG bestimmt, was Gebühren sind.

Sind die Kläger klagebefugt? Die Klagebefugnis ergibt sich nach § 42 II VwGO aus der möglichen Verletzung des subjektiv-öffentlichen Rechts der allgemeinen Handlungsfreiheit durch den die Kläger belastenden Gebührenbescheid.

Woraus ergibt sich die Klagebefugnis bei einer Verpflichtungsklage? Der Kläger muss geltend machen können, dass eine Verletzung seiner subjektiv-öffentlichen Rechte nicht völlig ausgeschlossen oder möglich ist (Möglichkeitstheorie).

Wer ist Klagegegner? Rechtsgrundlage? Welches Prinzip liegt der Vorschrift zugrunde? Nach § 78 VwGO ist die Klage gegen die Stadt zu richten (Rechtsträgerprinzip).

Wer entscheidet über den Widerspruch? Wie ist der Rechtsausschuss besetzt? Wer bestimmt, wer Beisitzer im Rechtsausschuss ist? Bei welchen Behörden sind Rechtsausschüsse angesiedelt? Über den Widerspruch entschied hier der Rechtsausschuss der Stadt Trier. Dieser ist nach der AGVwGO mit einem Juristen (Vorsitzendem) und zwei Beisitzern besetzt, die vom Kreistag (wenn es ein Kreisrechtsausschuss ist) oder vom Stadtrat (Stadtrechtsausschuss) gewählt werden.

## II. Begründetheit der Klage

Nach § 113 I 1 VwGO hat die Klage Aussicht auf Erfolg, soweit der Gebührenbescheid rechtswidrig und der Kläger in seinen Rechten verletzt ist.

Ermächtigungsgrundlage für den Gebührenbescheid ist die Satzung, vor Prüfung der Voraussetzungen der Satzung für den Erlass des Gebührenbescheids gilt es festzustellen, ob die Satzung formell und materiell rechtmäßig ist.

Darf das Verwaltungsgericht die Satzung prüfen und verwerfen?

Das Verwaltungsgericht darf prüfen, ob die Satzung in dem, dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Einzelfall, wirksame Ermächtigungsgrundlage sein kann. Ist die Satzung rechtswidrig, wendet das Verwaltungsgericht sie in diesem Rechtsstreit nicht an. Verwerfen darf es sie allerdings nicht, da die Normenverwerfungskompetenz allein dem BVerfG zusteht, bzgl. Normen nach § 47 VwGO i. V. m. § 4 AGVwGO auch dem OVG.

Rechtsgrundlage für die Satzung? Nicht § 24 GemO, sondern §§ 1, 7 KAG.

Voraussetzungen des § 7 KAG?

Was sind kommunale Gebietskörperschaften? Juristische Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Welches Problem wirft der Sachverhalt bzgl. § 7 KAG auf? Gebühren können nur für die Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung erhoben werden. Nach dem BVerwG ist der Chor keine öffentliche Einrichtung.

Definition der öffentlichen Einrichtung? Bestand an personellen und sachlichen Mitteln, die durch Widmungsakt den Einwohnern einer Kommune zur Verfügung gestellt werden.

Wie kann eine Widmung erfolgen? Ausdrücklich, konkludent, durch Rechtsakt, durch Realakt.

Warum kann man der Ansicht sein, dass der Chor keine öffentliche Einrichtung darstellt?

Der Chor besteht aus den Mitgliedern. Mitglieder können nicht zugleich Teil der öffentlichen Einrichtung als auch Nutzer der öffentlichen Einrichtung sein.

Ergebnis in Bezug auf die Anfechtungsklage? Der Satzung ist in Ermangelung der Voraussetzungen für eine Gebührensatzung nach § 7 KAG rechtswidrig. Die Anfechtungsklage ist erfolgreich.

Was ist mit der begehrten Rückzahlung? Diese wird als Annexantrag zur Anfechtungsklage (siehe auch § 113 I 2 VwGO) geltend gemacht.

In welchem Verhältnis stehen der Antrag nach § 113 I 2 VwGO und die Anfechtungsklage zueinander? Das Verhältnis ist ein Stufenverhältnis.

Anspruchsgrundlage für den Annexantrag? In Betracht kommen der Folgenbeseitigungsanspruch oder der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch.

Rechtsgrundlage der beiden vorgenannten Ansprüche? Der Folgenbeseitigungsanspruch und öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch sind jeweils gewohnheitsrechtlich anerkannt. Der Folgenbeseitigungsanspruch wird aus § 1004 BGB sowie dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG), der Erstattungsanspruch u. a. hergeleitet aus den §§ 812 ff. BGB, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 20 III GG.

Gibt es auch eine gesetzliche Erwähnung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs? § 49 a VwVfG sowie beamtenrechtliche Vorschriften beinhalten einen Erstattungsanspruch.

Viel Erfolg!!!

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Zivilrecht

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

<b>Land:</b> Saarland	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Ri in AG T	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 08.09.2014
--------------------------	--	--

**Zur Person:**

Ri in T ist eine noch sehr junge Prüferin und macht einen sympathischen Eindruck. Bei ihrer Prüfung blieb allerdings oftmals unklar, worauf sie eigentlich hinaus möchte.

**Zur Prüfung:**

Zu Beginn der Prüfung erhielten wir die Kopie einer Anmeldung eines Schülers auf einer Privatschule. der Text lautete etwa „Hiermit melden wir (Namen der Eltern) unseren Sohn (Name des Sohnes) für das Schuljahr 2011/2012 (August 2011 bis Juli 2012) auf der Schule (Name) zum Preis von monatlich 380,- € an.“ Unter dem Text befanden sich zwei Felder, die für die Unterschrift der Eltern vorgesehen war, unterschrieben hatte aber tatsächlich nur die Mutter.

T schilderte sodann, dass die monatlichen Beiträge 08/11 bis 04/12 nicht gezahlt worden seien, diesbzgl. habe es aber eine Stundungsvereinbarung bis 09/12 gegeben. Die Beiträge für 05/12 sowie 06/12 seien regulär bezahlt worden.

Mittlerweile, also im Mai 2013, habe die Schule Zahlungsklage gegen die Eltern erhoben, welche sich zwecks Erteilung eines anwaltlichen Rates an uns wenden.

Die Mutter wendet dazu ein, dass der Sohn sein Abitur nicht bestanden und seit Mai die Schule nicht mehr besucht habe. Ihrer Ansicht nach müsse sich das auf den Zahlungsanspruch auswirken. Des Weiteren sei der Unterricht, insbes. in Deutsch, sehr schlecht gewesen, so dass es kein Wunder sei, dass ihr Sohn das Abitur nicht bestanden habe. Hierzu teilt T mit, dass es zwar nicht der einzige gewesen sei, der durchgefallen ist, die meisten Schüler haben ihr Abitur geschafft.

Der Vertrag wurde von uns - in Abgrenzung zum Werkvertrag - als Dienstvertrag qualifiziert, da ein bestimmter Erfolg nicht geschuldet war.

Hinsichtlich der Vertragspartner stellten wir fest, dass der Vater nicht unterschrieben hat und daher nur dann verpflichtet worden ist, wenn ihn seine Frau durch ihre Unterschrift vertreten hat. Wir sprachen hier § 164 BGB sowie § 1357 BGB an. T führte hierzu weiterhin aus, dass der Sohn die Schule auch in den vorhergehenden Schuljahren besuchte und immer nur die Mutter unterschrieben habe, so dass wir auch noch auf die Anscheins- sowie Duldungsvollmacht zu sprechen kamen.

Letztendlich bleib aber offen, ob der Vater und ggf. wie dieser mitverantwortet wurde, T klärte und diesbzgl. auch nicht auf.

Hinsichtlich der im Mai und im Juni geleisteten Zahlungen (ohne Leistungsbestimmung) kamen wir auf § 366 II BGB zu sprechen, nachdem Zahlungen ohne Leistungsbestimmung immer auf die fällige und älteste Schuld verrechnet werden, so dass sich die Frage stellte, ob hierdurch nicht das Schulgeld für 05/12 und 06/12 getilgt wurde, sondern für 08/11 sowie 09/11. Dies wurde aber verneint, da die Beiträge 08/11 bis 04/12 zu diesem Zeitpunkt (bis 09/12) gestundet und daher nicht fällig waren.

Hinsichtlich der von der Mutter vorgetragene Einwände stellten wir fest, dass diese nicht beachtlich sind, da ein bestimmter Erfolg (Bestehen des Abiturs) nicht geschuldet war. Die im Raum stehende Schlechtleistung (Deutschunterricht) war ebenfalls unbeachtlich, da diese im Zweifel nicht bewiesen werden kann (die meisten Schüler haben das Abitur bestanden).

Abschließend sollten wir einen Vorschlag machen, was wir unseren Mandanten bzgl. der Klage raten würden: Hier wurde genannt Anerkenntnis bzw. nur Anerkenntnis seitens der Mutter und Verteidigung hinsichtlich des Vaters (dies wäre jedoch mit erheblichen Risiken verbunden, da das Gericht dahin entscheiden könnte, dass dieser wirksam mitverantwortet worden ist). Außerdem haben wir in Erwägung gezogen, zur Zahlung zu raten und auf einen § 91a ZPO-Beschluss hinzuwirken.

# 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



