



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

40. Jahrg.

Dezember 2015

Heft 12

---

## Aus dem Inhalt

- |                     |  |
|---------------------|--|
| <b>BGH:</b>         | Haftung des Vereins für Gefälligkeitsfahrten         |
| <b>OLG München:</b> | Wirksamkeitsanforderungen bei Nottestament           |
| <b>BGH:</b>         | Räuberischer Diebstahl bei Polizeiflucht             |
| <b>BVerwG:</b>      | Bauen im unbeplanten Innenbereich                    |
| <b>OLG Hamm:</b>    | Gerichtsstand bei Rückabwicklung eines Kaufvertrages |
| <b>BVerfG:</b>      | Entkleidung eines Strafgefangenen                    |
| <b>BVerwG:</b>      | Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren           |

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 Redakteurin:**

Silke Wollburg, 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 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten  
Zahlung quartalsweise im Voraus

**Inhalt**

**Brandaktuell**

BGH: Mieterhöhung bei Wohnflächenabweichung  
(Beachtung der Kappungsgrenze)..... 1

**Zivilrecht**

BGH: Transport zu Sportveranstaltungen  
(Keine Haftung des Vereins für Gefälligkeitsfahrten)..... 2

OLG München: Nottestament  
(Wirksamkeitsanforderungen)..... 4

**Strafrecht**

BGH: Räuberischer Diebstahl bei Polizeiflucht  
(Zusammenhang Vortat/Nötigung)..... 8

BGH: Misshandlung von Schutzbefohlenen  
(Meditation statt medizinischer Versorgung)..... 11

**Öffentliches Recht**

OVG Lüneburg: Nichteinschreiten gegen Drogenhandel in Diskothek  
(Unzuverlässigkeit des Inhabers)..... 15

BVerwG: Bauen im unbeplanten Innenbereich  
(Bestimmung des Bebauungszusammenhangs)..... 18

**Kurzauslese I**

BGH: Reparaturkosten über Wiederbeschaffungswert  
(Vollständige und fachgerechte Reparatur)..... 21

OLG Koblenz: Überprüfung von Mängelrügen  
(Voraussetzungen für Kostentragungspflicht bei Unbegründetheit)..... 21

BGH: Schufa-Hinweis in Mahnung  
(Anforderungen an Rechtmäßigkeit)..... 22

LG Frankfurt: Haustür-Abschließpflichten zur Nachtzeit  
(„Panikschloss“-System)..... 23

BGH: Außerordentliches Kündigungsrecht des Nacherben  
(Bestehendes Wohnraummietverhältnis)..... 24

BGH: Anspucken als Körperverletzung  
(Hervorrufen von Brechreiz)..... 24

BGH: Gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung  
(Anwesenheit einer weiteren Person)..... 24

BGH: Rücktritt vom Versuch  
(Freiwilligkeit nach Alarmierung der Polizei)..... 25

VGH Mannheim: Zulässigkeit einer indirekten Steuer  
(Kommunale Übernachtungssteuer)..... 25

OVG Münster: Informationsfreiheit  
(Kein Anspruch auf Herausgabe richterlicher Durchwahlnummern)..... 26

EuGH: Grundsicherungsleistungen für EU-Ausländer  
(Ausschluss europarechtskonform)..... 26

**Zivilrecht**

BGH: Neuer Vortrag im Berufungsverfahren  
(Unechtes Versäumnisurteil)..... 27

OLG Hamm: Gerichtsstand des Erfüllungsortes  
(Rückabwicklung eines Kaufvertrages)..... 30

**Strafrecht**

BVerfG: Entkleidung eines Strafgefangenen  
(Körperliche Durchsuchung)..... 33

**Öffentliches Recht**

OVG Berlin-Bbg.: Leistungsurteil auf Gewährung und Zahlung  
(Vorläufige Vollstreckbarkeit)..... 36

BVerwG: Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren  
(Vorgaben im Regionalplan)..... 38

**Kurzauslese II**

OLG Celle: Auswechslung des Klagegrundes bei Klageänderung  
(Streitwertaddition)..... 40

BGH: Verjährungshemmung durch Demnächst-Zustellung  
(Gescheiterte Prozessfinanzierung)..... 40

## Inhaltsverzeichnis

BGH:	Begriff der Wohnungseigentumssache (Zuständigkeit).....	40
BGH:	Plötzliche Krankheit des Prozessbevollmächtigten (Anforderungen an unverschuldete Säumnis).....	41
OLG Karlsruhe:	Einstellung des Ermittlungsverfahrens (Anfechtung durch Verletzten).....	42
BGH:	Besonderes öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung (Anklage wegen gefährlicher Körperverletzung).....	43
OLG Köln:	Grundsatz der Aktenwahrheit und -vollständigkeit (Entfernung von schuldpruch- oder rechtsfolgenrelevanten Schriftstücken).....	43
EGMR:	Angeklagte im Metallkäfig (Verstoß gegen das Folterverbot).....	44
OVG Bremen:	Fristverlängerungsantrag (Nicht verlängerbare Frist für Begründung des Berufungszulassungsantrags).....	44
VGH Mannheim:	Beschwerde gegen einstweilige Anordnung (Ausschluss bei befristeter Untersagung).....	45
BVerwG:	Anforderungen an Rechtsmittelbelehrung (Keine Pflicht zur Belehrung über die vor dem OVG zur Vertretung befugten Personen).....	45

### Speziell für Rechtsanwälte und Notare

#### Gebühren und Kosten

OVG Münster:	Streitwert für Baugenehmigung (Maßgeblichkeit des Jahresnutzwertes bei gewerblichen Bauten).....	46
OVG Bremen:	Erledigungs- und Termingebühr (Ausschluss der Deckung in der Rechtsschutzversicherung unwirksam).....	46
OLG Köln:	Notwendigkeit von Verteidigerkosten (Vor Begründung der staatsanwaltschaftlichen Berufung).....	47
LG Saarbrücken:	Verteidigergebühren über Mittelgebühr (Grenzen des billigen Ermessens).....	47

#### Aus der Praxis

BVerwG:	Organisationsverschulden des Einzelanwalts (Unfallnachricht an Mitarbeiterin).....	49
AG Hildesheim:	Widerruf eines Anwaltsvertrages (Anwendbarkeit der Regelungen über Fernabsatzverträge).....	49
AGH NRW:	Berufsrechtliche Pflicht zur Herausgabe der Handakten (Anlassloses Zurückhalten ist gravierendes Fehlverhalten).....	49
BGH:	Umgehung des Gegenanwalts (Anwaltlicher Insolvenzverwalter).....	50
OVG Bautzen:	Organisationsverschulden bei Fristversäumnissen (Abwendbarkeit bei konkreter Einzelanweisung).....	51
VGH Mannheim:	Beordnung eines auswärtigen Rechtsanwalts (Besonderheiten im Verwaltungsprozess).....	52

#### Steuerrecht

BFH:	Steuerfreiheit von Trinkgeldern (Freiwilligkeit der Zahlungen).....	53
BFH:	Hilfeleistung in Steuersachen (Eingeschränkte Befugnis des Hausverwalters).....	53
BFH:	Verkauf über Ebay (Umsatzsteuerbarkeit).....	54
BFH:	Verspätungszuschlag (Maßgeblichkeit der Höhe der Abschlusszahlung).....	54
BFH:	Absetzbarkeit der Kosten für Geburtstagsfeier (Bei gleichzeitig beruflichem Anlass).....	54

<b>Weitere Schrifttumsnachweise:</b> .....	55
--	----

## Brandaktuell

**BGB**  
§§ 313, 558

### Mieterhöhung bei Wohnflächenabweichung Beachtung der Kappungsgrenze

SR BT

(BGH in Pressemitteilung 189/2015; Urteil vom 18.11.2015 – VIII ZR 266/14)

1. Eine Mieterhöhung nach § 558 BGB darf **auf der Basis der tatsächlichen Wohnfläche** erfolgen, unabhängig davon, ob im Mietvertrag eine abweichende Wohnfläche angegeben und wie hoch die Abweichung von der tatsächlichen Wohnfläche ist.
2. Der Vermieter hat hierbei die **Kappungsgrenze** des § 558 III BGB zu beachten.
3. Aus einer unzutreffenden Wohnflächenangabe im Mietvertrag ergibt sich noch **kein Anwendungsfall eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB). Dem steht bereits entgegen, dass die zutreffende Ermittlung der tatsächlichen Wohnfläche regelmäßig in die **Risikosphäre des Vermieters** fällt.

**Fall:** Der Beklagte ist Mieter einer 5-Zimmer-Wohnung der Klägerin in Berlin. Im Mietvertrag sind die Wohnfläche mit 156,95 qm und die monatliche Miete mit 811,81 DM angegeben. Tatsächlich beträgt die Wohnfläche 210,43 qm.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten die Zustimmung zur Erhöhung der derzeitigen Bruttokaltmiete von 629,75 € auf insgesamt 937,52 €. Dies begründet sie damit, dass sie nach den allgemeinen Mieterhöhungsvorschriften zu einer Erhöhung der momentan geschuldeten Miete um 15 % (94,46 €) sowie darüber hinaus wegen einer Überschreitung der vertraglich vereinbarten Wohnfläche um 33,95 % zu einer entsprechenden weiteren Anhebung berechtigt sei. Der beklagte Mieter hat nur einer Mieterhöhung um 94,46 € zugestimmt. Hat die Vermieterin Anspruch auf die geltend gemachte Mieterhöhung?

Nach § 558 I BGB kann der Vermieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete in dem Zeitpunkt, zu dem die Erhöhung eintreten soll, seit 15 Monaten unverändert ist. Bei solchen Erhöhungen darf sich die Miete innerhalb von drei Jahren, von Erhöhungen nach den §§ 559 bis 560 abgesehen, nicht um mehr als 20 % erhöhen (Kappungsgrenze). Ist die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen in einer Gemeinde oder einem Teil einer Gemeinde besonders gefährdet ist und sind diese Gebiete in einer Rechtsverordnung bestimmt, so beträgt die Kappungsgrenze 15 %.

#### I. Maßgeblichkeit der tatsächlichen Wohnungsgröße

Es entspricht der Rechtsprechung des BGH, dass eine Wohnflächenabweichung nur erheblich ist, wenn sie mehr als 10 % ausmacht. Fraglich ist daher, welche Wohnfläche einem Mieterhöhungsverlangen des Vermieters zu Grunde gelegt werden kann.

*„Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat hat entschieden, dass es im Mieterhöhungsverfahren nach § 558 BGB nur auf die tatsächliche Wohnungsgröße ankommt. § 558 BGB soll es dem Vermieter ermöglichen, eine angemessene, am örtlichen Markt orientierte Miete zu erzielen. Für den Vergleich ist deshalb allein der **objektive Wohnwert** der zur Mieterhöhung anstehenden Wohnung maßgeblich, während etwaige Vereinbarungen der Mietvertragsparteien über die Wohnungsgröße im Mieterhöhungsverfahren keine Rolle spielen können, denn sonst würden nicht die tatsächlichen, sondern vertraglich fingierte Umstände berücksichtigt. **An seiner früheren Rechtsprechung**, dass der Vermieter sich an einer im Mietvertrag zu niedrig angegebenen Wohnfläche festhalten lassen muss, wenn die Abweichung nicht mehr als zehn Prozent beträgt, **hält der Senat deshalb nicht mehr fest**. Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall, dass die Wohnfläche im Mietvertrag zu groß angegeben ist; hier kann der Vermieter die Miete gemäß § 558 BGB ebenfalls nur auf der Grundlage der tatsächlichen (niedrigeren) Wohnfläche erhöhen.“* (BGH aaO.)

#### II. Beachtung der Kappungsgrenze

*„Neben der Berücksichtigung der wirklichen Wohnungsgröße im Rahmen der allgemeinen Mieterhöhungsvorschriften (§ 558 BGB) – das heißt unter Beachtung der Kappungsgrenze - besteht für den Vermieter **keine weitere Möglichkeit der einseitigen Mietanpassung**. Insbesondere ergibt sich aus einer unzutreffenden Wohnflächenangabe im Mietvertrag noch kein Anwendungsfall eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB). Dem steht bereits entgegen, dass die zutreffende Ermittlung der tatsächlichen Wohnfläche regelmäßig in die Risikosphäre des Vermieters fällt.“* (BGH aaO.)

## Entscheidungen materielles Recht

BGB

### Transport zu Sportveranstaltungen

SR BT

§§ 677, 683 S. 1, 670 Keine Haftung des Vereins für Gefälligkeitsfahrten

(BGH in NZV 2015, 483; Urteil vom 23.07.2015 – III ZR 346/14)

Wenn minderjährige Mitglieder eines Amateursportvereins **von ihren Familienangehörigen** oder Angehörigen anderer Vereinsmitglieder **zu Sportveranstaltungen gefahren** werden, handelt es sich grundsätzlich – auch im Verhältnis zum Sportverein – um eine **reine Gefälligkeit**, die sich im außerrechtlichen Bereich abspielt, so dass Aufwendungsersatzansprüche gegen den Verein (hier: Ersatz eines Verkehrsunfallschadens) ausscheiden.

**Fall:** Die Parteien streiten um den Ersatz von Schäden, die die Kl. bei einem Verkehrsunfall erlitten hat. Die Enkelin der Kl. spielt in der Mädchen-Fußballmannschaft des beklagten Vereins. Die Mannschaft nahm am 09.01.2011 in B. an der Hallenkreismeisterschaft teil. Die Kl., die ihre Enkelin zu dieser Veranstaltung bringen wollte, verunfallte mit ihrem Pkw auf der Fahrt von H. nach B. und zog sich dabei erhebliche Verletzungen zu. Die A-Versicherungs-AG, bei der der Bekl. eine Sportversicherung unterhält, lehnte die bei ihr angemeldeten Ansprüche der Kl. ab. Nach den Versicherungsbedingungen würden nur Vereinsmitglieder und zur Durchführung versicherter Veranstaltungen „offiziell eingesetzte“ Helfer Versicherungsschutz genießen; zu diesem Personenkreis gehöre die Kl. jedoch nicht. Die Kl. hat daraufhin den Bekl. auf Ersatz ihres materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch genommen. Zu Recht?

Die Kl. Könnte gegen die Bekl. Einen Anspruch auf Aufwendungsersatz aus echter, berechtigter GoA nach §§ 677, 683, 670 BGB haben.

### I. Besorgung eines fremden Geschäfts mit Fremdgeschäftsführungswillen

Es könnte sich um ein **objektiv fremdes Geschäft** oder ein **subjektiv fremdes Geschäft** handeln. Ein objektiv fremdes Geschäft ist ein Geschäft, das nach seinem **objektiven Inhalte** ausschließlich dem Pflichten- und Interessenkreis einer anderen Person zugewiesen ist (Reparatur seiner Sache). Das **subjektiv fremde Geschäft** ist ein objektiv neutrales Geschäft, das allein durch die Willensrichtung des Geschäftsführers zu einem fremden Geschäft zu werden vermag. Damit müssen die Besorgung eines fremden Geschäfts und der Fremdgeschäftsführungswillen gemeinsam geprüft werden.

#### 1. Rechtslage bei (möglichen) vertraglichen Verhältnissen

*„Im Bereich der rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse wird zwischen einem Auftrags- und einem Gefälligkeitsverhältnis unterschieden. Ob jemand für einen anderen ein Geschäft i.S.d. § 662 BGB besorgt oder jemandem nur eine **(außerrechtliche) Gefälligkeit** erweist, hängt vom **Rechtsbindungswillen** ab. Maßgeblich ist insoweit, wie sich dem objektiven Beobachter nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls mit Rücksicht auf die Verkehrssitte – das Handeln des Leistenden darstellt. Eine **vertragliche Bindung** wird insbesondere dann zu bejahen sein, wenn erkennbar ist, dass für den Leistungsempfänger **wesentliche Interessen wirtschaftlicher Art** auf dem Spiel stehen und er sich auf die **Leistungszusage** verlässt oder wenn der Leistende an der Angelegenheit ein **eigenes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse** hat. Ist dies hingegen nicht der Fall, kann dem Handelnden der Bet. nur unter besonderen Umständen ein rechtlicher Bindungswille zu Grunde gelegt werden. Ein **Bindungswille** wird deshalb in der Regel **beim so genannten Gefälligkeitshandeln des täglichen Lebens**, bei Zusagen im gesellschaftlichen Bereich oder bei Vorgängen, die diesen ähnlich sind, **zu verneinen** sein (vgl. Senat, NJW 1992, 498; zur Gefälligkeitsfahrt; s. auch Senat, BGHZ 88, 373 [382] = NJW 1984, 1533 und NJW 2012, 3366 Rn. 14 f.; BGHZ 21, 102 [106 f.] = NJW 1956, 1313; NJW 1968, 1874 = JZ 1969, 232 [233]; BGHZ 56, 204 [210] = NJW 1971, 1404 und NJW 2009, 1141 Rn. 7 f.).“ (BGH aaO.)*

#### 2. Übertragung dieser Grundsätze auf die Geschäftsführung ohne Auftrag

*„Genauso muss, **um Wertungswidersprüche zu vermeiden**, im Bereich der gesetzlichen Schuldverhältnisse zwischen der Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677 ff. BGB und der (außerrechtlichen) Gefälligkeit ohne Auftrag unterschieden werden. Maßgeblich ist insoweit ebenfalls, wie sich dem objektiven Beobachter – nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls mit Rücksicht auf die Verkehrssitte – das Handeln des Leistenden darstellt. Die Abgrenzung erfolgt unter Berücksichtigung unter anderem der Art der Tätigkeit, ihrem Grund und Zweck, ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung für den Geschäftsherrn, der Umstände, unter denen sie erbracht wird und der dabei entstehenden Interessenlage der Parteien. **Gefälligkeiten des täglichen Lebens oder vergleichbare Vorgänge können insoweit regelmäßig den Tatbestand der §§ 677 ff. BGB nicht erfüllen**. Hierbei kann dahinstehen, ob die*

Wertungen, die über das Vorliegen des gesetzlichen Schuldverhältnisses der Geschäftsführung ohne Auftrag oder des Nichtschuldverhältnisses der „Geschäftsführung aus Gefälligkeit“ bestimmen, im Rahmen eines normativen Verständnisses des Begriffs des „Geschäfts“ i.S.d. § 677 BGB (so Staudinger/Bergmann, BGB, Neubearb. 2015, Vorb. zu §§ 677 ff. Rn. 111; s.a. Erman/Dornis, BGB, 14. Aufl. 2014, § 677 Rn. 3; Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rn. 1145 ff.) oder im Rahmen des „Geschäftsübernahmewillens“ (so Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl. 2015, Einf v § 677 Rn. 2; Gehrlein in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2013, § 677 Rn. 1; Beuthien in Soergel, BGB, 13. Aufl. 2012, § 677 Rn. 4 i.V.m. Rn. 20) berücksichtigt werden.“ (BGH aaO.)

### 3. Anwendung auf den Fall

Die Kl. hat ihre Enkelin nach B. fahren wollen, um dieser die Teilnahme an der Kreismeisterschaft zu ermöglichen. Dies geschah aus Gefälligkeit gegenüber ihrer Enkelin beziehungsweise deren sorgeberechtigten Eltern. An dem Charakter der Fahrt als Gefälligkeit ändert sich nichts dadurch, dass der Transport nicht ausschließlich im alleinigen Interesse der Enkelin und ihrer Eltern, sondern auch im Interesse der Mannschaft und damit des beklagten Sportvereins lag.

„Der **„Bringdienst“ der minderjährigen Spielerinnen** zu auswärtigen Spielen war nach den tatrichterlichen Feststellungen Sache der Eltern beziehungsweise anderer Angehöriger oder Freunde. Die Kl. hat im Rahmen ihrer Anhörungen vor den Instanzgerichten angegeben, die **Kinder seien immer privat gefahren** worden. Sie selbst habe viele Fahrten durchgeführt und dafür nie etwas bekommen. Wenn sie nicht gefahren wäre, hätte man den Transport innerhalb der Familie oder der übrigen Vereinsmitglieder so umorganisiert, dass eine andere Person ihre Enkelin gefahren hätte. Dieser übliche Ablauf spricht entscheidend dagegen, den auf freiwilliger Grundlage erfolgten Transport der Kinder zu Auswärtsspielen durch Personen aus ihrem persönlichen Umfeld als auf der Grundlage **eines mit wechselseitigen Rechten und Pflichten ausgestalteten Schuldverhältnisses** erbracht anzusehen. Vielmehr handelt es sich, wenn minderjährige Mitglieder eines Amateursportvereins von ihren Familienangehörigen oder Angehörigen anderer Vereinsmitglieder zu Sportveranstaltungen gefahren werden, grundsätzlich – auch im Verhältnis zum Sportverein – um eine **reine Gefälligkeit**, die sich im außerrechtlichen Bereich abspielt. Solange jedenfalls keine gegenteiligen Absprachen getroffen werden, scheiden damit Aufwendungsersatzansprüche aus.“ (BGH aaO.)

## II. Ergebnis

Es liegt ein reines Gefälligkeitsverhältnis vor, so dass die Voraussetzungen für die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag fehlen. Die Kl. hat gegen den Verein keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 677, 683, 670 BGB.

BGB

**Nottestament**

ErbR

§§ 2249, 2250

**Wirksamkeitsanforderungen**

(OLG München in FGPrax 2015, 178; Beschluss vom 12.05.2015 – 31 Wx 81/15)

Die Niederschrift eines Nottestaments ist auch dann wirksam errichtet, wenn die **von dem Erblasser allein unterschriebene und genehmigte Erklärung** zusammen mit der auf einem gesonderten Blatt von einem Testamentszeugen niedergelegten und von diesem unterschriebenen Erklärung eine einheitliche Urkunde bildet.

**Fall:** Der ledige und kinderlose Erblasser ist am 26.07.2012 im Alter von 79 Jahren verstorben. Sein Bruder ist am 13.06.2007 kinderlos verstorben. Der Bet. zu 1 ist der langjährige Hausarzt des Erblassers, die Bet. zu 2 seine Lebensgefährtin.

Es liegen folgende schriftliche letztwillige Verfügungen des Erblassers vor:

1. Erbvertrag vom Jahr 1965 mit seinem Bruder, in dem jeder seine eigenen Kinder, ersatzweise den Bruder, wiederum ersatzweise die Abkömmlinge des Bruders als Erben einsetzte.
2. Handschriftliches Testament vom Jahr 2008, in dem er die Bet. zu 2 zu seiner Alleinerbin eingesetzt hat.

Vom 31.05.2012 bis zu seinem Tod befand sich der Erblasser im Krankenhaus. Am 24.07.2012 um 21:30 Uhr errichtete der Erblasser ein Nottestament, mit dem er den Bet. zu 1 zum Alleinerben einsetzte. Die Niederschrift wurde von dem Zeugen K. angefertigt, von diesem in Anwesenheit der Zeugen A. und B. sowie des Bet. zu 1 im Krankenzimmer des Erblassers vorgelesen und vom Erblasser durch ein mündliches „Ja“ genehmigt und sodann von diesem unterschrieben. Auf einem gesonderten Blatt, das die gleiche Beschaffenheit (kariert) und Perforierung wie die von dem Erblasser unterschriebene Erklärung aufweist und von dem Zeugen K. später in Abwesenheit des Erblassers und der Zeugen erstellt wurde, findet sich folgender Text:

*„Der Text auf der ersten Seite wurde von K. geschrieben und zwar in Anwesenheit des Erblassers und der Zeugen A. und B. im Krankenzimmer des Erblassers, ihm davor vorgelesen und der Inhalt genehmigt durch deutliches „Ja“ und dann unterzeichnet im Klinikum am 24.07.2012 um 21 Uhr 30.*

*(Unterschrift des Zeugen K.)“.*

Der Bet. zu 1 hat einen Erbschein beantragt, der ihn als Alleinerben ausweist. Hiergegen wendet sich die Bet. zu 2. Das NachlassG hat die Testamentszeugen im Rahmen eines Beweisaufnahmetermins vernommen, die Patientenakte über den Erblasser von dem Krankenhaus beigezogen, schriftliche Stellungnahmen der den Erblasser behandelnden Ärzte, der Krankenschwestern sowie ein psychiatrisches Gutachten zur Frage der Testierfähigkeit des Erblassers eingeholt. Wird das Gericht den von dem Bet. zu 1 beantragten Erbschein erlassen?

Das Gericht wird den beantragten Erbschein erlassen, wenn das Testament wirksam ist. Dazu müssen die Wirksamkeitsanforderungen vorliegen.

## I. Testierfähigkeit, § 2229 BGB

Die Errichtung eines Testaments in jeder Form setzt zu ihrer Wirksamkeit die Testierfähigkeit voraus. Grundsätzlich ist jeder, der älter als 16 Jahre ist, auch testierfähig. Dies ist nach § 2229 IV BGB nur dann nicht der Fall, wenn jemand wegen **krankhafter Störung der Geistestätigkeit**, wegen **Geistesschwäche** oder wegen **Bewusstseinsstörung** nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.

### 1. Regel-Ausnahme-Verhältnis

*„Nach der Konzeption des § 2229 BGB, wonach die Störung der Geistestätigkeit die Ausnahme bildet, gilt jedermann, der das 16. Lebensjahr (§ 2229 I BGB) vollendet hat, solange als testierfähig, bis das Gegenteil zur vollen Überzeugung des Gerichts bewiesen ist (vgl. Lauck in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 2. Aufl., § 2229 BGB Rn. 22 m.w.N.).*

**Testierunfähig** ist derjenige, dessen **Erwägungen und Willensentschlüsse** nicht mehr auf einer dem allgemeinen Verkehrsverständnis entsprechenden Würdigung der Außendinge und der Lebensverhältnisse beruhen, sondern **durch krankhaftes Empfinden oder krankhafte Vorstellungen und Gedanken** derart beeinflusst werden, dass sie tatsächlich nicht mehr frei sind, sondern vielmehr von diesen krankhaften Einwirkungen beherrscht werden. Diese Unfreiheit der Erwägungen und der Willensbildungen braucht nicht darin zu Tage zu treten, dass der Erblasser sich keine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung eines Testaments und von dessen Inhalt oder von der Tragweite seiner letzten Anordnungen, insbesondere von der Auswirkung auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen zu machen vermag, sie kann sich vielmehr darauf beschränken, die **Motive für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung** entscheidend zu **beeinflussen**. Testierunfähig ist daher auch derjenige, der nicht in der Lage ist, sich über die für und gegen die letztwillige Verfügung sprechenden Gründe ein **klares, von krankhaften Einflüssen nicht gestörtes Urteil zu bilden** und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln. Hingegen kommt es nicht darauf an, ob die konkrete letztwillige Verfügung ihrem Inhalt



*nach besonders einfach oder schwierig ist (st. Rspr.; vgl. OLG München FamRZ 2007, 2009 (2011) m.w.N.) wie es auch nicht darum geht, den Inhalt letztwilliger Verfügungen auf seine Angemessenheit zu beurteilen, sondern nur darum, ob sie **frei von krankheitsbedingten Störungen gefasst** werden konnte (BayOLGZ 1999, 205 (210 f.)).“ (OLG München aaO.)*

## 2. Anwendung auf den Fall

Der Sachverhalt lässt keine Umstände erkennen, die den Schluss darauf zulassen, dass der Erblasser im hier **allein maßgebenden Zeitpunkt der Testamenterrichtung** (24.07.2012) seine Entscheidungen krankheitsbedingt nicht mehr allein und unbeeinflusst treffen konnte und nicht mehr in der Lage war, sich ein klares Urteil über die Tragweite ihrer Anordnungen zu bilden.

## II. Einhaltung der Formanforderungen an ein Nottestament

### 1. Das Nottestament

Können die üblichen Anforderungen an die Form eines Testaments (eigenhändig geschrieben und unterschrieben oder notarielles Testament) nicht eingehalten werden, so kommt die Testamenterrichtung durch Nottestament in Betracht.

#### a) Nottestament vor dem Bürgermeister, § 2249 BGB

Ist zu besorgen, dass der **Erblasser früher sterben** werde, als die **Errichtung eines Testaments vor einem Notar möglich** ist, so kann er das Testament zur Niederschrift des Bürgermeisters der Gemeinde, in der er sich aufhält, errichten.

Dieses kann nach § 2249 BGB ein Testament durch mündliche Erklärung gegenüber dem Bürgermeister unter Hinzuziehung von zwei Zeugen errichtet werden. Der Bürgermeister muss dann eine Erklärung der Niederschrift anfertigen, die von den Zeugen zu unterzeichnen ist. Grundsätzlich soll auch der Erblasser unterzeichnen. Ist er hierzu jedoch nicht mehr in der Lage, so wird seine Unterschrift ersetzt.

#### b) Nottestament vor 3 Zeugen, § 2250 BGB

§ 2250 BGB sieht die Errichtung eines Nottestaments auch ohne Bürgermeister vor 3 Zeugen vor. Es ist zulässig, wenn

- Sich jemand an einem **Ort** aufhält, der **infolge außerordentlicher Umstände dergestalt abgesperrt** ist, dass die Errichtung eines Testaments **vor einem Notar nicht möglich oder erheblich erschwert** ist, kann das Testament in der durch § 2249 bestimmten Form oder durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichten.
- Wer sich **in so naher Todesgefahr** befindet, dass voraussichtlich auch die Errichtung eines Testaments nach § 2249 nicht mehr möglich ist, kann das **Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen** errichten.

#### c) Nottestament auf See, § 2251 BGB

Wer sich während einer Seereise an Bord eines deutschen Schiffes außerhalb eines inländischen Hafens befindet, kann ein Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen nach § 2250 III errichten.

## 2. Anwendung auf den Fall

Hier kommt lediglich die Errichtung als Nottestament vor drei Zeugen in Betracht. Nach § 2250 II BGB kann ein Nottestament vor drei Zeugen errichten, wer sich in so naher Todesgefahr befindet, dass voraussichtlich weder die Errichtung eines Testaments vor einem Notar noch vor einem Bürgermeister nach § 2249 BGB möglich ist.

#### a) Bestehen einer Todesgefahr

*„Eine **jederzeit drohende Testierunfähigkeit steht der Todesgefahr gleich**, wenn sie voraussichtlich durchgängig bis zum Tode fort dauert. Die derart nahe Gefahr des Todes oder der Testierunfähigkeit muss dabei entweder **objektiv vorliegen** oder **subjektiv nach der Überzeugung aller drei Testamentszeugen bestehen** (BGHZ 3, 372 (377f). zu § 24 TestG; MüKo-BGB/Hagena, 6. Aufl., § 2250 Rn. 7f.; Staudinger/Baumann, BGB, Bearb. 2011, § 2250 Rn. 20; Voit in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2250 Rn. 4). Die **Besorgnis** muss nach dem pflichtgemäßen Ermessen der Zeugen auch angesichts der objektiven Sachlage **als gerechtfertigt angesehen** werden können (BGHZ 3, 372 (373); Staudinger/Baumann, BGB, Bearb. 2011, § 2250 Rn. 18). Auf die Einschätzung des Erblassers kommt es*

nicht an (BGHZ 3, 372, 378). Ist der Erblasser **nur körperlich zu schwach**, um ein eigenhändiges Testament errichten zu können, wird beim Fehlen der übrigen Voraussetzungen der Tatbestand des § 2250 BGB nicht erfüllt (MüKo-BGB/Hagena, BGB, 6. Aufl., § 2250 Rn. 9).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze teilt der Senat die Überzeugung des NachlassG, dass in dem hier allein maßgebenden Zeitpunkt der Errichtung des Nottestaments (24.07.2012; 20:30 Uhr) **jedenfalls aus der Sicht der Testamentszeugen K., A. und B. die Gefahr bestand**, dass der Erblasser **vor der Beziehung eines Notars versterben würde**. [wird ausgeführt]. Der Senat teilt [zudem] die Auffassung des NachlassG, dass ... auch objektiv eine Todesgefahr für den Erblasser bestand, die sich letztendlich am 26.07.2012 verwirklicht hat.“ (OLG München aaO.)

## b) Mündliche Erklärung vor 3 Zeugen und Niederschrift

Zu den zwingenden Erfordernissen für den Errichtungsakt gehört, dass der Erblasser sein Testament „durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen“ errichtet und hierzu eine Niederschrift aufgenommen wird (§ 2250 III 1 BGB).

Insoweit setzt die Errichtung des Nottestaments voraus, dass in **Anwesenheit dreier Zeugen** der Erblasser seine **letztwillige Verfügung erklärt**, die **Niederschrift** über die Erklärung des Erblassers diesem **vorgelesen** und **von ihm genehmigt** wird. Die genehmigte Niederschrift ist gemäß § 2250 III 2 BGB i.V.m. § 23 Satz 1 BeurkG vom Erblasser im Beisein der drei Zeugen zu unterschreiben.

### aa) Mündliche Erklärung

„Der letzte Wille ist auch dann im Sinne des § 2250 II BGB mündlich erklärt, wenn ein **Testamentsentwurf von einem Testamentszeugen auf der Basis früherer Äußerungen** des Erblassers zuvor schriftlich formuliert wird und der Erblasser zustimmt, so dass die **mündliche Erklärung** des letzten Willens **mit der Verlesung und Genehmigung** der Testamentsniederschrift **in einem Vorgang zusammengefasst** werden (BGHZ 37, 79 (84, 85)).

Diese Anforderungen erfüllt der von den Zeugen K., A. und B. übereinstimmend geschilderte Ablauf der Testamenterrichtung. [wird ausgeführt] Die **bloße Anwesenheit** des durch das Testament **bedachten** Bg. bei der Errichtung des Nottestaments führt nicht per se zur Unwirksamkeit des Nottestaments (§ 2250 III 2 BGB, § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG), da die Beteiligung der Testamentszeugen K., A. und B. rechtlich unbedenklich ist (BGH NJW 1991, 3210 (3212)).“ (OLG München aaO.)

### bb) Niederschrift

Hinsichtlich der Niederschrift ist problematisch, dass die vom Erblasser unterschriebene Testamentsurkunde nichts über den Vorgang der Erklärungsabgabe als solchen besagt (vgl. dazu BGH 37, 79 (85, 86)), die mitwirkenden Testamentszeugen nicht bezeichnet (vgl. §§ 9, 10 BeurkG), keine Angaben zur Testierfähigkeit des Erblassers oder der nahen Todesgefahr enthält (vgl. § 11 BeurkG).

„Der Senat teilt die Auffassung des NachlassG, dass diese **vermissten Formerfordernisse** die Abfassung der Niederschrift selbst, nicht aber den Errichtungsakt als solchen betreffen (auch MüKo-BGB/Hagena, 6. Aufl., § 2250 Rn. 19; Palandt/Weidlich, 74. Aufl., § 2250 Rn. 11; Soergel/J. Mayer, BGB, 13. Aufl., § 2250 Rn. 14; Voit in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2249 Rn. 11) und solche **Formverstöße nicht zwingend die Unwirksamkeit der Beurkundung bedingen** (vgl. § 2249 VI BGB i.V.m. § 2250 III 2 BGB).“ (OLG München aaO)

Ein gültiges Nottestament nach § 2250 II BGB liegt allerdings immer nur dann vor, wenn die **schriftliche Aufzeichnung** des vor drei Zeugen erklärten letzten Willens **bis zum Tod** des Erblassers **wenigstens von einem Bet. unterschrieben** ist (vgl. BayOLGZ 1979, 232 (240)).

„Haben neben dem Erblasser nur ein oder zwei Zeugen unterschrieben, ist dieser Mangel gemäß § 2250 III 2, § 2249 VI BGB **unschädlich**, wenn mit Sicherheit anzunehmen ist, dass das Testament die Erklärung zuverlässig wiedergibt (BGH NJW 1991, 3210 (3212) m.w.N.). Ob **zumindest einer der drei Zeugen** die Unterschrift geleistet haben muss oder ob es **genügt, wenn nur der Erblasser selbst** (so KG NJW 1966, 1661ff.; OLG Köln NJW-RR 1994, 777 (778); BayOLG NJW 1991, 928 (929) [obiter dictum]; Palandt/Weidlich, 74. Aufl., § 2250 Rn. 9 i.V.m. § 2249 Rn. 11) die Aufzeichnung unterschrieben hat, bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung.“ (OLG München aaO.)

Weiterhin ist hier problematisch, dass die die von dem Erblasser unterschriebene und genehmigte Erklärung und die von dem Zeugen K. niedergelegte und von diesem unterschriebene Erklärung auf gesonderten Blättern erfolgen. Fraglich ist daher, ob überhaupt eine einheitliche Urkunde vorliegt.

„**Grundsätzlich** ist es **unschädlich**, wenn eine Niederschrift auf mehreren, miteinander nicht verbundenen Blättern erfolgt, sofern diese **inhaltlich zusammenhängen** (vgl. MüKo-BGB/Hagena, 6. Aufl.,

§ 2247 Rn. 34; Staudinger/Baumann, BGB, Bearb. 2012, § 2247 Rn 54; OLG Köln NJW-RR 2014, 1035 (1036)). Besteht die Urkunde aus mehreren Blättern oder Texten, muss aber deren **Zusammengehörigkeit erkennbar gemacht** werden (BGHZ 136, 357 (368ff.); NJW 2003, 1248 (1249)). Dazu ist eine **körperliche Verbindung nicht erforderlich**; es genügt, dass sich die Einheit der Urkunde aus fortlaufender Paginierung, fortlaufender Nummerierung der Vorschriften, einheitlicher graphischer Gestaltung, inhaltlicher Zusammenhang oder vergleichbarer Merkmalen zweifelsfrei ergibt (Palandt/Ellenberger, 74. Aufl., § 126 Rn. 4 m.w.N.). Ein solcher Zusammenhang des von dem Erblasser unterschriebenen Schriftstücks mit dem von dem Zeugen K. gesondert erstellten und unterschriebenen Schriftstück ist insofern zweifelsfrei gegeben, als die schriftliche Erklärung des Zeugen K. sowohl das **Datum** wie auch die **Uhrzeit** des von dem Erblasser unterschriebenen Schriftstück aufweist, das **Schriftbild** sowie das **Schreibmaterial** (vgl. OLG Hamm FamRZ 2013, 907 (908)) **identisch** mit der vom Erblasser unterschriebenen Erklärung ist und **inhaltlich** an die (auf dem anderen Blatt) niedergelegte und genehmigte letztwillige Verfügung des Erblassers **anknüpft** („Der Text auf der anderen Seite wurde von K. geschrieben“). Der von dem Zeugen K. niedergelegte Text bekundet inhaltlich, dass der Erblasser die von ihm niedergelegte Erklärung nach mündlicher Verlesung in Anwesenheit der Testamentszeugen durch „deutliches Ja“ genehmigt und sodann unterschrieben hat. Insofern stellt sich der von dem Zeugen K. erstellte Text als Fortsetzung und damit Teil der von dem Erblasser (bereits) unterschriebenen Niederschrift betreffend seine letztwillige Verfügung dar. Indem der Zeuge K. darin auf diese Erklärung inhaltlich Bezug nimmt, umfasst seine Unterschrift (auch) die Richtigkeit der von dem Erblasser genehmigten Erklärung.

Dass der Zeuge K. die Fortsetzung der **Niederschrift nicht unmittelbar nach der Genehmigung und Leistung der Unterschrift durch den Erblasser** im Klinikum, sondern erst im zeitlichen Nachgang in Abwesenheit der weiteren Zeugen und des Erblassers erstellt und unterschrieben hat, ist **unschädlich**. Wenngleich **bei der Unterschrift des Erblassers die Zeugen anwesend** sein müssen, bedarf es zur Unterschrift der Zeugen, die auch nachgeholt werden kann, nicht der Anwesenheit des Erblassers (MüKo-BGB/Hagen, 6. Aufl., § 2247 Rn. 16 m.w.N.).“ (OLG München aaO.)

Die für die Errichtung des Testaments wesentliche Beurkundungsfunktion der drei Zeugen in ihrer Gesamtheit im Sinne des § 2250 II BGB ist damit gewahrt. Sie besteht in ihrer gleichzeitigen, ständigen Anwesenheit bei der mündlichen Erklärung des letzten Willens sowie bei dem Vorlesen der aufgezeichneten Erklärung aus der Niederschrift und deren Genehmigung durch den Erblasser.

„Die Unterschriften hingegen gehören – abgesehen von einer Unterschrift, die aus den in ihrer Anwesenheit vorgelesenen und genehmigten Aufzeichnungen begrifflich eine Niederschrift macht – nicht mehr zum Errichtungsakt selbst, sondern zur Abfassung der Niederschrift, so dass ihr Fehlen zu den heilbaren Formfehlern im Sinne des § 2249 VI BGB zählt (BayOLGZ 1979, 232 (241)). Der Senat teilt die Auffassung des NachlassG, dass die **in der Abfassung der Niederschrift unterlaufenen Formfehler der Wirksamkeit** der Beurkundung im Sinne des § 2250 III 2 i.V.m. § 2249 VI BGB **nicht entgegen stehen**, da mit Sicherheit anzunehmen ist, dass das Testament eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers enthält.

Die Testamentszeugen haben sowohl in dem **von ihnen gesondert erstellten „Protokoll über ein 3-Zeugen-Testament vom 25.07.2012“** als auch in ihrer **Aussage vor dem NachlassG** in dem Beweistermin vom 01.10.2013 den Ablauf der Errichtung des Nottestaments widerspruchsfrei geschildert. Anhaltspunkte, die Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Testamentszeugen begründen könnten, liegen nicht vor; solche wurden auch von der Bf. selbst nicht vorgebracht. Der Senat ist daher ebenfalls der Überzeugung, dass die Niederschrift vom 24.07.2012 den erklärten Willen des Erblassers zutreffend wiedergibt.“ (OLG München aaO).

### III. Ergebnis

Die als sog. Nottestament durch den Erblasser errichtete letztwillige Verfügung vom 24.07.2012 ist wirksam im Sinne des § 2250 BGB. Damit hat er das Testament vom Jahr 2008 gemäß § 2258 BGB widerrufen. Das Gericht wird den Erbschein wie beantragt erteilen.

1. Ein Täter ist auf frischer Tat betroffen, wenn er **noch in unmittelbarer Nähe zum Tatort und alsbald nach der Tatausführung wahrgenommen** wird, wenn also im Moment der Wahrnehmung noch ein **enger, sowohl örtlicher als auch zeitlicher Zusammenhang** mit der Vortat besteht.
2. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 252 StGB kommt es für die Tatbestandsverwirklichung **nicht** darauf an, ob sich die Gewaltanwendung **gegen gerade diejenigen** wendet, welche den Täter **auf frischer Tat angetroffen** haben.
3. Es genügt, dass die Nötigungshandlung Folge des Betroffenseins ist, mithin zu diesem in Bezug steht. Ein solcher ist auch gegeben, wenn das **Nötigungsmittel im Rahmen der so genannten Nacheile** angewendet wird, also während der sich unmittelbar an das Betreffende auf frischer Tat anschließenden Verfolgung.
4. Der Vorsatz muss erst bei Begehung der Tat, also bei Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung vorliegen. Es reicht aus, wenn der Angekl. in dem Moment des Gewährwerdens des Betroffenseins und der Entscheidung der Gewaltanwendung, jedenfalls erkannte und billigend in Kauf nimmt, dass er möglicherweise bereits in unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Nähe zum Diebstahl bemerkt wurde.

**Fall:** Nach den landgerichtlichen Feststellungen drangen der Angekl. und zwei Mittäter in den frühen Morgenstunden des 05.01.2014 in eine Filiale der Kreissparkasse in B. ein, während ein weiterer Beteiligter zur Absicherung draußen verblieb. Sie öffneten unter Zuhilfenahme von Werkzeug um 5.35 Uhr den dort befindlichen Geldautomaten und entnahmen diesem 74.850 €, die sie in den Kofferraum eines Fluchtwagens luden. Sodann entfernten sich die vier Täter in zunächst drei Fahrzeugen, von denen nach kurzer Strecke eines zurückgelassen wurde. Der Angekl. befand sich zuletzt als Beifahrer in dem mit der Tatbeute beladenen Pkw. Bereits die Tatbegehung war durchgehend von Kräften des Landeskriminalamts observiert worden, die auch die Verfolgung der Täter aufnahmen. Etwa 35 km vom Tatort entfernt stoppten sodann um 6.06 Uhr Beamte des Mobilen Einsatzkommandos des Landeskriminalamts die Tatbeteiligten, indem sie mit zwei Wagen vor und hinter deren Fahrzeugen zum Stehen kamen. Die wegen der Aufdrucke „Polizei“ auf der Kleidung sowie auf den getragenen Sturmhauben vom Angekl. und den übrigen Tätern als solche erkannten Beamten umstellten mit gezogenen Waffen die Pkw. Der Angekl. und der in dessen Wagen als Fahrer agierende Mittäter kamen dennoch überein, einen Fluchtversuch zu unternehmen, um der Festnahme zu entgehen und um sich im Besitz der Beute zu erhalten. Sie vereinbarten durch entsprechende Gesten, auf einen der Beamten zuzufahren. Dieser erlitt durch den Zusammenstoß eine schmerzhaft Knieprellung, was beide Insassen des Wagens in Kauf nahmen. Beiden gelang zunächst die Flucht. Der Angekl. konnte jedoch gegen 8.30 Uhr festgenommen werden. Hat sie der Angekl. wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls strafbar gemacht?

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen

Hierbei ist nach **ganz h.M.** ist räuberischer Diebstahl nur in der Zeit zwischen **Vollendung und Beendigung** des Diebstahls möglich. Der Diebstahl muss also bereits **vollendet** gewesen sein, als die Gewaltanwendung oder die Drohungen begannen. Bei Gewaltanwendung **vor** Vollendung des Diebstahls liegt Raub vor.

BGH NJW 79, 726 = ZA 5/79 S. 11; BGH Holtz MDR 84, 981 = ZA 2/85 S. 27; BGH JZ 87, 52 = ZA 3/87 S. 55; BGH MDR 87, 775 = ZA 10/87 S. 19

#### aa) Vollendung des Diebstahls

Der Diebstahl ist vollendet, wenn neuer Gewahrsam begründet wurde. Für die Frage, wann die Wegnahme "vollendet", also neuer Gewahrsam begründet wurde, ist die **Verkehrsauffassung** maßgebend.

Mit dem Verbringen in die Fahrzeuge war neuer Gewahrsam begründet worden, so dass ein vollendeter Diebstahl gegeben ist.

**bb) Beendigung des Diebstahls**

Der Diebstahl ist er beendet, wenn der Täter den Gewahrsam an den entwendeten Gegenständen gefestigt und gesichert hat. Wann eine ausreichende Sicherung der Beute erreicht ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.

Beendigung ist daher regelmäßig anzunehmen, wenn der Täter die Sache in ein Versteck oder seine Räume verbracht hat. Ob im **Stadium des Abtransports** der Gewahrsam noch begründet wird oder bereits als gesichert angesehen werden kann, hängt von den **Umständen des Einzelfalles** ab. Da hier der Diebstahl polizeilich überwacht wurde und auch eine Verfolgung stattfand, zudem auch die Fluchtfahrzeuge gewechselt wurde, kann von einer Gewahrsamssicherung noch nicht Rede sein. Der Diebstahl war daher noch nicht beendet.

**b) Gewalt gegen eine Person oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben**

Gewalt ist jedenfalls anzunehmen, wenn der Täter durch körperliche Kraftentfaltung einen Zwang ausübt, indem er auf den Körper eines anderen einwirkt, um geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden. Dies ist bei dem Zufahren auf den Beamten mit einem Kraftfahrzeug ohne weiteres der Fall.

**c) Auf frischer Tat betroffen**

Fraglich ist jedoch, ob der Angekl. noch auf frischer Tat betroffen war.

*„Dies ist der Fall, wenn der **Täter noch in unmittelbarer Nähe zum Tatort und alsbald nach der Tatausführung wahrgenommen** wird, wenn also im Moment der Wahrnehmung noch ein **enger, sowohl örtlicher als auch zeitlicher Zusammenhang** mit der Vortat besteht (st. Rspr.; vgl. schon BGHSt 9, 255 [257] = NJW 1956, 1487; BGHSt 28, 224 [229 f.] = NJW 1979, 726). Danach war die Tat zwar im Moment des Zugriffs durch die Beamten des Mobilien Einsatzkommandos nicht mehr „frisch“; anders verhält es sich indes bei der **Wahrnehmung durch die Observationskräfte**. Dabei steht dem Betroffenen nicht entgegen, dass diese die Tat nicht erst nach ihrer Vollendung entdeckten, sondern sie bereits von Anfang an beobachteten (vgl. BGH, NJW 1958, 1547).*

*Gemäß dem eindeutigen Wortlaut des § 252 StGB kommt es für die Tatbestandsverwirklichung ferner **nicht darauf an**, dass sich die in dem Anfahren auf den Polizeibeamten liegende, dem Angekl. gem. § 25 II StGB zuzurechnende Gewaltanwendung **nicht gegen einen der Polizeibeamten richtete, der die Täter auf frischer Tat angetroffen** hatte (vgl. Schnarr, JR 1979, 314 [316 f.]). Es genügt, dass die Nötigungshandlung Folge des Betroffenseins ist, mithin zu diesem in Bezug steht. Ein solcher ist auch gegeben, wenn das Nötigungsmittel im Rahmen der so genannten Nacheile angewendet wird, also während der sich unmittelbar an das Betreffen auf frischer Tat anschließenden Verfolgung (BGH, Urt. v. 17.04.1951 – 1 StR 134/51, BeckRS 1951, 31399788; NJW 1952, 1026; GA 1962, 145 = BeckRS 1961, 00097). Liegen diese Voraussetzungen vor, kommt es auf einen engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang zwischen Vortat und Gewaltanwendung nicht an, solange die Verfolgung – wie vorliegend – ohne Zäsur durchgeführt wird (ebenso NK-StGB/Kindhäuser, 4. Aufl., § 252 Rn. 18; Eser/Bosch in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 252 Rn. 5/6; a.A. Küper, BT, 5. Aufl., 94).“ (BGH aaO.)*

Der Angekl. und die übrigen Beteiligten wurden bei dem von ihnen begangenen Diebstahl des Geldes auf frischer Tat betroffen.

**2. Subjektiver Tatbestand****a) Vorsatz hinsichtlich des objektiven Tatbestandes**

Der Angekl. hat auch mit Wissen und Wollen den Diebstahl verwirklicht verwirklicht und damit vorsätzlich gehandelt. Auch die Gewaltanwendung geschah vorsätzlich.

*„[Zudem ist erforderlich, dass] sich der **Vorsatz** des Täters auch **auf sein eigenes Betroffensein** bezieht (vgl. LK-StGB/Vogel, 12. Aufl., § 252 Rn. 24, 60; SK-StGB/Sinn, 137. EL, § 252 Rn. 16). Da dieser Vorsatz jedoch gem. § 16 I 1 StGB erst bei Begehung der Tat, also bei Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung vorliegen muss, reicht es in der vorliegenden Konstellation aus, wenn der Angekl. in **dem Moment des Gewährwerdens der Polizeikräfte** und der Entscheidung, auf einen von ihnen zuzufahren, **jedenfalls erkannte und billigend in Kauf nahm**, dass er möglicherweise bereits in unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Nähe zum Diebstahl bemerkt worden war und dies zu der Polizeiaktion führte.*

Das LG hat sich zwar nicht ausdrücklich zu dem Vorstellungsbild des Angekl. verhalten. Dabei handelt es sich indes um keinen durchgreifenden Darstellungsmangel, da sich der entsprechende **Eventualvorsatz auf Grund der Situation zwanglos erschließt**: Die Polizeibeamten bremsten mit ihren Fahrzeugen die Pkw der Täter aus; sie waren mit Sturmhauben bekleidet und traten dem Angekl. und den übrigen Beteiligten sofort mit gezogenen Waffen entgegen. Vor diesem Hintergrund ist auch angesichts einer zurückgelegten Entfernung von 35 km und einem Zeitablauf von rund 30 Minuten seit Öffnung des Tresors auszuschließen, dass der Angekl. aus diesen Umständen nicht den (zutreffenden) Schluss zog, die Aktion sei Folge einer Entdeckung bereits während des Diebstahls bzw. in unmittelbarem räumlichem und zeitlichem Zusammenhang mit diesem gewesen.“ (BGH aaO.)

**b) Absicht, den Besitz des gestohlenen Guts zu erhalten**

Der Täter muss aus der **Absicht** heraus gehandelt haben, sich den Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten. Auch dies ist hier ohne weiteres anzunehmen.

**II. Rechtswidrigkeit / Schuld**

Rechtswidrigkeit der Tat und Schuld liegen vor.

**III. Ergebnis**

Der Angekl. hat sich des räuberischen Diebstahls nach § 252 StGB strafbar gemacht.

(BGH in NJW 2015, 3047; Urteil vom 04.08.2015 – 1 StR 624/14)

1. Quälen bedeutet das **Verursachen länger andauernder oder sich wiederholender (erheblicher) Schmerzen oder Leiden**
2. Das Merkmal „quälen“ erfordert über den Vorsatz hinaus **keine besondere subjektive Beziehung des Täters zur Tat** im Sinne eines Handelns aus Lust an der Schmerzzufügung, **aus niedriger** Gesinnung oder aus Böswilligkeit. Es reicht eine Tatbegehung aus Gleichgültigkeit oder Schwäche.

**Fall:** Nach den Feststellungen des LG litt der 1987 geborene Geschädigte seit frühester Kindheit an der Erbkrankheit Mukoviszidose und bedurfte daher permanenter medikamentöser, krankengymnastischer und ärztlicher Behandlung sowie einer besonderen Ernährung, um ein Fortschreiten der Krankheit möglichst weitgehend zu verhindern. Ende 1999 zog der Geschädigte mit seiner allein sorgeberechtigten Mutter (der Angekl.) und zwei Geschwistern in den Hausstand des in den Medien als „Guru von Lonnerstadt“ bzw. „Guru von Ailsbach“ bezeichneten Angekl. Der Angekl. übernahm freiwillig die Fürsorgepflicht für den Geschädigten. Beide Angekl., denen die Behandlungsbedürftigkeit des Geschädigten im Einzelnen bekannt war, wirkten nicht auf eine Fortführung der bis zum Einzug aufwändig durchgeführten medizinischen Betreuung hin, sondern überließen dem Geschädigten selbst die Entscheidung, ob er die Behandlung fortsetzen wolle oder nicht. Notwendige Medikamente und Gerätschaften stellten sie ihm nur unzureichend oder überhaupt nicht zur Verfügung. Der Kontakt des Geschädigten zu seinem leiblichen Vater wurde von beiden Angekl. konsequent unterbunden. Der Geschädigte, dem die Tragweite seiner Entscheidung nicht bewusst war, war froh, ohne die aus seiner Sicht lästigen medizinischen Prozeduren leben zu können, und verlangte keine medizinische Behandlung. Der Angekl. stellte dem Geschädigten in Aussicht, dass seine (nicht kausal therapierbare) Erkrankung bis zum 18. Geburtstag geheilt werde, wenn der Geschädigte mehrmals täglich mit ihm meditiere. Dies glaubte der Geschädigte. Der Zustand des Geschädigten verschlechterte sich ohne die erforderliche Behandlung bis zu seinem Auszug im Dezember 2002 rapide, was die Angekl. erkannten. Auf Grund eines teilweise irreversiblen Verlustes der Lungenfunktion trat schließlich bei geringster körperlicher Betätigung Atemnot ein, er litt unter permanenten Kopfschmerzen, seine Bronchien waren stark verschleimt und er nahm trotz Wachstums in den drei Jahren nicht an Gewicht zu, so dass er massiv mangelernährt war. Sein Zustand war zuletzt potenziell lebensbedrohlich und hätte bei weiterer Nichtbehandlung innerhalb weniger Wochen zum Tode geführt. Wie haben sich die Angekl. strafbar gemacht?

Die Angekl. könnten sich wegen (schwerer) Misshandlung von Schutzbefohlenen nach § 225 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

## I. Allgemeines

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Tatobjekt

Tatobjekt kann nur eine Person sein, die unter 18 Jahren alt oder wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlos ist, und einem der Schutzverhältnisse des Abs. 1 Nr. 1–4 untersteht.

#### aa) Unterstehen der Fürsorge oder Obhut des Täters

**Fürsorge** ist ein auf längere Dauer angelegtes Abhängigkeitsverhältnis, bei dem der Verpflichtete rechtlich für das leibliche und geistige Wohl der ihm unterstellten Person zu sorgen hat.

**Obhut** ist die Pflicht zur unmittelbaren körperlichen Beaufsichtigung, die – anders als die Fürsorge – nicht auf längere Dauer angelegt ist, aber eine enge räumliche Beziehung zwischen der Aufsichtsperson und dem Schützling voraussetzt.

#### bb) Zugehörigkeit zum Hausstand des Täters

Tatobjekt können alle Personen sein, die mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft leben, wie etwa Stiefkinder und Pflegekinder, ferner zur Erziehung im Haushalt untergebrachte Jugendliche, Hausangestellte oder Familienangehörige, die dort wohnen. Ausgenommen sind Personen, die einen eigenen Haushalt führen und nur zeitweise im Hausstand des Täters anwesend sind.

#### cc) Überlassung der Gewalt des Täters durch den Fürsorgepflichtigen

Das ist ein Auffangtatbestand gegenüber den Fällen des § 225 I Nr. 1 und 2 StGB, der auf einem **rein tatsächlichen Verhältnis** beruht. Erforderlich ist ein tatsächlicher Überlassungsakt, so dass ein eigenmächtiges Einschreiten eines Nachbarn oder Bekannten gegenüber dem Kind nicht zur Herstellung eines Gewaltverhältnisses im Sinne von § 225 I Nr 3 StGB führt. Eine kurzfristige Überlassung reicht im Einzelfall aus. Erforderlich ist andererseits die Überlassung gerade zum Zweck der Fürsorge und Obhut.

**dd) Unterordnung unter den Täter im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses**

Es geht um ein **Vorgesetzten- und Untergebenenverhältnis** aufgrund eines **öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses**, etwa beim Militär, sofern es wegen Verletzungen wehrlose (volljährige) Personen versorgen muss, oder aufgrund eines **privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses**. Entscheidend ist, dass der Täter ein **über den Einzelfall hinaus gehendes Weisungsrecht** hat und der Untergeordnete grundsätzlich den Weisungen folgen muss.

**b) Tathandlungen**

**aa) Quälen**

Quälen bedeutet Verursachung länger dauernder oder sich wiederholender erheblicher Schmerzen oder Leiden (auch seelischer Art).

**bb) Roh misshandeln**

Die rohe Misshandlung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter das **körperliche Wohlbefinden des Opfers** (über § 223 hinausgehend) **erheblich beeinträchtigt** und aus einer gefühllosen Gesinnung handelt. Eine solche liegt vor, wenn der Täter das **Gefühl für das Leiden des Misshandelten verloren** hat. Trotz der subjektiven Komponente handelt es sich um ein **tatbezogenes Merkmal**.

**cc) Schädigung der Gesundheit durch Vernachlässigung der Sorgspflicht**

Diese Tatvariante stellt ein **Unterlassungsdelikt** dar. Böswillig handelt, wer die Sorgspflicht aus einem **besonders verwerflichen Motiv** (z. B. Bosheit, Sadismus, Hass, Geiz, Eigensucht), nicht aber aus Gleichgültigkeit oder Schwäche verletzt.

**2. Subjektiver Tatbestand**

Der Täter muss den objektiven Tatbestand vorsätzlich verwirklichen. Bei der Schädigung der Gesundheit muss jedoch zudem Böswilligkeit vorliegen. Die Böswilligkeit ist als **besonderes subjektives Tatbestandsmerkmal** anzusehen.

**II. Anwendung auf den Fall**

**1. Tatbestandsmäßigkeit**

**a) Objektiver Tatbestand**

**aa) Tatobjekt**

Tatobjekt kann nur eine Person sein, die unter 18 Jahren alt oder wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlos ist, und einem der Schutzverhältnisse des Abs. 1 Nr. 1–4 untersteht.

*„Der minderjährige Nebenkl. befand sich nach seinem Einzug in A. i.S.v. § 225 I Nr. 1 StGB in der Fürsorge und der Obhut der sorgeberechtigten Angekl. B als seiner Mutter und des Angekl. L, der im Einvernehmen mit der Angekl. B tatsächlich die Erziehung und Sorge für den in seinem Haushalt lebenden Nebenkl. übernommen hatte (vgl. auch BGH, Urt. v. 20.10.1993 – 2 StR 109/93, BeckRS 1993, 31090562).“ (BGH aaO.)*

Ein taugliches Tatobjekt ist daher gegeben.

**bb) Tathandlungen**

**(1) Quälen**



Als Tathandlung kommt hier das Quälen in Betracht.

„Quälen bedeutet das **Verursachen länger andauernder oder sich wiederholender (erheblicher) Schmerzen oder Leiden** (st. Rspr.; vgl. nur RG, JW 1938, 1879; BGH, Urt. v. 12.09.1961 – 5 StR 329/61, BeckRS 2015, 15731; BGHSt 41, 113 [115] = NJW 1995, 2045 = NStZ 1996, 35; BGH, NStZ-RR 1996, 197; NStZ 2004, 94; NStZ-RR 2007, 304 [306]; NStZ 2013, 466; Beschl. v. 24.02.2015 – 4 StR 11/15, BeckRS 2015, 06440; Fischer, StGB, 62. Aufl., § 225 Rn. 8 a; LK-StGB/Hirsch, 11. Aufl., § 225 Rn. 12; Stree/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, 29. Aufl., § 225 Rn. 11; MüKo-StGB/Hardtung, 2. Aufl., § 225 Rn. 11; Momsen/Momsen-Pflanz in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl., § 225 Rn. 13; Eschelbach in v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl., § 225 Rn. 16). Erfasst hiervon sind **auch seelische Leiden**, denn neben der körperlichen Unversehrtheit wird von § 225 I StGB auch die psychische Integrität einer unter besonderen Schutzverhältnissen stehenden Person geschützt (vgl. BGH, Urt. v. 16.04.2014 – 2 StR 608/13, BeckRS 2014, 06452; Beschl. v. 28.10.2010 – 5 StR 411/10, BeckRS 2010, 27958; LK-StGB/Hirsch, 11. Aufl., § 225 Rn. 1; Fischer, § 225 Rn. 2; MüKo-StGB/Hardtung, § 225 Rn. 1).“ (BGH aaO.)

Das Unterlassen **der gebotenen medikamentösen, therapeutischen und ärztlichen Behandlung** hat beim Nebenkl. zu fortschreitendem Leistungsabbau, erheblicher Abnahme der Lungenfunktion, massiver Mangelernährung, anhaltenden Kopfschmerzen und schließlich sogar blauen Fingerkuppen infolge Sauerstoffmangels geführt, wobei Beschwerden und Schmerzen spätestens ab Mitte 2001 auftraten und sich kontinuierlich steigerten. Die zunehmende Verschleimung der Bronchien mit immer weiter abnehmender Sauerstoffsättigung, die massive Mangelernährung und der hierdurch bewirkte Abbau seiner Leistungsfähigkeit stellten ein erhebliches Leiden für den Nebenkl. dar. Zudem litt er auf Grund der unzureichenden Sauerstoffsättigung permanent an Kopfschmerzen, hatte also erhebliche Schmerzen im Sinne der oben genannten Definition; zuletzt bereitete ihm zudem jede körperliche Anstrengung erhebliche Schmerzen.

## (2) Tatbegehung durch Unterlassen

Hier haben die Angekl. jedoch nicht aktiv auf die Verursachung von länger andauernden oder sich wiederholenden Schmerzen oder Leiden hingewirkt, sondern Maßnahmen unterlassen. Fraglich ist, ob ein Quälen insofern auch durch Unterlassen möglich ist.

### (a) Quälen durch Unterlassen

„Quälen kann nach **heute nahezu allgemeiner Meinung** auch **durch Unterlassen begangen** werden (st. Rspr.; vgl. Senat, Urt. v. 01.04.1969 – 1 StR 561/68, BeckRS 1969, 00123; BGH, NStZ 1991, 234; BGHSt 41, 113 [117]; BGH, NStZ-RR 1996, 197; NStZ 2004, 94; BGHSt 52, 153 [156]; BGH, Beschl. v. 28.10.2010 – 5 StR 411/10, BeckRS 2010, 27958; vgl. auch BGH, Urt. v. 04.07.2002 – 3 StR 64/02, BeckRS 2002, 06260 für die Variante des rohen Misshandelns; ebenso Fischer, § 225 Rn. 8; LK-StGB/Hirsch, 12. Aufl., § 225 Rn. 17; Stree/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, § 225 Rn. 11; MüKo-StGB/Hardtung, § 225 Rn. 2, 15; Momsen/Momsen-Pflanz in Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 225 Rn. 12; BeckOK StGB/Eschelbach, § 225 Rn. 16; NK-StGB/Paeffgen, § 225 Rn. 18). Insbesondere wer es unterlässt, für sein Kind leidensvermindernde ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, kann dieses durch Unterlassen quälen (vgl. Senat, Urt. v. 01.04.1969 – 1 StR 561/68, BeckRS 1969, 00123; BGH, NStZ-RR 1996, 197; BGHSt 52, 153 [159]; OLG Düsseldorf, NStZ 1989, 269). Für die Unterlassungstäterschaft im Rahmen des § 225 StGB reicht – wie auch sonst – bedingter Vorsatz aus (BGH, NStZ 2004, 94).

### (b) Vorliegen der Voraussetzungen für Unterlassungsstrafbarkeit

Das Unterlassen der Angekl. müsste i.S.v. § 13 I StGB der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch Tun entsprechen.

„Voraussetzung hierfür ist, dass das **Unterlassen im konkreten Fall dem Unrechtsgehalt aktiver Tatbestandsverwirklichung** so nahe kommt, dass es sich dem Unrechtstypus des Tatbestands einfügt (sog. Modalitätenäquivalenz, vgl. Fischer, § 13 Rn. 83 f. m.w.N.). Eine Gleichstellung des Unterlassens mit der Verwirklichung des Handelns durch aktives Tun kommt insbesondere dann nicht in Betracht, wenn dem **Unterlassen der Erfolgswert fehlt** (vgl. Senat, BGHSt 28, 300 [307] = NJW 1979, 1466) oder es an begehungstäterbezogenen Qualifikationsmerkmalen mangelt (ausführlich hierzu Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 239 ff. m.w.N.). Bei reinen Erfolgsdelikten wie etwa § 212 StGB kommt der Entsprechensklausel dagegen keine eigenständi-

ge Bedeutung zu (vgl. Fischer, § 13 Rn. 86 m.w.N.; LK-StGB/Weigend, 12. Aufl., § 13 Rn. 77; ausführlich hierzu Roxin, § 32 Rn. 218 ff. m.w.N.; vgl. auch BGH NSTz 2003, 141).

Bei § 225 I StGB handelt es sich in der **Variante des „Quälens“ um ein reines Erfolgsdelikt in Form eines Verletzungsdelikts** (vgl. MüKo-StGB/Hardtung, § 225 Rn. 2). Der Taterfolg besteht in der Verursachung von Schmerzen und Leiden des Tatopfers, den Qualen. Anders als bei der Variante der „rohen Misshandlung“ im Kontext von § 13 StGB auch LK-StGB/Weigend, 12. Aufl., § 13 Rn. 77) oder der „böswilligen Vernachlässigung“ ist eine besondere Begehungsweise nicht vorausgesetzt (vgl. BGH, NSTz-RR 1996, 197).“ (BGH aaO.)

Vorliegend entsprach deshalb das Unterlassen der gebotenen Behandlung einer Tatbegehung durch aktives Tun. Das Unterlassen war auch kausal für die eingetretenen Schmerzen und Leiden.

„Durch die **objektiv gebotenen Handlungen** der Angekl. – Fortführen der notwendigen ständigen Behandlung durch Zurverfügungstellung der notwendigen Medikamente und Hilfsmittel, ärztliche und therapeutische Betreuung und Kontrolle, Angebot hochkalorischer Nahrung, notfalls Erzwingen der Behandlung – wären ...die gravierende Verschlechterung des Gesundheitszustands und die damit einhergehenden erheblichen Leiden und Schmerzen des Nebenkl. vermieden worden (hypothetische Kausalität).“ (BGH aaO.)

Die Vornahme der rechtlich gebotenen Handlungen war auch möglich und zumutbar. Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

## b) Subjektiver Tatbestand

Der Täter muss den objektiven Tatbestand vorsätzlich verwirklichen. Die Angekl. haben das Leiden des Nebenkl. zumindest billigend in Kauf genommen.

„Das Merkmal „quälen“ erfordert über den Vorsatz hinaus **keine besondere subjektive Beziehung des Täters zur Tat** im Sinne eines Handelns aus Lust an der Schmerzzufügung, **aus niedriger Gesinnung oder aus Böswilligkeit**; es reicht eine Tatbegehung aus Gleichgültigkeit oder Schwäche (vgl. BGH, Urt. v. 12.09.1961 – 5 StR 329/61, BeckRS 2015, 15731; Senat, Urt. v. 01.04.1969 – 1 StR 561/68, BeckRS 1969, 00123; BGH, NSTz 1991, 234; NSTz-RR 1996, 197). Der **BGH** lässt – wie die herrschende Auffassung in der Literatur – für die Tathandlung „quälen“ ausreichen, dass der Täter dem Schutzbefohlenen vorsätzlich länger andauernde oder sich wiederholende (erhebliche) Schmerzen oder Leiden zufügt (s. oben). Demgegenüber verlangt eine **andere Auffassung** in der Literatur für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „quälen“, dass die Tat aus einer **gefühllos-unbarmherzigen Gesinnung** begangen wird (NK-StGB/Paeffgen, 4. Aufl., § 225 Rn. 13; SK-StGB/Wolters, § 225 Rn. 10).“ (BGH aaO.)

## 2. Rechtswidrigkeit / Schuld

Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit. Die Angekl. haben auch schuldhaft gehandelt.

## 3. Ergebnis

Die Angekl. sind wegen Misshandlung von Schutzbefohlenen gem. § 225 I Nr. 1 StGB strafbar.

GewO  
§ 35 I**Nichteinschreiten gegen Drogenhandel in Diskothek  
Unzuverlässigkeit des Inhabers**

POR

(OVG Lüneburg in GewA 2015, 414; Beschluss vom 29.06.2015 – 7 ME 32/15)

1. Ein Gastwirt ist u.a. dann **unzuverlässig**, wenn er im Rahmen seines Betriebes **strafbare Handlungen anderer duldet**, also notwendige Maßnahmen gegen solche Handlungen unterlässt.
2. Der Betreiber einer Diskothek muss **erforderliche Maßnahmen treffen**, um die in der von ihm betriebenen Diskothek aufgetretenen **Verstöße gegen Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes** zu unterbinden.

**Fall:** In der Diskothek „B.“ ist es nach den polizeilichen Ermittlungen zu nicht unerheblichen Verstößen gegen das BTMG gekommen. Nach den Feststellungen der Polizeistation F. hat es seit der Betriebsübernahme durch den Ast. am 01.01.2014 bis zum Erlass des Gewerbeuntersagungsbescheides am 03.11.2014 – und darüber hinaus bis in die jüngste Vergangenheit hinein (vgl. den aktuellen Polizeibericht v. 16.06.2015) – eine Vielzahl von tatsächlichen Hinweisen auf Anbahnung und auch Abschluss von Drogengeschäften und Fälle von Drogenkonsum gegeben, welche zum Teil in den Räumen der Diskothek „B.“ selbst stattfanden oder jedenfalls dort ihren Ausgangspunkt hatten.

Mit Gewerbeuntersagungsverfügung der Ag'in v. 03.11.2014 ist dem Ast. die selbständige Ausübung des Betriebes der Gaststätte (Diskothek) „B.“ in der C. D. in E. sowie die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes Beauftragter für diese Gaststätte untersagt worden (erweiterte Gewerbeuntersagung). Hiergegen hat der Ast. Klage erhoben. Ist diese begründet?

Die Klage ist begründet, wenn die Voraussetzungen des § 35 GewO für eine erweiterte Gewerbeuntersagung vorliegen.

„Nach § 35 I 1 GewO ist die Ausübung eines Gewerbes von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderl. ist. Nach § 35 I 2 GewO kann die Untersagung auch auf die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person sowie auf einzelne andere oder auf alle Gewerbe erstreckt werden, soweit die festgestellten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Gewerbetreibende auch für diese Tätigkeiten oder Gewerbe unzuverlässig ist.“ (OVG Lüneburg aaO.)

**I. Betrieb eines Gewerbes**

Der Ast. müsste ein Gewerbe betreiben haben. Gewerbe ist jede **auf Dauer angelegte, selbständige Tätigkeit**, welche der **Gewinnerzielung dient**. Dies ist bei dem Betrieb einer Diskothek ohne weiteres der Fall.

**II. Unzuverlässigkeit**

Der Ast. müsste auch unzuverlässig sein.

**1. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt**

„Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung ist der **Erlass der letzten Verwaltungsentscheidung** (vgl. BVerwG, Urt. v. 02.02.1982 – 1 C 17.79 –, BVerwGE 65, 9, u. – 1 C 146.80 –, BVerwGE 65, 1 = GewArch 1982, 294 ff.). § 35 VI GewO verbietet die Berücksichtigung einer späteren positiven Entwicklung im Anfechtungsstreit, wenn die Untersagungsbedingungen zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung gegeben waren (vgl. BVerwG, Urt. v. 02.02.1982, aaO.).“ (OVG Lüneburg aaO.)

**2. Begriff der Unzuverlässigkeit**

Gewerberechtlich unzuverlässig ist, wer **nicht die Gewähr** dafür bietet, sein **Gewerbe ordnungsgemäß**, insbesondere unter Einhaltung der rechtlichen Vorgaben zu führen. Fraglich ist, ob ein Gewerbetreibender dadurch unzuverlässig wird, dass in seinem Betrieb Straftaten verübt werden, welche er nicht unterbindet.

„Ein Gastwirt ist u.a. dann unzuverlässig, wenn er im Rahmen seines Betriebes selbst **strafbare Handlungen begeht oder strafbare Handlungen anderer duldet**, also **notwendige Maßnahmen gegen solche Handlungen unterlässt** (vgl. BVerwG, Urt. v. 13.12.1988 – 1 C 44.86 –, BVerwGE 81, 74 = GewArch 1989, 138 ff.; Urt. v. 28.07.1978 – 1 C 43.75 –, BVerwGE 56, 205 = GewArch 1978, 340). Auch ohne Beteiligung an strafbaren Handlungen und Ordnungswidrigkeiten verletzt der Gaststättenbetreiber die zur Annahme seiner gaststättenrechtl. Unzuverlässigkeit führende **Aufsichtspflicht**, wenn solche Missstände eintreten,

die bei gehöriger Aufsicht nicht hätten vorkommen können (vgl. Hess. VGH, Beschl. v. 22.03.1991 – 14 TH 369/91 –, NVwZ 1992, 192 = GewArch 1991, 311 f.).

Zu den an den Betreiber einer Diskothek zu stellenden Anforderungen gehört es, die notwendigen Maßnahmen gegen die Begehung strafbarer Handlungen in seinen Räumen zu ergreifen. Er muss insbes. alle erforderl. Maßnahmen treffen, um die in der von ihm betriebenen Diskothek aufgetretenen **Verstöße gegen die Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes (BTMG)** zu unterbinden. Er ist zur Zusammenarbeit mit der Polizei verpflichtet, um den Umgang mit Betäubungsmitteln und damit strafbare Handlungen in seiner Gaststätte zu unterbinden (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.07.1978, aaO.). **Art und Umfang** der zu treffenden Maßnahmen bestimmen sich **nach der jeweiligen Gefahrenlage**; sie können von der Verhängung von Lokalverboten oder der Intensivierung der Zusammenarbeit mit der Polizei über erhebliche Umgestaltung der Betriebsräume bis zur Schließung des Lokals reichen (vgl. Bay. VGH, Beschl. v. 23.01.2001 – 22 ZS 00.3666 –, GewArch 2001, 172). Das Ergreifen solcher Maßnahmen setzt allerdings voraus, dass der Gastwirt **von den strafbaren Handlungen Kenntnis hat** oder diese bei Beachtung der ihm obliegenden besonderen Aufsichtspflicht **hätte haben müssen**. Fehlt es daran, können die strafbaren Handlungen Dritter nicht die Unzuverlässigkeit des Gastwirts begründen (vgl. BVerwG, Urt. v. 13.12.1988, aaO.).“ (OVG Lüneburg aaO.)

Dies ist hier der Fall. Der Ast. hatte von den Verstößen gegen das BTMG in der Diskothek „B.“ bereits in einem frühen Stadium der polizeilichen Ermittlungen Kenntnis bzw. hätte bei Beachtung der ihm obliegenden Aufsichtspflichten hiervon Kenntnis haben müssen. Spätestens durch die Razzia v. 13.04.2014 ist der Ast. auf die Drogenproblematik in seiner Gaststätte hingewiesen worden. Er hat am Tag der Razzia überdies gegenüber der Polizei angegeben, dass er das Security-Personal ausgetauscht und angewiesen habe, schärfer zu kontrollieren und bei Betäubungsmittelfunden die Polizei zu verständigen. Die Drogenproblematik ist dem Ast. danach bewusst gewesen. Gleichwohl hat er keine entsprechenden Maßnahmen unternommen. Fraglich ist jedoch, ob es hierfür auf ein persönliches Verschulden des Gastwirts ankommt.

„Die Frage, ob den Gastwirt ggf. ein **persönliches Verschulden** an einem mangelhaften Verhalten trifft, ist **unerheblich** (vgl. Bay. VGH, Beschl. v. 23.01.2001, aaO.). Die gewerberechtl. Unzuverlässigkeit ist stets unabhängig von einem etwaigen Verschulden des Gewerbetreibenden **objektiv zu beurteilen** (vgl. Hamb. OVG, Beschl. v. 18.11.1993 – Bs VI 99/93 –, GewArch 1994, 294). Den Gewerbetreibenden trifft **ausschließl. der Vorwurf, die betreffende Gaststätte überhaupt noch zu betreiben**. Von einem sein Gewerbe ordnungsgemäß ausübenden Gastwirt ist es im Hinblick auf die mit dem Drogenmissbrauch verbundenen Gefahren zu erwarten, dass er seinen Betrieb nicht nur etwa durch Änderung des Betriebskonzeptes so umgestaltet, dass er als Anlaufstelle für Drogenkonsumenten und Drogenhändler unattraktiv ist. Er muss ihn **äußerstenfalls** – wenn andere Maßnahmen nicht gegriffen haben – **als ultima ratio sogar (vorübergehend) schließen** und sein Gewerbe ggf. an anderer Stelle wieder aufnehmen, damit auf dieses Weise die „Szene“ ihr Interesse verliert (vgl. Hamb. OVG, Beschl. v. 18.11.1993, aaO., m.w.N.; Bay. VGH, Beschl. v. 23.11.2001, aaO.)

Für die zutage getretenen Umstände hat der Ast. daher einzustehen, und zwar auch angesichts seiner – allerdings erfolglos gebliebenen – Anstrengungen, des Problems durch das Auswechseln von Personal Herr zu werden.

„In einer Diskothek wie dieser, in deren Umfeld es in der Vergangenheit wiederholt zu Auffälligkeiten im Bereich des Besitzes und Austausches von Betäubungsmitteln gekommen ist, sind besonders **hohe Anforderungen an die Aufsichtspflicht des Betreibers** zu stellen. Unter diesen Umständen muss der Diskothekenbetreiber seine Bediensteten sorgfältig auswählen und überwachen. Ferner muss sich der Diskothekenbetreiber selbst **nachhaltig um eine Zusammenarbeit mit der Polizei bemühen**. Insbes. muss er zu eigenen konkreten Angaben zu Vorfällen in seiner Diskothek bereit sein (Anweisungen an die Türsteher, die Gäste zu durchsuchen, um das Hereinschmuggeln von Drogen zu verhindern, genügen nicht, wenn ihre Befolgung nicht effektiv überwacht wird.) Wie die Berichte der Polizeistation F. nach der Razzia bis zum heutigen Tag belegen, ist die **Attraktivität der Diskothek „B.“ für den Drogenhandel und -konsum unverändert groß**. Eine Änderung dergestalt, dass das Lokal von der „Szene“ gemieden wird, ist auf der Grundlage der von dem Ast. getroffenen Maßnahmen nicht zu erwarten. Der Ast. ist offenbar nicht in der Lage, der von ihm betriebenen Diskothek „B.“ deren Attraktivität als Treffpunkt für Drogenhandel und -konsum nachhaltig zu nehmen.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Nach diesen Maßstäben liegt eine **gewerberechtliche Unzuverlässigkeit** des Ast. vor, die die Untersagung der selbständigen Ausübung des Betriebes der Gaststätte (Diskothek) „B.“ in der G.-Straße in H. sowie die **Tätigkeit als Vertretungsberechtigter** eines Gewerbetreibenden oder als mit der **Leitung eines Gewerbebetriebes** Beauftragter für diese Gaststätte rechtfertigt.

### III. Erforderlichkeit

Die Gewerbeuntersagung muss auch zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich sind.

Hier geht es vor allem um dem Schutz der Allgemeinheit vor der Begehung von Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Allerdings muss die Gewerbeuntersagung zur Erreichung dieses Ziels das mildeste Mittel sein. Da die vom Ast. ergriffenen Maßnahmen nicht zielführend waren, kommen andere Mittel, als die Schließung der Diskothek, welche gleich geeignet wären, nicht in Betracht. Die Gewerbeuntersagung ist daher auch erforderlich.

#### IV. Voraussetzungen für die erweiterte Gewerbeuntersagung

Nach § 35 I 2 GewO kann die Untersagung auch auf die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person sowie auf einzelne andere oder auf alle Gewerbe erstreckt werden, soweit die festgestellten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Gewerbetreibende auch für diese Tätigkeiten oder Gewerbe unzuverlässig ist.

*„[Die] erweiterte Gewerbeuntersagung nach § 35 I 2 Var. 1 GewO ... kommt in Betracht, wenn der Gewerbetreibende auch für diese Tätigkeit unzuverlässig, die Untersagung erforderl. und ein Ausweichen des Gewerbetreibenden in eine leitende unselbständige Tätigkeit zu erwarten ist. Letzteres wird man insbes. dann annehmen können, wenn sich die **Ausübung einer leitenden unselbständigen Tätigkeit** für den Gewerbetreibenden aufgrund seines berufl. Werdeganges und persönlichen Lebenszuschnitts, der Erstreckung der Untersagung auf einzelne andere oder sogar alle Gewerbe usw. **als einzig akzeptable Alternative** darstellt (vgl. Marcks in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 68. Erg.-Lfg. Aug. 2014, § 35 Rn. 94, beck-online). Vorliegend ist aufgrund des berufl. Werdeganges des Ast. ein **Ausweichen in eine leitende unselbständige Tätigkeit nicht fernliegend**: Der Ast. war bereits im Jahr 2013 als Mitarbeiter der Diskothek „B.“ tätig. Im Übrigen hat die Ag'in ihr Ermessen zugunsten des Ast. dahingehend ausgeübt, dass ihm lediglich die selbständige Ausübung des Betriebes der Diskothek „B.“ sowie die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes Beauftragter für diese konkrete Gaststätte – Diskothek „B.“ – untersagt worden ist. Die Ag'in richtet sich damit allein gegen den konkreten Gefahrenherd der Diskothek „B.“ und ermöglicht es dem Ast., in einem anderen Betrieb gewerbl. tätig zu werden.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

#### V. Ergebnis

Die erweiterte Gewerbeuntersagung ist rechtmäßig. Die Klage ist unbegründet.

(BVerwG in ZfBR 2015, 778; Urteil vom 30.06.2015 – 4 C 5.14)

1. „Die Tatbestandsmerkmale „**im Zusammenhang bebaut**“ und „**Ortsteil**“ gehen nicht ineinander auf, sondern sind **kumulativer Natur**.
2. „**Ortsteil**“ im Sinne von § 34 I 1 BauGB ist jeder **Bebauungskomplex** im Gebiet einer Gemeinde, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein **gewisses Gewicht** besitzt und **Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur** ist.
3. Ein „**Bebauungszusammenhang**“ ist gegeben, soweit die aufeinanderfolgende Bebauung trotz vorhandener Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit.
4. Dem im Zusammenhang bebauten Ortsteil im Sinne des § 34 I 1 BauGB können nur solche Bauwerke zugerechnet werden, die für eine nach der vorhandenen Siedlungsstruktur angemessene **Fortentwicklung der Bebauung maßstabbildend** sind.
5. Welche Fortentwicklung angemessen ist, ist mit Blick auf das im Begriff des Ortsteils anklingende **Ziel einer organischen Siedlungsstruktur** zu bestimmen.

**Fall:** Die Kl. beehrte einen bauplanungsrechtlichen Vorbescheid für die Errichtung von zwei Einfamilienhäusern und zehn Doppelhaushälften in zweigeschossiger Bauweise für ein Grundstück in NRW. Die Vorhabengrundstücke liegen in einem Straßengeviert, das straßenseitig überwiegend mit ein- bis dreigeschossigen Wohnhäusern, landwirtschaftlichen Hofstellen sowie gartenbaulich oder gewerblich genutzten Gebäuden in offener Bauweise bebaut ist. Im Inneren des Gevierts befinden oder befanden sich großflächige Gewächshäuser, die sich an die Straßenrandbebauung anschließen, sowie gartenbaulich oder landwirtschaftlich genutzte Freiflächen. Ein Bebauungsplan existierte zunächst nicht.

Die Bekl. lehnte den beantragten Bauvorbescheid ab mit der Begründung, dass es in der von der Kl. geplanten Bautiefe bislang nur unbebaute Flächen oder Bebauung mit Gewächshäusern gebe, die für den Außenbereich prägend seien. Das nicht privilegierte Vorhaben beeinträchtige öffentliche Belange. Es widerspreche den Darstellungen des Flächennutzungsplans und lasse zudem die Entstehung einer Splittersiedlung befürchten. Die hiergegen gerichtete Klage wurde vom VG mit der Begründung abgelehnt, das Hintergelände nehme trotz der vorhandenen Gewächshäuser nicht am Bebauungszusammenhang der Straßenrandbebauung teil, weil die dort vorhandenen Gewächshäuser nicht dem ständigen Aufenthalt von Menschen dienten. Im Berufungsverfahren hat das OVG Münster dieses Urteil aufgehoben und der Klage stattgegeben. Zu Recht?

Nach § 71 I BauO NW kann vor Einreichung des Bauantrages zu Fragen des Bauvorhabens ein Bescheid (**Vorbescheid**) beantragt werden. Hier geht es um die planungsrechtliche Zulässigkeit der Vorhaben.

Die **planungsrechtliche Zulässigkeit** von Vorhaben ist, sofern ein **Bebauungsplan** erlassen wurde, gem. § 30 BauGB nach dessen Festsetzungen zu prüfen. Ein solcher liegt hier nicht vor. Insofern stellt sich die Frage, ob die betreffenden Grundstücke im **unbeplanten Innenbereich** liegen und sich die planungsrechtliche Zulässigkeit nach § 34 BauGB richtet oder ob es sich um **Außenbereichsgrundstücke** handelt, für welche § 35 BauGB einschlägig ist.

Die Anwendung des § 34 BauGB setzt nach § 34 I 1 BauGB voraus, dass sich die Grundstück in einem **im Zusammenhang bebauten Ortsteil** befinden.

### I. Begriff des Bebauungszusammenhangs

Fraglich ist, wie dieser Bebauungszusammenhang zu bestimmen ist.

*„Die Tatbestandsmerkmale „**im Zusammenhang bebaut**“ und „**Ortsteil**“ gehen nicht ineinander auf, sondern sind **kumulativer Natur** (BVerwG Ur. v. 19.04.2012 – 4 C 10.11, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 386 Rn. 13 m.w.N.).*

*„**Ortsteil**“ im Sinne von § 34 I 1 BauGB ist jeder **Bebauungskomplex** im Gebiet einer Gemeinde, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein **gewisses Gewicht** besitzt und **Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur** ist.*

*Ein „**Bebauungszusammenhang**“ ist gegeben, soweit die aufeinanderfolgende Bebauung trotz vorhandener Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt (zusammenfassend BVerwG Ur. v. 06.11.1968 – 4 C 2.66, BVerwGE 31, 20, 21 f.; siehe auch Ur. v. 01.12.1972 – 4 C 6.71, BVerwGE 41, 227, 233).“ (BVerwG aaO.)*

## II. Bestimmung des Bebauungszusammenhangs

Die straßenseitig errichteten Wohn- und Betriebsgebäude stehen ohne weiteres in einem Bebauungszusammenhang stehen und haben Ortsteilqualität hat. Fraglich ist jedoch, ob die Vorhabengrundstücke dem Bebauungszusammenhang der Straßenrandbebauung zuzurechnen sind, mithin, ob sie „innerhalb“ dieses im Zusammenhang bebauten Ortsteils liegen.

„Ein Grundstück fällt nicht bereits deshalb unter § 34 I BauGB, weil es von einer zusammenhängenden Bebauung umgeben ist. Erforderlich ist vielmehr, dass das **Grundstück selbst einen Bestandteil des Zusammenhangs** bildet, selbst also an dem Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit teilnimmt (BVerwG Ur. v. 01.12.1972 – 4 C 6.71, BVerwGE 41, 227, 234). Fehlt es hieran, so liegt das Grundstück zwar geographisch, nicht jedoch auch im Sinne des § 34 I BauGB „innerhalb“ eines Bebauungszusammenhangs. Mögliche **Bestandteile eines Bebauungszusammenhangs** sind nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. BVerwG Ur. v. 01.12.1972 – 4 C 6.71, aaO. S. 233 m.w.N.)

- erstens **bebaute Grundstücke**, soweit die darauf befindliche Bebauung geeignet ist, den Bebauungszusammenhang selbst herzustellen oder an seiner Entstehung mitzuwirken.
- Zweitens können auch **unbebaute Grundstücke** dem Bebauungszusammenhang angehören, wenn es sich um eine **Baulücke im engeren Sinne des Wortes** handelt, d.h. um ein zwar unbebautes, aber bebauungsfähiges Grundstück, das trotz der fehlenden Bebauung den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit der umgebenden Bebauung nicht stört; dem Fall eines unbebauten Grundstücks gleichzustellen sind Grundstücke mit baulichen Anlagen, die selbst nicht geeignet sind, den Bebauungszusammenhang herzustellen oder an seiner Entstehung mitzuwirken (BVerwG Beschl. v. 02.08.2001 – 4 B 26.01, ZfBR 2002, 69). Bestandteil des Bebauungszusammenhangs können
- drittens auch **freie Flächen** sein, die **wegen ihrer natürlichen Beschaffenheit** oder wegen ihrer **besonderen Zweckbestimmung** einer Bebauung entzogen sind.“ (BVerwG aaO.)

### 1. Herstellung des Bebauungszusammenhangs durch die bebauten Grundstücke selbst

#### a) Anzuwendende Kriterien

Fraglich ist, nach welchen Kriterien zu beurteilen ist, welche vorhandene Bebauung geeignet ist, den Bebauungszusammenhang selbst herzustellen oder an seiner Entstehung mitzuwirken.

„[Diese Maßstäbe] sind in der Rechtsprechung des Senats im Grundsatz geklärt (BVerwG Beschl. v. 02.04.2007 – 4 B 7.07, ZfBR 2007, 480). Maßgeblich ist die **tatsächlich vorhandene Bebauung**. Die Gründe für deren Genehmigung sind unerheblich (BVerwG Beschl. v. 23.11.1998 – 4 B 29.98, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 192 und v. 02.04.2007 – 4 B 7.07, ZfBR 2007, 480 = juris Rn. 4). Deshalb können **auch Gebäude**, die nach § 35 I Nr. 1 BauGB **im Außenbereich privilegiert** zulässig oder zugelassen worden sind, zur Entwicklung eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils beitragen. Es kommt **weder** auf die **Zweckbestimmung** noch auf die **Entstehungsgeschichte** der vorhandenen Bebauung an.

„**„Bebauung“** im Sinne des § 34 I 1 BauGB ist indes **nicht jede beliebige bauliche Anlage**. Den Bebauungszusammenhang selbst herstellen oder zu seiner Entwicklung beitragen können nur Bauwerke, die **optisch wahrnehmbar** sind und ein **gewisses Gewicht** haben, so dass sie geeignet sind, ein Gebiet als einen Ortsteil mit einem bestimmten Charakter zu prägen (BVerwG Ur. v. 14.09.1992 – 4 C 15.90, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 152 S. 67). Der Senat hat hieraus gefolgert, dass zur „Bebauung“ im Sinne des § 34 I 1 BauGB grundsätzlich nur **Bauwerke** gehören, die dem **ständigen Aufenthalt von Menschen** dienen (BVerwG Beschl. v. 02.03.2000 – 4 B 15.00, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 198 S. 16 und v. 02.04.2007 – 4 B 7.07, ZfBR 2007, 480 = juris Rn. 5 sowie Ur. v. 19.04.2012 – 4 C 10.11, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 386 Rn. 13 m.w.N.). Baulichkeiten, die **nur vorübergehend genutzt** werden oder in einem weiteren Sinne **„Nebenanlagen“** zu einer landwirtschaftlichen, (klein-)gärtnerischen oder sonstigen Hauptnutzung sind, sind **in aller Regel keine Bauten**, die für sich genommen ein für die Siedlungsstruktur prägendes Element darstellen (BVerwG Ur. v. 17.02.1984 – 4 C 55.81, Buchholz 406.11 § 34 BBauG Nr. 97 S. 34 und Beschl. v. 10.07.2000 – 4 B 39.00, Buchholz 406.11 BauGB § 34 Nr. 201 und v. 11.07.2002 – 4 BN 30.02, ZfBR 2002, 808; zuletzt Ur. v. 19.04.2012 aaO.) Darüber, wo die Grenze des Bebauungszusammenhangs verläuft, ist nicht nach geographisch-mathematischen Maßstäben, sondern aufgrund einer umfassenden, die gesamten örtlichen Gegebenheiten erschöpfend würdigenden Wertung und Bewertung des konkreten Sachverhalts zu entscheiden.“ (BVerwG aaO.)

#### b) Anwendung auf den Fall

Es kommt daher für den vorliegenden Sachverhalt darauf an, ob die Gewächshäuser geeignet sind, dem Gebiet ein bestimmtes Gepräge zu verleihen.

„Der Senatsrechtsprechung (BVerwG Beschl. v. 02.04.2007 – 4 B 7.07, ZfBR 2007, 480 = juris Rn. 5 f.) lässt sich zwar die Formulierung entnehmen, dass **auch landwirtschaftlichen oder erwerbsgärtnerischen Zwecken dienende Betriebsgebäude** zu den Bauwerken gehören können, die dem ständigen Aufenthalt von Menschen dienen.“ (BVerwG aaO.)

Fraglich ist, ob hierunter auch Gewächshäuser gefasst werden können.

„Der Senat hat [Gewächshäuser] ...den landwirtschaftlich oder erwerbsgärtnerisch genutzten Betriebsgebäuden gegenübergestellt. Bereits daraus lässt sich ersehen, dass **Gewächshäuser** – unabhängig davon, in welcher Intensität die in den Gewächshäusern stattfindende gartenbauliche Produktion einer Pflege und Kultivierung durch Menschen bedarf – als von Menschen **nur vorübergehend genutzte Baulichkeiten** einzustufen sind mit der Folge, dass sie für sich genommen in aller Regel **kein für die Siedlungsstruktur prägendes Element** darstellen.

Gewächshäuser [sind] nur **Nebenanlagen zur erwerbsgärtnerischen Hauptnutzung** sind und auch aus diesem Grunde für den Bebauungszusammenhang **grundsätzlich nicht maßstabsbildend** sein können. Gewächshäuser, die nur eine der erwerbsgärtnerischen Hauptnutzung dienende Hilfsfunktion aufweisen, scheiden auch aus diesem Grunde in aller Regel als maßstabsbildende und damit den Bebauungszusammenhang selbst herstellende Bebauung aus.“ (BVerwG aaO.)

Die Berücksichtigung der Gewächshäuser, räumt man ihnen prägenden Charakter ein, würde zudem zu nicht hinnehmbaren Ergebnissen führen.

„[Die] Siedlungsstruktur der Straßenrandbebauung [verlöre] jedenfalls hinsichtlich des **Maßes der baulichen Nutzung**, der **Bauweise** und der **überbaubaren Grundstücksfläche** jede Kontur, wenn die vorhandenen Gewächshäuser mit einer Länge von bis zu 95 m für den städtebaulichen Charakter des Gebiets als prägend erachtet würden und deshalb für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit künftiger Bauvorhaben maßstabsbildend wären.

Mit den Begriffen der „Bauwerke, die dem ständigen Aufenthalt von Menschen dienen“ und der „Hauptanlagen“ hat der Senat lediglich Hilfskriterien formuliert, anhand derer die maßstabsbildende Kraft eines Bauwerks „in aller Regel“ beurteilt werden kann. **Letztmaßgeblich** bleiben aber die **Umstände des Einzelfalls**. Zutreffend hat sich das OVG deshalb mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Gewächshäuser geeignet sind, dem Gebiet ein bestimmtes städtebauliches Gepräge zu verleihen. Indes lässt das bei dieser Prüfung gewonnene Ergebnis wiederum auf eine Verkennung bundesrechtlicher Maßstäbe schließen. Das **Erfordernis der prägenden Wirkung** erklärt sich aus der planerisierenden Maßstabsfunktion der vorhandenen Bebauung für die Zulässigkeit von Vorhaben im unbeplanten Innenbereich: Was sich im Sinne des § 34 I 1 BauGB nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die **Eigenart der näheren Umgebung** einfügt, lässt sich im unbeplanten Innenbereich mangels planerischer Festsetzungen nur anhand eines durch die Umgebungsbebauung gebildeten Rahmens beurteilen. Der **innere Grund** für die Rechtsfolge des § 34 BauGB liegt darin, dass die nach der Siedlungsstruktur **angemessene Fortentwicklung der Bebauung eines Bereichs** zugelassen werden soll (BVerwG Ur. v. 14.09.1992 – 4 C 15.90, Buchholz 406.11 § 34 BauGB S. 67 sowie Beschl. v. 02.03.2000 – 4 B 15.00, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 198 S. 16). Folglich können auch **nur solche Bauwerke** dem im Zusammenhang bebauten Ortsteil im Sinne des § 34 I 1 BauGB **zugerechnet** werden, die für eine nach der vorhandenen Siedlungsstruktur **angemessene Fortentwicklung** der Bebauung **maßstabsbildend** sind.“ (BVerwG aaO.)

Die Annahme des OVG, das Vorhaben liege innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils im Sinne des § 34 I BauGB, weil die sich an die straßenseitig errichteten Wohn- und Betriebsgebäude an schließenden großflächigen Gewächshäuser in Höhe der Vorhabengrundstücke einen Gebäudekomplex bildeten, der den Eindruck einer durchgehenden Bebauung zwischen den beiden das Geviert nach Osten und Westen begrenzenden Straßen vermittele, verletzt Bundesrecht.

## 2. Bebauungszusammenhang durch unbebaute Grundstücke oder Freiflächen

„Die tatsächlichen Feststellungen des OVG reichen nicht aus, um beurteilen zu können, ob sich das Berufungsurteil aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 144 IV VwGO). Auf der Grundlage dieser Feststellungen kann der Senat auch nicht in der Sache selbst entscheiden. Das angegriffene Berufungsurteil war deshalb, soweit mit der Revision angegriffen, aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 144 III 1 Nr. 2 VwGO).“ (BVerwG aaO.)



Kurzauslese I

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

BGB  
§ 249 II 1

**Reparaturkosten über Wiederbeschaffungswert  
Vollständige und fachgerechte Reparatur**

SR BT

(BGH in NJW 2015, 2958; Urteil vom 02.06.2015 – VI ZR 387/14)

**Fall:** Die Kl. macht Schadensersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall vom 02.10.2012 geltend, für den die Instandspflicht der Bkl. außer Streit steht. Der vorgerichtlich mit der Schätzung des Sachschadens an dem Pkw der Kl., einem Mercedes Benz C 200 D, beauftragte Sachverständige S ermittelte die Reparaturkosten mit 2.973,49 € brutto, den Wiederbeschaffungswert mit 1.600 € und den Restwert mit 470 €. Die Kl. ließ den Pkw in der Zeit vom 4. bis 13.10.2012 reparieren. Die Reparatur, bei der auch Gebrauchtteile verwendet wurden, kostete 2.079,79 €. Die Bkl. zu 2 regulierte den Schaden als wirtschaftlichen Total Schaden auf der Grundlage des Wiederbeschaffungsaufwands und zahlte an die Kl. einen Betrag von 1.130 €. Die Kl. verlangt weitere 949,79 €. Zu Recht?

**I. Rechtsprechung des BGH zum Anspruch auf Ersatz von Reparaturkosten über Wiederbeschaffungswert**

„Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats kann in Abweichung von dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 249 II 1 BGB Ersatz des Reparaturaufwands (Reparaturkosten zuzüglich einer etwaigen Entschädigung für den merkantilen Minderwert) **bis zu 30 % über dem Wiederbeschaffungswert** des Fahrzeugs nur verlangt werden, wenn die **Reparatur fachgerecht und in einem Umfang** durchgeführt wird, wie ihn der Sachverständige zur Grundlage seiner Kostenschätzung gemacht hat (vgl. Senat, BGHZ 162, 161 [167 ff.] = NJW 2005, 1108; BGHZ 181, 242 = NJW 2009, 3022 Rn. 15; NJW 2007, 2917 = VersR 2007, 1244 Rn. 7; NJW-RR 2010, 377 = VersR 2010, 363 Rn. 6; NJW 2011, 669 = VersR 2011, 282 Rn. 8; NJW 2011, 1435 = VersR 2011, 547 Rn. 7 und NJW 2012, 52 = VersR 2012, 75 Rn. 5).

Die Instandsetzung eines beschädigten Fahrzeugs ist **in aller Regel wirtschaftlich unvernünftig**, wenn die (voraussichtlichen) Kosten der Reparatur – wie hier – mehr als 30 % über dem Wiederbeschaffungswert liegen (vgl. Senat, NJW 2011, 1435). In einem solchen Fall, in dem das Kraftfahrzeug nicht mehr reparaturwürdig ist, kann der Geschädigte vom Schädiger **grundsätzlich nur Ersatz der für die Beschaffung eines gleichwertigen Fahrzeugs erforderlichen Kosten**, also den Wiederbeschaffungswert abzüglich des Restwerts, verlangen. Lässt der Geschädigte sein Fahrzeug dennoch reparieren, so können die Kosten nicht in einen vom Schädiger auszugleichenden wirtschaftlich vernünftigen (bis zu 130 % des Wiederbeschaffungswerts) und einen vom Geschädigten selbst zu tragenden wirtschaftlich unvernünftigen Teil aufgespalten werden (vgl. Senat, BGHZ 115, 375 [378 ff.] = NJW 1992, 305; NJW 2007, 2917 und NJW 2011, 1435 Rn. 6).“ (BGH aaO.)

**II. Maßstab für Höhe der Reparaturkosten zur Berechnung der 130 %-Grenze**

Die Reparaturkosten laut Gutachten liegen mehr als 30 % über dem Wiederbeschaffungswert. Die Grenze wäre ein Betrag von 2.080,00 €, die bei den kalkulierten Reparaturkosten überschritten wird. Allerdings liegen die tatsächlichen Reparaturkosten geringfügig unter dieser Grenze. Fraglich ist, ob dies maßgeblich ist.

„[Der] erkennende Senat [hat] entschieden, dass jedenfalls in Fällen, in denen die vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten über der 130 %-Grenze liegen, es **dem Geschädigten aber – auch unter Verwendung von Gebrauchtteilen – gelungen ist, eine nach Auffassung des sachverständig beratenen BerGer. fachgerechte und den Vorgaben des Gutachtens entsprechende Reparatur durchzuführen, deren Kosten unter Berücksichtigung eines merkantilen Minderwerts den Wiederbeschaffungswert nicht übersteigen**, dem Geschädigten aus dem Gesichtspunkt des Wirtschaftlichkeitsgebots eine Abrechnung der konkret angefallenen Reparaturkosten nicht verwehrt werden kann (Senat, NJW 2011, 669).“ (BGH aaO.)

**III. Anwendung auf den Fall**

„Denn nach den Feststellungen des BerGer. ist die Reparatur im Streitfall bereits nicht vollständig nach den Vorgaben des Sachverständigen S erfolgt. Zwar stünde die **Verwendung altersentsprechender und funktionsfähiger Gebrauchtteile** einer vollständigen und fachgerechten Reparatur nach der vorgenannten Senatsrechtsprechung nicht grundsätzlich entgegen. Nach den getroffenen Feststellungen ist jedoch der vom Sachverständigen S vorgesehene **Austausch weiterer Zierleisten und des Kniestücks hinten links nicht erfolgt**. Insoweit hilft es der Kl. auch nicht, dass nach dem Gutachten des Gerichtssachverständigen C **keine optischen Mängel**“ vorhanden waren. Denn es kommt nicht darauf an, ob die verbliebenen Defizite optisch nicht stören. Vielmehr kommt es im Rahmen der Vergleichsbetrachtung allein auf den erforderlichen, das heißt nach objektiven Kriterien zu beurteilenden und deshalb auch unschwer nachzuprüfenden Reparaturaufwand an (vgl. Senat, NJW 2007, 2917 = VersR 2007, 1244 Rn. 10 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Es besteht daher kein weiterer Zahlungsanspruch.

BGB  
§§ 633 II 1, 634 Nr. 1

**Überprüfung von Mängelrügen  
Voraussetzungen für Kostentragungspflicht bei Unbegründetheit**

SR BT

(OLG Koblenz in NJW 2015,1967; Hinweisbeschluss vom 04.03.2015 – 3 U 1042/14)

**Fall:** Die Kl., ein Fachbetrieb für Elektroinstallation wird im Rahmen von Mängelansprüchen vom Auftraggeber in Anspruch genommen. Auf die Mängelrüge erklärt er sich bereit, eine örtliche Überprüfung vorzunehmen, kündigt jedoch an, dass bei Nichterweislichkeit von Mängeln die Überprüfungskosten in Rechnung gestellt werden. Widerspreche der Kunde nicht binnen 3 Tagen, gehe man von seinem Einverständnis aus.

Bei der Überprüfung werden keine Mängel festgestellt. Muss der Auftraggeber die Überprüfungskosten tragen?

**I. Grundsätzliche Kostenfreiheit für Nacherfüllung**

„Grundsätzlich hat der Auftragnehmer, wenn der Auftraggeber die Mängelbeseitigung verlangt, den Auftrag kostenlos auszuführen. Denn der Auftraggeber kann die **Beseitigung des Mangels gem. §§ 633 II 1, 634 Nr. 1 BGB** verlangen, wenn der

Auftragnehmer eine Werkleistung mangelhaft erbracht hat (BGH, NJW 2010, 3649 = NZBau 2011, 27 = ZfBR 2011, 33 Rn. 23). Die **Überprüfung** bzw. Mängelbeseitigung wird der Auftragnehmer in der Regel schon **im eigenen Interesse vornehmen**, um beispielsweise ansonsten drohenden Ansprüchen aus einer Ersatzvornahme zu entgehen.“ (OLG Koblenz aaO.)

## II. Kein Ausschluss der Kostentragungspflicht

„Das bedeutet jedoch nicht, dass der Auftragnehmer in jedem Falle auch die Kosten der Überprüfungsmaßnahme zu tragen hat. Ergibt die Überprüfung ... die **Mangelfreiheit des Werks**, kann diese Kostentragungspflicht nach Auffassung des Senats nicht schlechthin den Auftragnehmer treffen. Will der Auftragnehmer für diese Arbeiten eine Vergütung, weil er sich für den Mangel nicht verantwortlich sieht und deshalb eine Mängelbeseitigungsverpflichtung nicht anerkennt, muss er aber **unzweideutig zum Ausdruck bringen**, dass er die **Arbeiten nicht als kostenlose Mängelbeseitigung** durchführt (OLG Celle, BauR 2003, 265 = BeckRS 2002, 15183).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass es **nach der Abnahme grundsätzlich Aufgabe des Auftraggebers** ist, eine Mangelhaftigkeit der Werkleistung aufzuklären. Der Auftragnehmer muss ihn dabei zwar unterstützen, wenn er auf Grund einer Mängelanzeige mit der Prüfung seines Werks beauftragt worden ist. Stellt sich dann aber heraus, dass die Mangelursache nicht im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers liegt, kann ein **Aufwendungsersatzanspruch aus einem bedingt erteilten Auftrag oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag** in Betracht kommen (vgl. Kniffka, FS Heiermann, 1995, 201 [205 f.]).“ (OLG Koblenz aaO.)

## III. Anwendung auf den Fall

„Vorliegend steht der Kl. ein **vertraglicher Vergütungsanspruch** für ihre Arbeiten zur Feststellung der Gründe für die gerügten Mängel ... zu, nachdem sie der Bekl. gegenüber zuvor in den jeweils auf die Mängelrügen folgenden Schreiben **klar zum Ausdruck** gebracht hat, dass sie eine **Kostenerstattung für die Überprüfung** einschließlich der Fahrtkosten in Rechnung stellt, falls sich herausstellen sollte, dass die gerügten Mängel nicht vorhanden sind oder aber auf von ihr nicht zu vertretenden Gründen beruhen.

Die Bekl. hat auf diese Schreiben nicht geantwortet. Die Berufung weist zwar zu Recht darauf hin, dass ein **Schweigen grundsätzlich keine Zustimmung** darstellt. Die Bekl. hat aber die Überprüfungen durch die Kl. vornehmen lassen. Sie hat damit in schlüssiger Weise zu erkennen gegeben (§§ 133, 157 BGB), dass sie den in dem Begehren der Kl. liegenden **Antrag auf Abschluss eines (bedingten) Werkvertrags** annehmen wollte. Gegenteiliges hat sie auch während der Überprüfungsarbeiten an den verschiedenen Terminen nicht zum Ausdruck gebracht. Es liegt daher ein konkludenter Vertragsschluss vor (OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.05.2003 – 17 U 193/02, BeckRS 2003, 30318179; allgemein zur Frage, welche Ansprüche einem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber zustehen, wenn er zu Unrecht auf Mängelbeseitigung in Anspruch genommen wird und ihm dadurch Kosten entstanden sind: OLG Celle, BauR 2003, 265 = BeckRS 2002, 15183; LG Hamburg, NJW-RR 1992, 1301; Kniffka, FS Heiermann, 201; Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, Neubearb. 2008, § 635 Rn. 5; Voit in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 635 Rn. 6).“ (OLG Koblenz aaO.)

UWG  
§ 4 Nr. 1

## Schufa-Hinweis in Mahnung Anforderungen an Rechtmäßigkeit

ZivilR

(BGH in BB 2015, 2579; Urteil vom 19.03.2015 – I ZR 157/13)

Ein in der Mahnung eines Mobilfunkunternehmens erfolgter Hinweis auf die **bevorstehende Übermittlung der Daten des Schuldners an die SCHUFA** steht nur im Einklang mit der Bestimmung des § 28a I 1 Nr. 4 BDSG, wenn **nicht verschleiert** wird, dass ein **Bestreiten der Forderung durch den Schuldner selbst ausreicht**, um eine Übermittlung der Schuldnerdaten zu verhindern.

Nach § 4 Nr. 1 UWG handelt unlauter, wer geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher durch Ausübung von Druck oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen. Hier könnten die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher einer aggressiven Geschäftspraktik vorliegen, indem der Tatbestand einer Nötigung verwirklicht wird.

### I. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit eines Verbrauchers

„Nach der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung der Bestimmung liegt eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher nur vor, wenn der Handelnde diese Freiheit gemäß Art. 8 und 9 der Richtlinie 2005/29 EG über **unlautere Geschäftspraktiken durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung** im Sinne des Art. 2 Buchst. j der Richtlinie erheblich beeinträchtigt. Bei der Feststellung, ob im Rahmen einer Geschäftspraxis das Mittel der unzulässigen Beeinflussung eingesetzt wird, ist darauf abzustellen, ob **drohende oder beleidigende Formulierungen** oder Verhaltensweisen verwendet werden oder der Gewerbetreibende die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers bewusst dadurch beeinflusst, dass er **konkrete Unglückssituationen oder Umstände von solcher Schwere ausnutzt**, die das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen. Dies setzt voraus, dass die beanstandete geschäftliche Handlung geeignet ist, die Rationalität der Entscheidung der angesprochenen Verbraucher vollständig in den Hintergrund treten zu lassen (vgl. BGH, Urteil vom 03.04.2014 - I ZR 96/13, GRUR 2014, 1117 Rn. 26 f. = WRP 2014, 1301 Zeugnisaktion, m.w.N. [K&R 2014, 730]).“ (BGH aaO.)

### II. Nötigung

„Die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Nötigung (vgl. auch Ressmann/Serr, NJOZ 2013, 481, 483 f. m.w.N.) und damit einer aggressiven Geschäftspraktik im Sinne von Art. 8 und Art. 9 der Richtlinie 2005/29/EG liegen vor. Das Berufungsgericht ist ... zutreffend davon ausgegangen, dass die **Übermittlung von für die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers relevanten Daten an die SCHUFA** erhebliche Nachteile für den Verbraucher mit sich bringen kann und daher ein empfindliches Übel darstellt. Dadurch, dass das von der Beklagten beauftragte Inkassounternehmen für den Fall einer nicht fristgerechten Zahlung eine Übermittlung solcher Daten ankündigt, **stellt sie ein künftiges Übel in Aussicht, auf dessen Eintritt sie Einfluss zu haben vorgibt**.“ (BGH aaO.)

Das Risiko eines Eintrags bei der SCHUFA steht in den Augen des Betroffenen außer Verhältnis zu den vergleichsweise kleinen Forderungen der Beklagten. Es ist die Gefahr gegeben, dass Verbraucher **ausschließlich aus Furcht vor der SCHUFA-Eintragung** zahlen würden.

III. Ausschluss der Unangemessenheit der Beeinflussung wegen § 28a I BDSG

Nach dieser Bestimmung ist die Übermittlung personenbezogener Daten über eine Forderung an Auskunfteien nur zulässig, soweit die geschuldete **Leistung trotz Fälligkeit nicht erbracht** ist, die **Übermittlung** zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle oder eines Dritten **erforderlich** ist und die **weiteren** in § 28a I 1 Nr. 1 bis 5 BDSG geregelten **Voraussetzungen** vorliegen.

„Die Bestimmung des § 28a I 1 Nr. 4 Buchst. a bis d BDSG die vorliegend allein in Betracht kommt verlangt, dass der Betroffene nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung **mindestens zweimal schriftlich gemahnt** worden ist (Buchst. a), zwischen der ersten Mahnung und der Übermittlung **mindestens vier Wochen** liegen (Buchst. b), die verantwortliche Stelle den Betroffenen rechtzeitig vor der Übermittlung der Angaben, jedoch frühestens bei der ersten Mahnung über die bevorstehende Übermittlung unterrichtet hat (Buchst. c) und der **Betroffene die Forderung nicht bestritten hat** (Buchst. d).

[Der] mit der dem Datenschutz **dienenden Hinweispflicht** gemäß § 28a I 1 Nr. 4 Buchst. c BDSG [ist] dem Gläubiger **kein Druckmittel** in die Hand gegeben worden, Schuldner zur Begleichung von eventuell sogar fragwürdigen Forderungen zu veranlassen (vgl. Bull, ZRP 2008, 233, 236). Mit den in § 28a I 1 Nr. 4 BDSG geregelten Anforderungen an die Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten wollte der Gesetzgeber vielmehr sicherstellen, dass der Betroffene vor der Meldung der Forderung an eine Auskunftei ausreichende Gelegenheit erhält, die Forderung zu begleichen oder das Bestehen der Forderung zu bestreiten (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/10529, S. 14). Die **Unterrichtung des Betroffenen** soll deshalb nicht nur die erforderliche Transparenz im Hinblick auf die bevorstehende Datenübermittlung herstellen. Sie **dient auch dazu**, dem Betroffenen, der die geltend gemachte Forderung für unbegründet hält und deshalb keine Veranlassung sieht, auf die Mahnungen zu reagieren, **an seine Obliegenheit zu erinnern, die Forderung zu bestreiten, um eine Datenübermittlung zu verhindern** (vgl. Kamp in BeckOK, Datenschutzrecht, Stand 01.02.2015, § 28a Rn. 91).“ (BGH aaO.)

Diesen Anforderungen wird nur eine Unterrichtung gerecht, mit der nicht verschleiert wird, dass ein Bestreiten der Forderung durch den Schuldner selbst ausreicht, um eine Übermittlung der Schuldnerdaten an die SCHUFA zu verhindern. Eine solche Unterrichtung ist jedoch nicht erfolgt.

„Die in dem Mahnschreiben verwendete Formulierung, wonach die Beklagte verpflichtet sei, der SCHUFA "die **unbestrittene Forderung**" mitzuteilen, ist nicht ausreichend, um dem in der Regel juristisch nicht vorgebildeten Adressaten zu verdeutlichen, **er habe es in der Hand, durch ein einfaches Bestreiten** der Forderung den angedrohten SCHUFA-Eintrag zumindest zunächst abzuwenden. Für erhebliche Teile des Verkehrs werde mit der Wendung "unbestrittene Forderung" nicht eine Forderung beschrieben, die der Schuldner selbst nicht bestritten habe. Der Verbraucher müsse nicht wissen, wann eine Forderung "unbestritten" sei. Der Begriff könne von einem juristischen Laien dahingehend verstanden werden, die Berechtigung der Forderung sei aus Sicht der Beklagten nicht bestreitbar oder die Forderung sei von einer wie auch immer gearteten Aufsichtsbehörde nicht beanstandet worden.“ (BGH aaO.)

WEG  
§§ 13, 14

**Haustür-Abschließpflichten zur Nachtzeit  
„Panikschloss“-System**

SR BT

(LG Frankfurt am Main in NJW-RR 2015,968; Urteil vom 12.05.2015 – 2-13 S 127/12)

**Fall:** Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. In der Eigentümerversammlung vom 21.05.2011 haben die Wohnungseigentümer beschlossen, § 4.7 der Hausordnung wie folgt zu ändern:

*TOP 10. Im allgemeinen Interesse ist die Haustür in der Zeit von 22 Uhr abends bis 6 Uhr morgens verschlossen zu halten.*

A ist hiermit nicht einverstanden und hat gegen den Beschluss geklagt.

Mit dem angefochtenen Beschluss wurde die Hausordnung geändert. Er müsste ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen.

„Eine **Hausordnung** enthält im Wesentlichen **Verhaltensvorschriften**, mit denen der **Schutz des Gebäudes**, die Aufrechterhaltung von **Sicherheit und Ordnung** und die **Erhaltung des Hausfriedens** sichergestellt werden soll, wobei insbesondere die §§ 13, 14 WEG, das öffentliche Recht und die Verkehrssicherungspflichten zu beachten sind. Dabei müssen die Regelungen der Hausordnung ordnungsgemäßer Verwaltung i.S.d. § 21 III WEG und einem ordnungsgemäßen Gebrauch i.S.d. § 15 II WEG entsprechen (vgl. nur LG München I, ZWE 2013, 413 = BeckRS 2013, 09835 m.w.N.).“ (LG Frankfurt aaO.)

Bei einer Ergänzung der Hausordnung sind die schutzwürdigen Belange der Wohnungseigentümer zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen (Merle in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 21 Rn. 81).

„Diese Abwägung führt dazu, dass auch unter **Berücksichtigung des Sicherheitsbedürfnisses** der beklagten übrigen Wohnungseigentümer die angefochtene Regelung nicht ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht. **Das Abschließen der Hauseingangstür führt zu einer erheblichen Gefährdung der Wohnungseigentümer und ihrer Besucher.** Durch das Abschließen der Haustür ist ein **Verlassen des Gebäudes im Brandfalle oder in einer anderen Notsituation** nur möglich, wenn ein Schlüssel mitgeführt wird. Dieses schränkt die Fluchtmöglichkeit erheblich ein, da es auf der Hand liegt, dass **gerade in Paniksituationen nicht sichergestellt** ist, dass jeder Wohnungseigentümer und jeder Besucher der Wohnungseigentumsanlage bei der Flucht einen **Haustürschlüssel griffbereit** mit sich führt, so dass sich eine abgeschlossene Haustür im Brand- oder in einem sonstigen Notfall als tödliches Hindernis erweisen kann. Demzufolge wird auch **überwiegend in Rechtsprechung und Literatur** – zu der vergleichbaren mietrechtlichen Thematik – eine Regelung dahingehend, dass die Haustür verschlossen ist, **in Mietverträgen als unzulässig angesehen** (vgl. Eissenschmid in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl. 2013, § 535 Rn. 382; Ziebarth, NZM 2014, 621 [622]; AG Frankfurt a. M., NJW 2005, 2628 = NZM 2005, 617; a.A. LG Köln, ZMR 2014, 541 = BeckRS 2014, 02641).

Diesem Interesse steht zwar das Interesse der übrigen Wohnungseigentümer gegenüber, aus Sicherheitsgründen die Haustür geschlossen zu halten. Insoweit steht auch für die Kammer außer Frage, dass dem Sicherheitsbedürfnis durch eine geschlossene Haustür in höherem Maße als durch eine nicht verschlossene Haustür Rechnung getragen wird. Entgegen der Ansicht des AG bedarf es insoweit einer Abwägung dieser Interessen – bei der sich schon die Frage stellen dürfte, ob sie gleichwertig sind – allerdings nicht, denn diese beiden **Interessen stehen bezüglich eines Verschlusses der Haustür nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis.** Es gibt – auch dieses war Gegenstand der Eigentümerversammlung, auf welcher der angefochtene Beschluss gefasst wurde – **Haustürschließungssysteme, welche beide Interessen vereinigen, die nämlich ein Verschluss des Hauseingangs zulassen, auf der anderen Seite ein Öffnen durch flüchtende Bewohner aber ohne einen Schlüssel ermöglichen.**

Angesichts dieser Möglichkeit entspricht es jedenfalls nicht ordnungsgemäßer Verwaltung, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft beschließt, in den Nachtstunden die Haustür verschlossen zu halten und dadurch in Notsituationen Fluchtmöglichkeiten – mit gegebenenfalls tödlichem Risiko – erschwert.“ (LG Frankfurt aaO.)

Ein derartiger Beschluss überschreitet das Ermessen der Wohnungseigentümer bei der Beschlussfassung über die Hausordnung deutlich, so dass auf die Anfechtung der angefochtene Beschluss für ungültig zu erklären ist.

**BGB** **Außerordentliches Kündigungsrecht des Nacherben** **SR BT**  
**§ 573 I 1, 573d I** **Bestehendes Wohnraummietverhältnis**  
 (BGH in FamRZ 2015, 1712; Urteil vom 01.07.2015 – VIII ZR 278/13)

- Das Recht des Nacherben, ein vom Vorerben über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück abgeschlossenes und bei Eintritt der Nacherbfolge noch bestehendes Wohnraummietverhältnis außerordentlich unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist nach §§ 2135, 1056 II BGB zu kündigen, setzt ein berechtigtes Interesse des Nacherben an der Beendigung des Mietverhältnisses voraus (§ 573d I, § 573 I 1 BGB).
- Dem vorgenannten Kündigungsrecht des Nacherben steht ein im Wohnraummietvertrag zwischen dem Vorerben und dem Mieter vereinbarter Ausschluss des Rechts des Vermieters zur ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses grundsätzlich nicht entgegen.
- Dem Nacherben ist nach Treu und Glauben eine Kündigung nach §§ 2135, 1056 II BGB allerdings verwehrt, wenn er entweder unabhängig von §§ 2135, 1056 I BGB persönlich an den Mietvertrag gebunden ist oder er dem Abschluss des Mietvertrags durch den Vorerben zugestimmt hat oder der Abschluss eines für den Vermieter unkündbaren Mietvertrags über den Nacherbfall hinaus einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses entsprochen hat, so dass der Nacherbe gegenüber dem Vorerben verpflichtet gewesen wäre, dem Mietvertrag zuzustimmen.

**StGB** **Anspucken als Körperverletzung** **StrafR BT**  
**§ 223** **Hervorrufen von Brechreiz**  
 (BGH in FD-StrafR 2015, 372700; Beschluss vom 18.08.2015 – 3 StR 289/15)

- Eine **körperliche Misshandlung** ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt.
- Seelische Beeinträchtigungen** als solche genügen nicht; nötig sind vielmehr körperliche Auswirkungen.
- Die bloße **Erregung von Ekelgefühlen** erfüllt dieses Tatbestandsmerkmal nicht. Wird jedoch ein Brechreiz hervorgerufen, ist der Tatbestand erfüllt.

**Fall:** Der Angeklagte am 12.12.2014 titulierte den Kriminalhauptkommissar S. zunächst unter anderem mit den Worten "Arschloch" und "Wichser" und spuckte sodann zweimal in dessen Richtung, wobei der zweite Auswurf diesen im Gesicht traf. Dies erzeugte beim Beamten starke Ekelgefühle und Brechreiz, die bis in die Abendstunden anhielten. Das Gericht ist davon ausgegangen, dass der Angeklagte bei seinem Handeln den Zeugen [...] in dessen Ehre herabsetzen und ihn erniedrigen wollte, wobei er die bei diesem eingetretenen Ekelgefühle billigend in Kauf nahm. Liegt eine Körperverletzung vor?

„Eine körperliche Misshandlung ist jede **üble, unangemessene Behandlung**, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 23.01.1974 - 3 StR 324/73, BGHSt 25, 277). **Seelische Beeinträchtigungen** als solche **genügen nicht**; nötig sind vielmehr körperliche Auswirkungen (vgl. BGH, Beschluss vom 11.07.2012 - 2 StR 60/12, NStZ-RR 2012, 340). Danach erfüllt vorliegend zwar nicht die bloße Erregung von Ekelgefühlen (a. A. RG, Urteil vom 30.05.1910 - 3 D 359/10, GA 58, 184, 185; dagegen schon OLG Zweibrücken, Beschluss vom 18.06.1990 - 1 Ss 238/89, NJW 1991, 240, 241), jedoch das **Hervorrufen von Brechreiz** das Tatbestandsmerkmal (vgl. zu durch Angst hervorgerufene Magenschmerzen BGH, Urteil vom 15.10.1974 - 1 StR 303/74, MDR 1975, 22; insgesamt S/S-Eser, StGB, 29. Aufl., § 223 Rn. 4).

Einen auf die Verursachung von Brechreiz bezogenen **Vorsatz** des Angeklagten hat die Strafkammer indes **nicht festgestellt**, weshalb die Verurteilung wegen (vorsätzlicher) Körperverletzung keinen Bestand haben kann. Den entsprechenden Schuldspruch gemäß dem Vorschlag des Generalbundesanwalts entfallen zu lassen, kommt allerdings nicht in Betracht. Selbst wenn weitere Feststellungen zu einer zumindest billigenden Inkaufnahme nicht zu erwarten wären, stünde jedenfalls eine **fahrlässige Körperverletzung im Raum** (§ 229 StGB).“ (BGH aaO.)

**StGB** **Gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung** **StrR BT**  
**§ 224 I Nr. 4** **Anwesenheit einer weiteren Person**  
 (BGH in FD-StrafR 2015, 372007; Beschluss vom 21.07.2015 – 3 StR 261/15)

- Zur Erfüllung des Qualifikationstatbestandes des § 224 I Nr. 4 StGB ist die **eigenhändige Mitwirkung jedes Einzelnen** an der Verletzungshandlung **nicht erforderlich**.
- Vielmehr genügt es, dass ein am Tatort anwesender Tatgenosse die Wirkung der Körperverletzungshandlung des Täters **bewusst in einer Weise verstärkt**, welche die **Lage des Verletzten zu verschlechtern geeignet** ist.

**Fall:** A und B entschlossen sich den Taxifahrer K zu überfallen. Aus diesem Grunde ließen sie sich von diesem an einen von dem A vorgegeben Ort fahren. Als das Taxi am Ziel zum Stillstand gekommen war, griff der A dem gemeinsamen Tatplan

entsprechend und seine Sitzposition hinter dem Geschädigten ausnutzend mit seinem rechten Arm von hinten um den Fahrersitz und den Geschädigten. Dabei führte er seinen Arm um dessen rechten Arm sowie die Brust herum und zog seine rechte Hand linksseitig am Hals des Geschädigten über dessen linke Schulter zu sich heran. Er zog dabei so kräftig, dass er den Geschädigten mit seinem Unterarm am Hals würgte und dieser sich nicht mehr bewegen konnte. Im weiteren Verlauf entnahm die auf dem Beifahrersitz befindliche B aus dem Portemonnaie des Geschädigten insgesamt 30 € und steckte dessen Mobiltelefon ein. Sodann entfernten sich die Angeklagten. Das LG hat A und die nicht revidierende Mitangeklagte B jeweils wegen Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt. Zur Recht?

Eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 I Nr. 4 StGB setzt die gemeinschaftliche Tatbegehung hinsichtlich der Körperverletzung voraus. Fraglich ist, ob dies hier der Fall ist.

*„Zur Erfüllung dieses Qualifikationstatbestandes ist zwar die **eigenhändige Mitwirkung jedes Einzelnen** an der Verletzungshandlung **nicht erforderlich**. Vielmehr kann es genügen, dass ein am Tatort anwesender Tatgenosse die **Wirkung der Körperverletzungshandlung des Täters bewusst in einer Weise verstärkt**, welche die **Lage des Verletzten zu verschlechtern geeignet** ist (BGH, Beschluss vom 17.07.2012 - 3 StR 158/12, BGHR StGB § 224 I Nr. 4 Gemeinschaftlich 4). **Alein die Anwesenheit einer zweiten Person, die sich passiv verhält**, erfüllt die Qualifikation jedoch noch nicht (BGH, Urteil vom 20.03.2012 - 1 StR 447/11, juris Rn. 12; MüKo-StGB/Hardtung, 2. Aufl., § 224 Rn. 34 m.w.N.). Lediglich ein solches passives Verhalten ist aber festgestellt. Die Urteilsgründe zeigen weder auf, dass die bloße Präsenz der Mitangeklagten in besonderer Weise den Geschädigten in seiner Lage beeinträchtigte, noch, dass die Mitangeklagte hinsichtlich der körperlichen Misshandlung überhaupt unterstützungsbereit war und hierdurch eine erhöhte Gefährlichkeit der konkreten Tatsituation begründete.*

*Da ergänzende Feststellungen nicht zu erwarten sind, hat der Senat den Schuldspruch selbst geändert und die Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung entfallen lassen. Eine Abänderung des Schuldspruchs gegen den Angeklagten auf **tateinheitlich verwirklichte Körperverletzung** (§ 223 I StGB) kommt nicht in Betracht, da die gemäß § 230 I 1 StGB erforderlichen **Verfolgungsvoraussetzungen nicht vorliegen**. Weder hat der Geschädigte einen Strafantrag gestellt noch die Staatsanwaltschaft das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejaht. Eine solche (konkludente) Erklärung ist auch nicht der Anklage zu entnehmen, da diese nur den Vorwurf einer tateinheitlich zum Raubtatbestand verwirklichten gefährlichen Körperverletzung zum Gegenstand hatte (vgl. BGH, Beschluss vom 07.05.2015 - 2 StR 108/15, juris Rn. 4).“ (BGH aaO.)*

StGB  
§§ 22, 24, 224

**Rücktritt vom Versuch**  
**Freiwilligkeit nach Alarmierung der Polizei**  
(BGH in StV 2015, 688; Beschluss vom 28.01.2015 – 4 StR 574/14)

StR AT

Unfreiwillig ist in Fällen des Herbeirufens der Polizei das Nicht-Weiterhandeln nur dann, wenn der Täter sich auf Grund äußerer Zwänge oder psychischer Hemmungen **zur Tatvollendung nicht mehr in der Lage gesehen** hat, was voraussetzt, dass er **dieses „Hindernis“ wahrnimmt** und es seine Willensentschließung zumindest mitbestimmt.

**Fall:** Nach den vom LG hierzu getroffenen Feststellungen liefen die Angekl. und der – nicht revidierende – Mitangekl. nach dem Diebstahl eines Handys durch den Mitangekl. zunächst weg, jedoch drehte sich die Angekl. plötzlich um, holte einen Holzstock aus ihrer Tasche und ging mit schlagenden Bewegungen auf einen Zeugen zu, der vor der Flucht den Mitangekl. festgehalten hatte. Der Zeuge konnte den Schlägen der Angekl. ausweichen und alarmierte die Polizei. Die Angekl. konnte noch vor Eintreffen der Polizei den Stock zurück in ihre Tasche stecken. Hindert die mögliche Alarmierung der Polizei die Prüfung eines Rücktritts vom Versuch der Körperverletzung mangels Freiwilligkeit?

*„Zwar kann das befürchtete alsbaldige Eintreffen der Polizei bei einem – wie ersichtlich hier – **unbeendeten Versuch** die Freiwilligkeit des Rücktritts ausschließen (vgl. BGH, Urt. v. 08.02.2007 – 3 StR 470/06, NStZ 2007, 399 [400]; Beschl. v. 20.11.2013 – 3 StR 325/13, NStZ 2014, 202; v. 26.02.2014 – 4 StR 40/14, NStZ-RR 2014, 171 [172]). Unfreiwillig ist aber auch in solchen Fällen das Nicht-Weiterhandeln nur dann, wenn der Täter sich **auf Grund äußerer Zwänge oder psychischer Hemmungen zur Tatvollendung nicht mehr in der Lage gesehen hat** (BGH, Beschl. v. 26.02.2014 – 4 StR 40/14, NStZ-RR 2014, 171 [172]; vgl. auch Beschl. v. 10.07.2013 – 2 StR 289/13, StV 2014, 336, jew. m.w.N.). Dies setzt voraus, dass der Täter dieses „Hindernis“ wahrnimmt und es seine Willensentschließung zumindest mitbestimmt.*

*Entsprechende Feststellungen hat die StrK jedoch nicht getroffen. Auch die Ausführungen des LG im Rahmen der Beweiswürdigung belegen weder, dass **tatsächlich die Polizei verständigt** wurde, noch dass die **Angekl. dies** – falls es erfolgt sein sollte – **bemerk**t hat. Auch dass sie ohne eine von ihr bemerkte Verständigung der Polizei mit deren alsbaldigem Eintreffen rechnete und deshalb von weiteren Schlägen mit dem Holzstock absah, belegen weder die Feststellungen noch die Darlegungen im Rahmen der Beweiswürdigung und kann angesichts des von der StrK geschilderten Geschehensablaufs vom Senat auch nicht dem Gesamtzusammenhang entnommen werden.“ (BGH aaO.)*

GG  
Art. 3 I, 105 II a

**Zulässigkeit einer indirekten Steuer**  
**Kommunale Übernachtungssteuer**  
(VGH Mannheim in DÖV 2015, 849; Urteil vom 11.06.2015 – 2 S 2555/13)

KommunalR

1. Eine auf private Übernachtungen erhobene kommunale Steuer ist als **örtliche Aufwandsteuer** bei wertender Betrachtung nicht gleichartig mit der Umsatzsteuer, selbst wenn sie – wie die Umsatzsteuer – einen proportionalen Steuermaßstab enthält.
2. Eine Übernachtungssteuer kann nach dem Kommunalabgabengesetz für Baden-Württemberg als **indirekte Steuer** erhoben werden, die den Beherbergungsbetrieb als Steuerschuldner bestimmt (**a.A.** für das nordrhein-westfälische Landesrecht: **OVG NRW**, Urteil vom 23.10.2013 – 14 K 316/13 – juris). Es reicht aus, wenn der Beherbergungsbetrieb die Steuer auf den Übernachtungsgast als den eigentlichen Steuerträger abwälzen kann.
3. Eine **kalkulatorische Abwälzungsmöglichkeit** ist gegeben, wenn der Steuerpflichtige den von ihm gezahlten Betrag in die Kalkulation seiner Selbstkosten einsetzen und hiernach die zur Aufrechterhaltung der Wirtschaft-

lichkeit seines Unternehmens geeigneten Maßnahmen – Preiserhöhung, Umsatzsteigerung oder Senkung der sonstigen Kosten – treffen kann.

4. Einem Beherbergungsbetrieb werden mit den durch die Übernachtungsteuer verbundenen Hauptlasten, die darin bestehen, die **freiwilligen Angaben der Übernachtungsgäste** sowie ggf. Bescheinigungen entgegenzunehmen, höchstens auf Plausibilität zu kontrollieren und anschließend an die Kommune als Steuergläubigerin weiterzuleiten, **keine unverhältnismäßigen Mitwirkungsbeiträge** auferlegt.
5. Eine Übernachtungssteuersatzung, die bei nicht ausreichend belegten Angaben zu einer beruflich bedingten – und damit steuerfreien – Übernachtung eine **besteuerbare private Übernachtung** zugrunde legt sowie Sanktionsmöglichkeiten für Falschangaben vorsieht und grundsätzlich Kontrollmöglichkeiten eröffnet, enthält **kein strukturelles Vollzugsdefizit** und verstößt damit nicht gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit (Art. 3 I GG).

---

IFG NRW  
§ 6 Satz 1a

### Informationsfreiheit

VerwaltR BT

#### Kein Anspruch auf Herausgabe richterlicher Durchwahlnummern

(OVG Münster in NWVBI 2015, 382; Urteil vom 06.05.2015 – 8 A 1943/13)

1. Nach dem Informationsfreiheitsgesetz NRW besteht **kein Anspruch auf Zugang zur vollständigen Telefonliste** eines VG.
2. Soweit die Telefondaten der Richterinnen und Richter betroffen sind, scheidet der Anspruch jedenfalls am **Schutz öffentlicher Belange** nach § 6 Satz 1a IFG NRW
3. Das allgemeine Bekanntwerden dieser Durchwahlnummern würde die **Funktionsfähigkeit des Gerichts beeinträchtigen**, weil unmittelbare telefonische Kontaktaufnahmen mit Richtern die gerichtsintern vorgesehenen Arbeitsabläufe umgingen und zu einer **nachhaltigen Störung der richterlichen Arbeit** führen könnten.
4. Der Herausgabe aller – namentlich zugeordneten – Telefonnummern der nichtrichterlichen Gerichtsangehörigen steht der **Schutz personenbezogener Daten** entgegen, solange bzw. soweit diese hierzu nicht ihre Einwilligung erteilt haben.

---

RL 2004/38/EG  
Art. 14, 24

### Grundsicherungsleistungen für EU-Ausländer Ausschluss europarechtskonform

EuropaR

(EuGH in NVwZ 2015, 1517; Urteil vom 15.09.2015 – C-67/14)

Art. 24 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das **Recht der Unionsbürger** und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten **frei zu bewegen und aufzuhalten**, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG und Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1244/2010 der Kommission vom 09.12.2010 geänderten Fassung sind **dahin auszulegen**, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegenstehen, nach der Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten, die sich in der von Art. 14 IV Buchst. b der Richtlinie 2004/38/EG erfassten Situation befinden, vom **Bezug bestimmter „besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen“** i.S.v. Art. 70 II der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, die auch eine Leistung der „Sozialhilfe“ i.S.v. Art. 24 II der Richtlinie 2004/38/EG darstellen, **ausgeschlossen werden**, während Staatsangehörige des betreffenden Mitgliedstaats, die sich in der gleichen Situation befinden, diese Leistungen erhalten.

**Entscheidungen Verfahrensrecht**ZPO  
§ 531**Neuer Vortrag im Berufungsverfahren  
Unechtes Versäumnisurteil**

ZivilProzR

(BGH in NJW 2015, 3455; Urteil vom 01.07.2015 – VIII ZR 226/14)

1. Der Anwendung des § 531 II 1 Nr. 1 ZPO steht nicht entgegen, dass die **erstmalig im Berufungsverfahren** erfolgte Geltendmachung eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels in der ersten Instanz **aus Gründen unterblieben** ist, die eine **Nachlässigkeit** im Sinne von § 531 II 1 Nr. 3 ZPO darstellen.
2. Die für die Anwendung des § 531 II 1 Nr. 1 ZPO erforderliche Voraussetzung, dass die **Rechtsansicht des erstinstanzlichen Gerichts zumindest mitursächlich** für die Verlagerung des Parteivorbringens in das Berufungsverfahren geworden ist, ist auch dann erfüllt, wenn der **Beklagte auf die Klage nicht erwidert** und anschließend die „**Flucht in die Säumnis**“ angetreten, das erstinstanzliche Gericht jedoch kein Versäumnisurteil gegen den Beklagten erlassen, sondern die Klage abgewiesen hat.

**Hinweis:** *Der materiell-rechtliche Teil dieser Entscheidung wurde bereits in der ZA 11/15, S. 6 ff. besprochen*

**Fall:** Mit schriftlichem Vertrag vom 15./29.05.2012 kaufte der Kl. von dem Bekl. einen gebrauchten, erstmals im Januar 2000 zum Straßenverkehr zugelassenen Pkw V zum Preis von 4.990 €. Der Kaufpreis wurde über einen von dem Bekl. vermittelten Kredit der S-Bank AG finanziert, wobei der Kl. einen entsprechenden Kreditbetrag in Anspruch nahm.

Anfang September 2012 trat an dem Fahrzeug ein Motorschaden auf. Das LG Berlin die Klage des Kl. auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v 4.990 € (nebst Verzugszinsen) an die kreditgebende Bank (Zug um Zug gegen Abtretung des Anspruchs auf Rückübereignung des an die Bank sicherungsübereigneten Pkws durch unechtes Versäumnisurteil abgewiesen. D

Die hiergegen gerichtete Berufung, mit der der Kl. (unter teilweiser Änderung seines bisherigen Begehrens) Zahlung von 4.690 an die Bank Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs und Abtretung des Anspruchs auf Rückübereignung des Pkw – verlangt hat, hat in der im Wesentlichen Erfolg gehabt, da neues Vorbringen des Bekl. als verspätet zurückgewiesen wurde. Zu Recht?

Der erstmalig im Berufungsverfahren erfolgte Sachvortrag des Bekl. zur fehlenden Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs ist ein neues Verteidigungsmittel i.S.d. § 531 II 1 ZPO.

**I. Zulassung neuer Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren**

Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel (zum Begriff § 530 ZPO Rn 4) bedürfen für ihre Berücksichtigung der Zulassung durch das Berufungsgericht nach § 531 II ZPO. Das **Präklusionsrecht** und damit auch der grundsätzliche Ausschluss neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungszug findet aber keine Anwendung auf unstreitige Tatsachen. **Unstreitiges** und damit nicht beweisbedürftiges Vorbringen hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung **ohne weiteres** nach § 529 I ZPO zugrunde zu legen (BGHZ 177, 212 = NJW 2008, 3434; BGH NJW 2009, 2532; FamRZ 2010, 636), unabhängig davon, ob bei seiner Berücksichtigung eine Beweisaufnahme erforderlich wird (BGHZ 161, 138 = NJW 2005, 291). Ebenfalls können erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung neu entstandene Angriffs- und Verteidigungsmittel ohne die sich aus § 531 II ZPO ergebenden Beschränkungen in das Berufungsverfahren eingeführt werden (BGH NJW-RR 2010, 1478).

„Neu“ im Sinne des § 531 II ZPO ist ein Angriffs- und Verteidigungsmittel, wenn es **bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht vorgebracht** worden und daher im erstinstanzlichen Urteil gem. § 296a ZPO unberücksichtigt geblieben ist (BGH NJW 2004, 2382).

§ 531 II ZPO schließt neue Angriffs- und Verteidigungsmittel grds. aus und macht ihre **ausnahmsweise Zulassung** vom Vorliegen der besonderen in § 531 II 1 Nr. 1–3 ZPO aufgeführten Zulassungsgründe abhängig. Unerheblich ist, ob das Vorbringen die Erledigung des Rechtsstreits verzögert.

### 1. § 531 II 1 Nr. 1 ZPO

Eine Zulassung hat bei **erkennbar übersehenen oder für unerheblich gehaltenen Gesichtspunkten** zu erfolgen.

Gesichtspunkt ist dabei **jede** für die Entscheidung erhebliche **tatsächliche oder rechtliche Erwägung**. Der Zulassungsgrund trägt dem Gedanken Rechnung, dass das Berufungsgericht eine vom Erstgericht **abweichende Rechtsauffassung** vertritt und es auf dieser Grundlage an einem hinreichenden erstinstanzlichen Parteivortrag fehlt. Zudem sollen die Parteien nicht gezwungen sein, erstinstanzlich vorsorglich auch solche Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzutragen, die vom Standpunkt des Erstgerichts unerheblich sind (BGH NJW-RR 2004, 927; NJW-RR 2006, 1292).

### 2. § 531 II 1 Nr. 2 ZPO

Die Bestimmung erfasst die Fälle, in denen eine Partei aufgrund eines **objektiven Verfahrensfehlers des Erstgerichts** Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht vorgebracht hat. Darunter fällt insbesondere der Fall, dass nach § 139 ZPO gebotene Hinweise unterbleiben (BGHZ 158, 295 = NJW 2004, 2152), sei es in Gestalt eines **erforderlichen Hinweises nach § 139 I 2 ZPO** zur Ergänzung und Vervollständigung des Vorbringens (BGH NJW 2005, 2624) oder eines **Hinweises nach § 139 II ZPO**, wenn das Erstgericht seine Entscheidung auf einen von der Partei erkennbar übersehenen Gesichtspunkt stützt (BGH NJW-RR 2005, 213).

Ob ein Hinweis erforderlich ist, beurteilt sich aus der Sicht des Erstrichters, der bei einer fehlerhaften Rechtsauffassung gleichwohl seiner Hinweispflicht genügen muss. Wird ein Hinweis – verfahrensfehlerfrei – auf der Grundlage dieser unzutreffenden Rechtsauffassung erteilt, kann sich daran der Zulassungsgrund des § 531 II 1 Nr. 1 ZPO anschließen. Eine Zulassung nach § 531 II 1 Nr. 2 ZPO hat auch dann zu erfolgen, wenn der Partei verfahrensfehlerhaft Vortrag abgeschnitten wird, so etwa, wenn das Erstgericht vor Ablauf einer eingeräumten Schriftsatzfrist seine Entscheidung erlässt (BGH NJW 2008, 3361).

### 3. § 531 II 1 Nr. 3 ZPO

Die Bestimmung des § 531 II 1 Nr. 3 ZPO eröffnet die Möglichkeit des Vorbringens neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel auch ohne eine Ursächlichkeit durch das Erstgericht, wenn es nicht auf Nachlässigkeit der Partei beruht.

**Nachlässig** handelt eine Partei, wenn sie die **tatsächlichen Umstände nicht vorbringt**, deren **Relevanz** für den Rechtsstreit ihr bekannt sind oder bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt **hätten bekannt sein müssen** und zu deren Geltendmachung sie im ersten Rechtszug imstande ist (BGHZ 158, 295 = NJW 2004, 2152; BGH NJW 2006, 152). Für eine Nachlässigkeit reicht auch **einfache Fahrlässigkeit** aus (BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2025; BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2825).

Allerdings dürfen an die Informations- und Substantiierungslast der Partei **keine zu hohen Anforderungen** gestellt werden (BGH NJW 2006, 152). Grundsätzlich müssen der Partei die Umstände bekannt sein (BGH NJW 2003, 200). Es besteht **keine Verpflichtung, unbekannte tatsächliche Umstände zu ermitteln** (BGH NJW-RR 2009, 329). Eine Partei kann davon ausgehen, dass die Gegenseite ihrer prozessualen Wahrheitspflicht nachkommt und hat ohne greifbare Anhaltspunkte keine Veranlassung, die Richtigkeit der ihr unbekannteren Angaben des Gegners in Zweifel zu ziehen oder gegenteilige Ermittlungen anzustellen (BGH VersR 2009, 1683).

Erst nach der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung entstandene Tatsachen oder Angriffs- und Verteidigungsmittel können vorgetragen werden (BGH NJW-RR 2005, 1687), **auch wenn die Partei sie selbst geschaffen hat**, wie etwa die Ausübung von Gestaltungsrechten oder unstreitige Fristsetzungen (BGH NJW 2009, 2532) oder wenn Einwendungen auf eine nachträgliche Abtretung gestützt werden (BGH GRUR 2011, 853). Eine Partei ist ferner **nicht verpflichtet**, Einwendungen gegen ein **gerichtliches Gutachten** mit einem Privatgutachten **zu untermauern** oder sich Sachwissen anzueignen. Ist hierfür eine besondere Sachkunde erforderlich, kann auch in der Berufungs-



instanz ein Privatgutachten vorgelegt oder nach Einholung sachverständigen Rates weiter vorgetragen werden (BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2825; BGH NJW 2006, 152; NJW 2007, 1531).

## II. Anwendung auf den Fall

Hier kommt eine Zulassung nach § 531 II 1 Nr. 1 ZPO in Betracht. Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren zuzulassen, wenn sie einen rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt betreffen, der von dem Gericht des ersten Rechtszugs erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist.

### 1. Nachlässigkeit schließt bei § 531 II 1 Nr. 1 ZPO Zulassung nicht aus

*„Entgegen der Auffassung des BerGer. kommt es i.R.d. § 531 II 1 Nr. 1 ZPO nicht darauf an, ob sich der Bekl. auf Grund des **Hinweises des LG zur „weitgehenden Unschlüssigkeit“** der Klage oder auf Grund dessen weiteren Verhaltens hat veranlasst sehen dürfen, **auf das Klagevorbringen gar nicht zu erwidern**. Denn eine Zulassung neuen Vorbringens nach § 531 II 1 Nr. 1 ZPO ist **nicht schon dann ausgeschlossen**, wenn eine Partei Sachvortrag aus Gründen unterlassen hat, die eine **Nachlässigkeit i.S.v. § 531 II 1 Nr. 3 ZPO** darstellt (BGH, NJW-RR 2012, 341 = NZM 2012, 231 Rn. 17 f.; NJW-RR 2015, 1278 = MDR 2015, 536 Rn. 12 = NJW 2015, 3248 Ls.).*

*Das LG hat die **Klage** unabhängig von der Frage, ob ein zum Rücktritt berechtigender Sachmangel aufgetreten ist und ob der Rücktritt wirksam ausgeübt worden ist, für **unschlüssig** beziehungsweise im Hilfsantrag für unzulässig gehalten.“ (BGH aaO.)*

### 2. Kausalität der Rechtsansicht des LG für Verlagerung des Parteivortrags

*„Weiter setzt die Anwendung des § 531 II 1 Nr. 1 ZPO voraus, dass die Rechtsansicht des erstinstanzlichen Gerichts zumindest **mitursächlich für die Verlagerung des Parteivorbringens in das Berufungsverfahren** geworden ist (st. Rspr.; vgl. BGH, NJW 2011, 3361 Rn. 27; NJW-RR 2012, 341 = NZM 2012, 231 Rn. 19; NJW-RR 2015, 1278 = MDR 2015, 536 Rn. 10, jew. m.w.N.). Diese Voraussetzung ist vorliegend schon deswegen erfüllt, weil das LG dem Bekl. **durch seine Vorgehensweise** die von ihm ersichtlich angestrebte **Möglichkeit genommen hat, durch „Flucht in die Säumnis“** sein bis dahin fehlendes Vorbringen in der Einspruchsschrift (§ 340 ZPO) und damit noch vor Abschluss der ersten Instanz nachzuholen.*

*Das LG hat **nicht** das vom Kl. beantragte Versäumnisurteil gegen den Bekl. (§ 331 I, II ZPO) erlassen, sondern – aus Sicht des BerGer. **rechtsfehlerhaft** – die Klage durch **unechtes Versäumnisurteil** in den Hauptanträgen als unschlüssig und im Hilfsantrag als unzulässig abgewiesen. Wäre das LG **anders verfahren**, hätte der Bekl., dessen in der Verhandlung anwesender Prozessbevollmächtigter nicht zur Sache verhandelt hat, durch **rechtzeitigen Einspruch** gegen das Versäumnisurteil (§§ 338, 339 ZPO) gewährleisten können, dass er seinen **Sachvortrag noch in das Verfahren** erster Instanz hätte **einbringen** können. In diesem Fall wäre es zu einer Verlagerung des Sachvortrags des Bekl. in den zweiten Rechtszug nicht gekommen, so dass die Vorgehensweise des LG dafür mitursächlich geworden ist, dass sich der Bekl. erstmals im Berufungsverfahren zur Sache geäußert hat.“ (BGH aaO.)*

### 3. Ergebnis

Das BerGer. hätte daher das Vorliegen eines Sachmangels nicht allein auf Grundlage des Klägervortrags bejahen dürfen, sondern hätte berücksichtigen müssen, dass der Bekl. das vom Kl. behauptete Auftreten eines Sachmangels innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang (§ 476 BGB) wirksam bestritten hat.

(OLG Hamm in BeckRS 2015, 18649; Urteil vom 20.10.2015 – 28 U 91/15)

1. Die Bestimmung des Erfüllungsortes (§ 29 I ZPO) richtet sich nach dem **materiellen Recht**.
2. Eine ausdrückliche Regelung zum Erfüllungsort bei Vertragsrückabwicklung fehlt.
3. Nach § 269 I BGB richtet sich der Ort für die Leistung nach der von den Parteien **getroffenen Bestimmung** oder nach den **Begleitumständen**, die sich insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses ergeben. Wenn sich insoweit **keine Feststellungen** treffen lassen, bildet der **Wohnsitz des Verkäufers**, der vermeintlich die Rückzahlung des Kaufpreises schuldet, den **maßgeblichen Leistungsort**.
4. Bei einer Rückabwicklung Zug-um-Zug wegen Mangelhaftigkeit ist der **Verkäufer verpflichtet die Kaufsache am Wohnsitz des Käufers abzuholen** und schuldet auch dort die Rückzahlung des Kaufpreises.
5. Erfüllungsort des **Zahlungsanspruchs bei Vertragsrückabwicklung** wegen Mangelhaftigkeit ist daher der **Wohnsitz des Käufers**.

**Fall:** Die Parteien streiten über die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über ein Gebrauchtfahrzeug vom Typ Saab 900 Cabriolet.

Dieses Fahrzeug befand sich im Besitz des Beklagten, der in Q wohnt. Q liegt im Gerichtsbezirk des Landgerichts Bottrop. Er bot das Cabriolet im September 2014 über das Internet zum Kauf an. Der Kläger, der in M wohnt, wurde auf das Inserat aufmerksam. Er nahm in Q eine Fahrzeugbesichtigung vor und einigte sich mit dem Beklagten darauf, das Cabriolet zum Preis von 5.650,00 € zu kaufen. Nach entsprechender Barzahlung verbrachte der Kläger das Fahrzeug nach M.

Bei dem Kläger entstand zu Hause nach Durchsicht der Fahrzeugpapiere der Eindruck, dass die im Kaufvertrag vom 07.09.2014 angegebene Gesamtlauflistung: 173.000 km unzutreffend sei und das Fahrzeug tatsächlich eine erheblich höhere Laufleistung aufweise. Noch bevor er die Zulassung des Fahrzeugs auf seinen Namen veranlasst hatte, erklärte der Kläger am 09.09.2014 den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte den Beklagten auf, das Cabriolet bis zum 20.09.2014 in M abzuholen.

Nachdem der Beklagte sich nicht auf eine Rückabwicklung des Kaufvertrags einließ, erhob der Kläger vor dem Landgericht Bielefeld eine Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Der Beklagte rügt die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gerügt und beantragt, den Rechtsstreit an das Landgericht Potsdam zu verweisen. Zu Recht?

## I. Die örtliche Zuständigkeit

Bei der örtlichen Zuständigkeit stellt sich die Frage, welches Gericht an welchem Ort zur Entscheidung über die Sache berufen ist. Die örtliche Zuständigkeit wird auch **Gerichtsstand** genannt.

Zunächst sind stets die **ausschließlichen Gerichtsstände** zu prüfen, da dort die Klage erhoben werden muss (vgl. § 12 ZPO).

Besondere und allgemeine Gerichtsstände stehen nebeneinander, so dass der Kläger insofern die **Wahlmöglichkeit** hat (§ 35 ZPO). Ein Gerichtsstand kann nach § 39 ZPO auch durch **rügelose Einlassung** begründet werden.

### 1. Ausschließlicher Gerichtsstand

Kein anderer Gerichtsstand ist eröffnet beim **dinglichen Gerichtsstand** (§ 24 ZPO), für **Miet – und Pachtverhältnisse** (§ 29a ZPO), bei **Umwelteinwirkung** (§ 32a ZPO), bei Gerichtsstandsvereinbarung (§ 40 II ZPO) sowie für die Gerichtsstände in der **Zwangsvollstreckung** (§ 802 ZPO).

Gerichtsstandsvereinbarungen sind **grundsätzlich** nur unter Kaufleuten zulässig, bei

- vermögensrechtlichen Streitigkeiten (§ 40 II ZPO)
- über ein bestimmtes Rechtsverhältnis (§ 40 I ZPO)

- hinsichtlich eines bestimmten oder mindestens bestimmbaren Gerichts
- wenn kein ausschließlicher Gerichtsstand (§ 40 II ZPO) vorliegt.

## 2. Allgemeiner Gerichtsstand

Der allgemeine Gerichtsstand einer natürlichen Person ist nach §§ 12, 13 ZPO der **Wohnsitz** (§§ 7 ff. BGB), sofern nach §§ 15 - 19 ZPO keine Besonderheiten gelten. Die Begründung eines Wohnsitzes geschieht durch tatsächliche Niederlassung verbunden mit dem Willen, den Ort zum ständigen Schwerpunkt seiner Lebensverhältnisse zu machen.

## 3. Besonderer Gerichtsstand

Bei den besonderen Gerichtsständen führen bestimmte Umstände dazu, dass der Kläger den Beklagten nicht nur an dessen allgemeinem Gerichtsstand verklagen kann, sondern auch vor einem anderen örtlichen Gericht die Klage erheben kann. Von besonderer Bedeutung sind hierbei die besonderen Gerichtsstände:

- der **Niederlassung** (§ 21 ZPO),
- des **Erfüllungsortes** (§ 29 ZPO),
- bei **Haustürgeschäften** (§ 29c ZPO)
- der **unerlaubten Handlung** (§ 32 ZPO).

## II. Anwendung auf den Fall

Am Sitz des Landgerichts Potsdam hat der Beklagte nach § 13 ZPO seinen **allgemeinen Gerichtsstand**. Dieses wäre für die Klage daher jedenfalls zuständig, sofern kein ausschließlicher Gerichtsstand gegeben ist. Ist allerdings noch ein anderer, **nicht ausschließlicher Gerichtsstand** eröffnet, so obliegt die Wahl zwischen den verschiedenen Gerichtsständen nach § 35 ZPO dem Kläger. Fraglich ist also, ob auch am Landgericht Bielefeld ein Gerichtsstand eröffnet ist. In Betracht kommt hier nach § 29 I ZPO der **Gerichtsstand des Erfüllungsortes**.

„Nach der Regelung des § 29 I ZPO ist für Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis - auch - das Gericht des Ortes zuständig, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Der insofern **maßgebliche Ort** richtet sich nach dem **materiellen Recht** (BGH NJW 2011, 2056 - juris-Tz. 29).“ (OLG Hamm aaO.)

Nach dem vom Kläger zur Klagebegründung vorgetragene Sachverhalt soll ihm gegen den Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises von 5.650,00 € zustehen, weil er wirksam von dem Kaufvertrag über das Saab 900 Cabriolet zurückgetreten sei. Es kommt daher für die Bestimmung des Gerichtsstandes des § 29 ZPO darauf an, an welchem Ort die hier streitige Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises zu erfüllen ist. Hierfür enthält das materielle Recht keine abschließende Regelung.

„Abzustellen ist vielmehr auf § 269 I BGB. Danach richtet sich der Ort für die Leistung nach der von den Parteien **getroffenen Bestimmung** oder nach den **Begleitumständen**, die sich insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses ergeben. Wenn sich insoweit **keine Feststellungen** treffen lassen, bildet der **Wohnsitz des Verkäufers**, der vermeintlich die Rückzahlung des Kaufpreises schuldet, den **maßgeblichen Leistungsort**.“ (OLG Hamm aaO.)

Die Parteien haben bei Abschluss des Kaufvertrages zwar keine ausdrückliche Bestimmung getroffen, wie im Falle der **Rückabwicklung** des Vertrages zu verfahren sei. Ihnen kann allerdings der mutmaßliche Wille unterstellt werden, dies **nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen** zu tun. Dabei ergibt sich aus §§ 346, 323, 440, 434, 433 BGB, dass der Käufer selbst bei wirksamer Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts keinen uneingeschränkten Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises hat, sondern dass dieser **Anspruch vom Verkäufer nur Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung der Kaufsache zu erfüllen** ist.

„[Es] steht ... rechtlich außer Frage, dass der **Beklagte als Verkäufer verpflichtet** ist, das - unterstellt: - mangelhafte **Fahrzeug bei dem Kläger in M abzuholen** (Reinking/Eggert Der Autokauf, 12. Aufl. 2014, Rn. 1220). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll der Verkäufer dann auch bei dieser Gelegenheit der Fahrzeugabholung **Zug um Zug seine Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises erfüllen**.

Dieses mutmaßlich auch von den Parteien so gewollte Prozedere spricht dafür, bei der **Rückabwicklung eines Autokaufs** im Rahmen des § 29 I ZPO einen **einheitlichen Gerichtsstand** des Erfüllungsortes dort anzunehmen, wo sich das gekaufte Fahrzeug im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vertragsgemäß befindet - nämlich regelmäßig am **Wohnsitz des Käufers**. Dies entspricht zu Recht der **vorherrschenden Auffassung** (BGH NJW 1983, 1479 - juris-Tz. 14; OLG Schleswig, Urt. 3 U 99/11 vom 04.09.2012; OLG Düsseldorf, Beschl. 22 W 19/13 vom 17.07.2013; OLG Köln DAR 2011, 260; OLG Karlsruhe MDR 2013, 898; OLG Nürnberg, Urt. 2 U 2074/08 vom 20.02.2009; OLG Bamberg ZfSch 2013, 568; OLG München MDR 2014, 450; Palandt/Grüneberg BGB, 74. Aufl. 2015, § 269 Rn. 16; Reinking/Eggert aaO. Rn. 1217f, 1264; Zöller/Vollkommer ZPO, 30. Aufl. 2014; ZPO § 29 Rn. 25 Kaufvertrag).“ (OLG Hamm aaO.)

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass in der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt ist, dass auch die nach § 439 BGB vom **Verkäufer** vorrangig **geschuldete Nacherfüllung** grundsätzlich **an dessen Betriebs- oder Wohnsitz** vorzunehmen ist (BGH NJW 2011, 2278).

„Das lässt aber nicht den Rückschluss zu, dass dort auch die spätere Rückabwicklung des Kaufvertrages zu erfolgen hat. Vielmehr wird sich im Gegenteil das Scheitern der Nacherfüllung als Rücktrittsvoraussetzungen in der Regel erst dann feststellen lassen, wenn der Käufer das Fahrzeug im Anschluss an den Nacherfüllungsversuch wieder zur bestimmungsgemäßen Verwendung zurückerhalten hat.“ (OLG Hamm aaO.)

Auch die Prozessökonomie rechtfertigt es nicht, einen Gerichtsstand am Wohnsitz des Verkäufers zu begründen.

„Abgesehen davon, dass sich der Erfüllungsort i.S.d. § 29 I ZPO - wie dargestellt - nach dem materiellen Recht richtet (BGH NJW 2004, 54 - juris-Tz. 12), müssen auch **nicht bei jeder Rückabwicklungsklage** - wie offenbar das Landgericht meint - **Arglistzeugen** am Wohnort des Verkäufers vernommen werden. Vielmehr richtet sich der erforderliche prozessuale Aufwand nach den Umständen des Einzelfalles. So wird es im Streitfall zur Klärung der relevanten Frage, ob das Saab Cabriolet eine zugesagte Gesamtleistung nicht aufweist, möglicherweise auf die Vernehmung der Vorbesitzer ankommen, die nicht zwangsläufig aus Q kommen müssen. Außerdem wird möglicherweise das Gutachten eines Kfz-Sachverständigen einzuholen sein, bei dem ein Auseinanderfallen des Standorts des zu untersuchenden Fahrzeugs und des Gerichtsortes regelmäßig zu Mehrkosten führt.“ (OLG Hamm aaO.)

Somit ist am Landgericht Bielefeld der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach § 29 I ZPO eröffnet, so dass diese auch zuständig ist und keine Verweisung an das Landgericht Potsdam zu erfolgen hat.

GG

**Entkleidung eines Strafgefangenen  
Körperliche Durchsuchung**

VerfassungsR

Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I

(BVerfG in NJW 2015, 3158; Beschluss vom 05.03.2015 – 2 BvR 746/13)

1. Durchsuchungen, die mit einer **Entkleidung** verbunden sind, stellen einen **schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** dar.
2. **Gesetzeswortlaut, Systematik und Sinn und Zweck** der differenzierten Regelung sprechen dafür, dass maßgebendes Kriterium für das Vorliegen einer Durchsuchung nach § 84 II StVollzG die Entkleidung unter visueller Bewachung durch das Vollzugspersonal ist.
3. Jedenfalls die **explizite visuelle Kontrolle des Körpers** des Gefangenen muss für die Bejahung einer „körperlichen Durchsuchung“ i.S.d. § 84 II StVollzG ausreichen.
4. § 84 II StVollzG ist hinsichtlich des Entkleidungsgrades mindestens dann einschlägig, wenn die **Genitalien des Gefangenen** – unabhängig von der zeitlichen Dauer – **entblößt werden müssen**, da die visuelle Kontrolle dieser Körperteile durch andere eine der schwerwiegendsten mit einer Entkleidung verbundenen Beeinträchtigungen des menschlichen Schamgefühls darstellt.

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerde des ehemals strafgefangenen Bf. betrifft dessen vor einer Besuchsdurchführung und einer Zeugenvernehmung durchgeführten Durchsuchung, anlässlich derer er sich vor den Augen von Bediensteten der Justizvollzugsanstalt entkleiden musste. Der Bf. rügt die Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Liegt eine solche vor?

Durch die Durchsuchung des Bf. Zur Kontrolle vor einer Besuchsdurchführung könnte dieser in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht – Art. 2 I i.V.m. 1 I GG – verletzt worden sein.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist eine als **Produkt richterlicher Rechtsfortbildung** den speziellen Freiheitsrechten angenäherte Grundrechtsgarantie. Aus **Art. 2 I GG** haben sich in der Ausdeutung und Handhabung durch das Bundesverfassungsgericht **zwei Grundrechtsgarantien** mit unterschiedlichen Ausprägungen nach Schutzbereich, Wirkungsrichtung und Einschränkungsmöglichkeiten ergeben.

Zum einen die in umfassender Weise verstandene und qualitativ nicht näher eingegrenzte **allgemeine Handlungsfreiheit** und zum anderen das, frühzeitig durch das BVerfGE als unbenanntes Freiheitsrecht begründete **allgemeine Persönlichkeitsrecht** in seinen verschiedenen Ausprägungen, das aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG hergeleitet wird. (BVerfGE, 27, 1 (6); 34, 238 (245 f.); BVerfGE 54, 148 (153); 63, 131 (142 f.).

## I. Verfassungsgerichtlicher Prüfungsmaßstab

„Auslegung und Anwendung einfachen Rechts sind grundsätzlich Aufgabe der Fachgerichte, unterliegen aber der verfassungsrechtlichen Prüfung dahin, ob sie die **Grenzen zur Willkür** überschreiten oder die **Bedeutung eines Grundrechts grundsätzlich verkennen** (vgl. BVerfGE 18, 85 [93] = NJW 1964, 1715; BVerfGE 30, 173 [196 f.] = NJW 1971, 1645; BVerfGE 57, 250 [272] = NJW 1981, 1719 = NSTZ 1981, 357; BVerfGE 74, 102 [127] = NJW 1988, 45; st. Rspr.). Der **fachgerichtliche Spielraum** ist insbesondere dann überschritten, wenn das Gericht bei der Gesetzesauslegung und -anwendung in offensichtlich nicht zu rechtfertigender Weise den vom Gesetzgeber gewollten und im Gesetzestext ausgedrückten Sinn des Gesetzes verfehlt (vgl. BVerfGE 86, 59 [64] = NJW 1992, 1675) oder **das zu berücksichtigende Grundrecht völlig unbeachtet gelassen** hat (vgl. BVerfGE 59, 231 [268 f.] = NJW 1982, 1447; BVerfGE 77, 240 [255 f.] = NJW 1988, 325).“ (BVerfG aaO.)

## II. Eröffnung des Schutzbereichs

### 1. Persönlicher Schutzbereich

Das Grundrecht ist ein Jedermannsrecht, so dass auch der Bf. vom persönlichen Schutzbereich erfasst wird.

### 2. Sachlicher Schutzbereich

Das Grundrecht gewährleistet den allgemeinen Schutz der Privat- und Intimsphäre. Dies schließt den Schutz vor der Entkleidung im Beisein anderer Personen ein. Der sachliche Schutzbereich ist daher eröffnet.

### III. Eingriff in den Schutzbereich

Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare Verhalten durch das die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich gemacht oder erschwert wird.

*„Durchsuchungen, die mit einer **Entkleidung** verbunden sind, stellen einen **schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** dar (vgl. BVerfGK 2, 102 [105] = NJW 2004, 1728), da das Schamgefühl durch die in nacktem Zustand zu duldende Durchsuchung in besonderem Maße tangiert wird (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 07.03.2005 – 2 Ws 37/05 = BeckRS 2015, 16267). Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber diese Art von Eingriffen in § 84 II und III StVollzG strengerer Voraussetzungen unterworfen als sonstige Durchsuchungen (vgl. § 84 I StVollzG; s. auch BT-Drs. 7/918, 137 f.).“ (BVerfG aaO.)*

### IV. Rechtfertigung des Eingriffs in den Schutzbereich

#### 1. Beschränkbarkeit

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Schutzbereich des Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG überhaupt beschränkbar ist. Hier gelten die Regeln des Art. 2 I GG.

Nach Art. 2 I GG verfügt das Grundrecht über die sog. Schrankentrias. Da die Schranken „Rechte anderer“ und „Sittengesetz“ begriffsnotwendig in der Schranke „verfassungsmäßige Ordnung“ enthalten sind und diese alle formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehende Gesetze umfasst, führt dies letztlich zu einem einfachen Gesetzesvorbehalt.

*„Grundrechte dürfen **nur durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes** und nur unter Beachtung des Grundsatzes der **Verhältnismäßigkeit** eingeschränkt werden; dies gilt auch für Gefangene (vgl. BVerfGE 33, 1 [11] = NJW 1972, 811; BVerfGE 89, 315 [322 f.] = NJW 1994, 1401).“ (BVerfG aaO.)*

Allerdings müssen nach der Wesentlichkeitstheorie im normativen Bereich die wesentlichen Entscheidungen durch förmliches Gesetz getroffen werden und dürfen nicht der Exekutive zur Regelung durch Rechtsverordnung oder Satzung überlassen bleiben. "Wesentlich" ist insbesondere das, was für die Ausübung von Grundrechten wesentlich ist.

Der Eingriff wird gestützt auf § 84 StVollzG. Hierbei handelt es sich um ein förmliches Gesetz, das in jedem Fall den Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie genügt, so dass dahinstehen kann, ob untergesetzliches, materielles Recht zur Eingriffsrechtfertigung ausreichen würde.

#### 2. Grenzen der Beschränkbarkeit

Ein Eingriff in Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG ist trotz grundsätzlicher Einschränkung aber nicht ohne jede Grenze möglich. So muss das die Einschränkung zulassende Gesetz ebenso wie die Anwendung im Einzelfall den Anforderungen entsprechen.

##### a) Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Zunächst muss § 84 StVollzG verfassungsgemäß sein. Hiervon kann ausgegangen werden.

##### b) Verfassungsmäßigkeit der Einzelmaßnahme

Aber auch die Einzelmaßnahme muss den verfassungsmäßigen Anforderungen, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen.

##### aa) Ermächtigungsgrundlage

Zunächst stellt sich hier die Frage, ob eine körperliche Durchsuchung nach § 84 II StVollzG vorliegt, die nur unter strengen Voraussetzungen zulässig ist.

*„**Gesetzeswortlaut, Systematik und Sinn und Zweck** der differenzierten Regelung sprechen dafür, dass maßgebendes Kriterium für das Vorliegen einer Durchsuchung nach § 84 II StVollzG die Entkleidung unter visueller Bewachung durch das Vollzugspersonal ist. Dafür spricht insbesondere § 84 II 2 StVollzG, der die Durchführung der mit einer Entkleidung verbundenen Durchsuchung **ausschließlich in Gegenwart von Bediensteten des gleichen Geschlechts** gestattet (vgl. BVerfGK 8, 363 [367] = BeckRS 2015, 20014). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass – wenngleich jegliche Entkleidung in Anwesenheit von Justizbediensteten das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Gefangenen berührt – die Norm des § 84 II StVollzG dem Wortlaut nach **ausschließlich die körperliche Durchsuchung, die mit einer Entkleidung verbunden ist, umfasst,***

während die Regelung in § 84 I StVollzG für die (einfache) Durchsuchung der Gefangenen, ihrer Sachen und der Hafträume einschlägig ist. Sowohl bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der körperlichen Durchsuchung als auch bei der Bestimmung des Entkleidungsgrades, der zu einer Anwendbarkeit des § 84 II StVollzG führt, ist dem vom Gesetzgeber bezweckten Schutz der Intimsphäre der Gefangenen in besonderer Weise Rechnung zu tragen. Dabei kann vorliegend offenbleiben, ob bereits die Entkleidung bei bloßer Anwesenheit eines Justizbediensteten und die nachfolgende Durchsuchung der Sachen eines Gefangenen ohne explizite Inspektion seines nackten Körpers unter § 84 II StVollzG fallen (so Feest/Köhne in Feest/Lesting, StVollzG, 6. Aufl. 2012, § 84 Rn. 5; a.A. Arloth, StVollzG, 3. Aufl. 2011, § 84 Rn. 4) oder es in einem solchen Fall gerade an dem Merkmal der „körperlichen Durchsuchung“ fehlt. Jedenfalls die **explizite visuelle Kontrolle des Körpers** des Gefangenen muss jedoch für die Bejahung einer „körperlichen Durchsuchung“ i.S.d. § 84 II StVollzG ausreichen. Zudem ist § 84 II StVollzG hinsichtlich des Entkleidungsgrades mindestens dann einschlägig, wenn die **Genitalien des Gefangenen** – unabhängig von der zeitlichen Dauer – **entblößt werden müssen**, da die visuelle Kontrolle dieser Körperteile durch andere eine der schwerwiegendsten mit einer Entkleidung verbundenen Beeinträchtigungen des menschlichen Schamgefühls darstellt.

Mit der Annahme, eine **körperliche Durchsuchung** i.S.d. § 84 II StVollzG liege nur dann vor, wenn der Bedienstete der Anstalt nach der Entkleidung den Gefangenen zunächst auffordere, die **Arme zu heben, sich zu bücken, den Mund zu öffnen, sich zu drehen, sich in die Ohren und Nase blicken zu lassen, den Kopf zu senken und die Haare zu schütteln**, hat das LG diesen eindeutigen Sinn der vom Gesetzgeber getroffenen differenzierten, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichteten Regelung verkannt. Auch die Annahme, es handele sich jedenfalls – selbst wenn der Bf. seine **Unterhose herunterziehen müsse und seine unbedeckten Genitalien und seine unbedeckte Rückenansicht kontrolliert** würden – nicht um eine mit Entkleidung verbundene Durchsuchung i.S.v. § 84 II StVollzG, lässt sich mit den dargestellten Grundsätzen nicht vereinbaren und die verfassungsrechtlich gebotene Beachtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Bf. vermissen.“ (BVerfG aaO.)

#### bb) Vorliegen der formellen Eingriffsvoraussetzungen

Von dem Vorliegen der formellen Rechtmäßigkeitsanforderungen kann ausgegangen werden.

#### cc) Vorliegen der materiellen Eingriffsvoraussetzungen

Es müssten aber auch die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen und die Entkleidung müsste auf der Rechtsfolgenseite von der Ermächtigung gedeckt und insbesondere verhältnismäßig sein.

Nach § 84 II StVollzG ist es nur bei Gefahr im Verzug oder auf Anordnung des Anstaltsleiters im Einzelfall zulässig, eine mit einer Entkleidung verbundene körperliche Durchsuchung vorzunehmen.

„Die vom LG ebenfalls zur Begründung seiner Entscheidung herangezogenen Umstände, dass weder Unbefugte im Untersuchungsraum anwesend gewesen seien noch Anhaltspunkte dafür bestanden hätten, dass der Bf. **willkürlich oder diskriminierend behandelt** worden sei, sind zwar **notwendige, jedoch in keiner Weise hinreichende Voraussetzungen** für die Rechtmäßigkeit der erfolgten Durchsuchung.“ (BVerfG aaO.)

Es fehlen daher schon die Tatbestandsvoraussetzungen für die Maßnahme, so dass der Eingriff nicht gerechtfertigt und folglich verfassungswidrig ist.

### V. Ergebnis

Der Bf. wird durch die Maßnahme in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht – Art. 2 I i.V.m. 1 I GG – verletzt

VwGO  
§ 167**Leistungsurteil auf Gewährung und Zahlung  
Vorläufige Vollstreckbarkeit**

VerwProzR

(OVG Berlin-Bbg in NVwZ-RR 2015, 804; Teilurteil vom 17.07.2015 – OVG 6 B 61/15)

Verpflichtet das Verwaltungsgericht zur **Gewährung einer Leistung** und verurteilt es im selben Urteil in entsprechender Anwendung des § 113 IV VwGO im Wege der Stufenklage zur **Zahlung dieser Leistung**, ist das Urteil zur Vermeidung einer Umgehung des § 167 II VwGO auch hinsichtlich des Leistungsausspruchs **nur wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar**.

**Fall:** Mit der Klage begehrte die Kl., eine Religionsgemeinschaft im Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, im Wesentlichen die Zahlung staatlicher Zuschüsse. Das VG hatte der Klage mit am 20.10.2014 verkündetem Urteil überwiegend stattgegeben und den Bekl. u.a. unter den Nrn. 1.a und 2. a des Urteilstenors verpflichtet, der Kl. für das Jahr 2013 einen staatlichen Zuschuss i.H.v. 6.469.900,40 € und für das Jahr 2014 i.H.v. 6.673.702,26 € zu gewähren. Unter den Nrn. 1.b und 2.b des Urteilstenors hat es den Bekl. unter analoger Anwendung des § 113 IV VwGO im Wege der Stufenklage zugleich verurteilt, diese Beträge an die Kl. zu zahlen. Die Kosten des Verfahrens hat es im Verhältnis des Unterliegens bzw. Obsiegens geteilt. Weiter hat es unter Nr. 8 des Urteilstenors ausgesprochen, dass dieses für die Kl. hinsichtlich der Zahlungsbegehren für die Jahre 2013 und 2014 ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar und im Übrigen für die Bet. jeweils wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar sei und insoweit zur Begründung ausgeführt: Das Urteil werde hinsichtlich der Verurteilung des Bekl. zur Zahlung der für die Jahre 2013 und 2014 bezifferten staatlichen Zuschüsse auf Antrag der Kl. gem. § 167 I VwGO i.V.m. § 710 ZPO ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt. Gegen das Urteil haben sowohl die Kl. als auch der Bekl. Berufung eingelegt, über die jeweils noch nicht entschieden ist. Am 17.06.2015 hat der Bekl. den vorliegenden Antrag auf Vorabentscheidung gem. § 167 I VwGO i.V.m. § 718 I ZPO gestellt, zu dessen Begründung er ausführt: Für die vorläufige Vollstreckbarkeit der Teilbeträge für die Jahre 2013 und 2014 fehle die Rechtsgrundlage. § 167 II VwGO sei generell auf die allgemeine Leistungsklage anwendbar und würde deshalb auch eine vorläufige Vollstreckbarkeit von Urteilen erfassen, bei denen eine Geldzahlung in Vollziehung einer zuvor titulierten Verurteilung zum Erlass eines Verwaltungsaktes erfolge. Es widerspräche dem Grundsatz der Gewaltenteilung, wenn während eines laufenden Berufungsverfahrens bezüglich eines Urteils, das noch nicht rechtskräftig sei, in hoheitliche Entscheidungen eingegriffen werde. Wird der Antrag Erfolg haben?

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

### I. Zulässigkeit des Antrags

*„Der Antrag des Bekl. ist zulässig. Insbesondere ist er **statthaft**. Gemäß § 718 I ZPO, der über § 167 I 1 VwGO im Verwaltungsprozess entsprechend gilt, ist in der Berufungsinstanz über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf Antrag vorab zu verhandeln und (durch Teilurteil) zu entscheiden. Der Antrag unterliegt **keiner Frist**. Zur Zulässigkeit des Antrags gehört auch die Prüfung der **Zulässigkeit der Berufung**, die im vorliegenden Fall **unproblematisch gegeben** ist. Das VG hat die Berufung in dem angefochtenen Urteil zugelassen, sie wurde (von beiden Bet.) form- und fristgerecht eingelegt.“* (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

### II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag ist begründet, wenn das VG die Verurteilung zur Zahlung der Beträge für die Jahre 2013 und 2014 zu Unrecht nicht nur wegen der Kosten und zudem ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt hat.

#### 1. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit im Verwaltungsprozess

Für die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit erklärt § 167 I 1 VwGO die **Regeln der ZPO für entsprechend anwendbar**. Für die Bestimmung des Streitwertes kann die nichtamtliche Streitwerttabelle für die Verwaltungsgerichtsbarkeit herangezogen werden. Hilfsweise ist vom Auffangstreitwert gem. § 52 II GKG von 5.000 € auszugehen.

Allerdings ist zu beachten, dass Urteile auf **Anfechtungs- und Verpflichtungsklage** nach § 167 II VwGO **nur wegen der Kosten** für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können.

*„Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags, wenn nicht die Klägerin Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.“*

**oder**

*Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.“*



Bei **Leistungsklage**, die auf eine Geldleistung gerichtet sind, ist ohne Beschränkung auf die Kosten für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Ob dies auch gilt, wenn die Leistungsklage auf Vornahme oder Unterlassung einer schlichthoheitlichen Handlung gerichtet ist, ist umstritten (vgl. hierzu Schoch/Schneider/Bier/Pietzner, VwGO, 28. EL. 2015, § 167 Rn. 135).

Urteile, die auf Grund einer **Feststellungsklage** ergehen, mit denen also nach § 43 I VwGO das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses oder die Nichtigkeit eines VA festgestellt wird, erzeugen ihre Wirkung schon nach allgemeinen Grundsätzen erst mit ihrer Rechtskraft. Dies gilt auch für die **Fortsetzungsfeststellungsklage**.

## II. Anwendung auf den Fall

Nach § 167 II VwGO können Urteile auf Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen nur wegen der Kosten für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Allerdings wurde hier im Wege der Stufenklage zugleich auch zu einer Leistung verurteilt. Fraglich ist, ob dann etwas anderes gelten kann.

*„Diese Vorschrift würde umgangen, wenn die Verurteilungen zur Leistung unter Nrn. 1.b und 2.b des angefochtenen Urteils vor Rechtskraft der unter Nrn. 1.a und 2.a ausgesprochenen Verpflichtungen, für die § 167 II VwGO unzweifelhaft gilt, vollstreckbar wäre.*

*Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die **Verurteilungen zur Leistung nicht selbstständig** erfolgten, sondern auf einer vom VG angenommenen analogen Anwendbarkeit des § 113 IV VwGO beruhten. Diese Vorschrift sieht in Anfechtungsverfahren vor, dass neben der Aufhebung eines Verwaltungsaktes im gleichen Verfahren auch die Verurteilung zur Leistung zulässig ist, wenn diese verlangt werden kann. Das VG hat angenommen, dass diese Regelung **auf** die von der Kl. erhobenen **Verpflichtungsbegehren entsprechend anzuwenden** ist. Würden vor diesem Hintergrund die Leistungsaussprüche des erstinstanzlichen Urteils für vorläufig vollstreckbar erklärt, wäre die Kl. hier so gestellt, wie wenn auch der auf die Verpflichtungsklage ergangene Teil des Urteils für vorläufig vollstreckbar erklärt worden wäre.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)*

Singgemäß müsste dann nicht nur die vorläufige Vollstreckbarkeit der Verpflichtungsaussprüche, sondern darüber hinaus sogar der **Erllass der entsprechenden Bewilligungsbescheide als Rechtsgrund der Leistungen** unterstellt werden.

*„Das würde eine **dem klaren Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufende Umgehung** des § 167 II VwGO bedeuten. Die Kl. würde diese Stellung erreichen, weil ein untrennbarer Zusammenhang zwischen der von ihr erhobenen Verpflichtungs- und Leistungsklage(n) besteht. Der Bekl. hätte nämlich nicht zu der begehrten Leistung in Gestalt der Zuwendungen verurteilt werden dürfen, wenn nicht zugleich die Verpflichtungsklage auf Bewilligung dieser Leistungen Erfolg gehabt hätte. Würde mithin der Leistungsanspruch für vorläufig vollstreckbar erklärt, dann würde dies im Ergebnis die Einräumung der vorläufigen Vollstreckbarkeit bezüglich des auf die Verpflichtungsklage(n) ergangenen Teils des erstinstanzlichen Urteils bedeuten. Der zweite Schritt (Vollstreckung der Leistung) würde vor dem ersten Schritt (Vollstreckbarkeit der Verpflichtung) erfolgen. Das ist nach § 167 II VwGO aber nicht möglich. Hinzu kommt, dass die Regelung des § 113 IV VwGO der Prozessökonomie dient. Ohne diese Vorschrift könnte die Leistungsklage erst nach Rechtskraft des Verpflichtungsurteils mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden. Es würde deshalb eine nicht gerechtfertigte Verselbstständigung des Leistungsausspruchs bedeuten, wenn er dazu noch für sich allein für sofort vollstreckbar erklärt werden könnte (vgl. VGH Kassel, NVwZ 1987, 517 – zur wortgleichen Fassung des damaligen § 113 III VwGO im Anfechtungsfall).*

*Eine unzulässige Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Sachentscheidung des VG (vgl. dazu: OVG Münster, Urt. v. 12.03.1979 – VI A 2777/78, OVG MülLü 34, 85; VGH Kassel, NVwZ 1987, 517) im Hinblick auf die analoge Anwendung des § 113 IV VwGO liegt hierin nicht. Ob das VG diese Vorschrift entsprechend anwenden durfte, wird Gegenstand des Berufungsverfahrens sein.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)*

## III. Ergebnis

Das Urteil ist hinsichtlich des Ausspruchs über die vorläufige Vollstreckbarkeit in Nr. 8 seines Tenors dahin zu ändern, dass es für den jeweiligen Vollstreckungsgläubiger wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar ist.

(BVerwG in NVwZ 2015, 1540; Urteil vom 16.04.2015 – 4 CN 6/14)

Zur Begründung der Antragsbefugnis eines Antragstellers gem. § 47 II 1 VwGO genügt es, dass seine **Grundstücke im räumlichen Geltungsbereich einer Zielfestlegung** mit der Wirkung des § 35 III 2 Hs. 1 BauGB liegen.

**Fall:** Der Ast. ist Eigentümer von Grundstücken im bauplanungsrechtlichen Außenbereich. Seine Normenkontrolle wendet sich gegen den als Satzung erlassenen Regionalplan des Ag., soweit seine Grundstücke in Vorbehaltsgebiete für die Landwirtschaft (Plansatz 3.2.2) und für Landschaftsentwicklung (Plansatz 3.2.4) sowie in Vorranggebiete für den Regionalen Grünzug Abschnitt G 20 (Plansatz 3.1.1) einbezogen worden sind. Der VGH hat den Normenkontrollantrag wegen fehlender Antragsbefugnis als unzulässig abgewiesen. Zu Recht?

Der Antrag ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

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

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, sofern keine Sonderzuweisungen eingreifen. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zugehören. Hier wird um einen Regionalplan gestritten, der nach § 12 X LplG BW als Satzung erlassen wird. Diese Regelung berechtigt ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt, so dass es sich zweifellos um öffentliches Recht handelt. Da hier auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten (Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit) ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet,

### II. Zuständiges Gericht

Für Normenkontrollverfahren ist nach § 47 I VwGO das OVG zuständig.

### III. Statthaftigkeit des Antrags

Das Normenkontrollverfahren ist nach § 47 I Nr. 1 VwGO statthaft gegen Satzungen nach dem BauGB sowie nach § 47 I Nr. 2 VwGO auch gegen sonstige Satzung, wenn das Landesrecht dies bestimmt.

*„Der Normenkontrollantrag ist gem. § 47 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 4 AGVwGO BW statthaft. Der vom Ast. angegriffene Regionalplan ist nach § 12 X LplG BW als Satzung festgestellt worden. Seine Festlegungen – Grundsätze und Ziele der Raumordnung – sind damit Rechtsvorschriften im formellen Sinn. Das genügt, um die Statthaftigkeit einer Normenkontrolle gem. § 47 I Nr. 2 VwGO, die landesrechtlich gem. § 4 AGVwGO BW eröffnet ist, zu begründen. Denn zu den von § 47 I Nr. 2 VwGO erfassten Rechtsvorschriften gehören „zweifelsfrei Satzungen und Rechtsverordnungen“ (BVerwGE 119, 217 [220] = NVwZ 2004, 614). Ziele der Raumordnung sind darüber hinaus auch nach ihrem materiell-rechtlichen Gehalt eine Rechtsvorschrift. Dass nicht förmlich als Rechtsverordnung oder Satzung beschlossene Grundsätze der Raumordnung keine Rechtsvorschriften i.S.d. § 47 I Nr. 2 VwGO sind, ist angesichts der hier vorliegenden förmlichen Festsetzung durch Satzung ohne Bedeutung (BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 176 = NVwZ 2009, 1226 Rn. 8).“ (BVerwG aaO.)*

### IV. Antragsbefugnis

Nach § 47 II 1 VwGO kann den Antrag jede natürliche oder juristische Person stellen, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden.

#### 1. Ausweisung von Vorbehaltsgebieten

Der Ast. Wendet sich gegen die in der Satzung festgelegten Grundsätze der Raumordnung, die für seine Grundstücke Vorbehaltsgebiete für die Landwirtschaft (Plansatz 3.2.2) und Landschaftsentwicklung (Plansatz 3.2.4) ausweisen. Fraglich ist, ob diesbezügliche eine Rechtsverletzung in Betracht kommt.

*„Grundsätze der Raumordnung enthalten **Vorgaben für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen** (§ 3 Nr. 3 ROG 1998/§ 3 I Nr. 3 ROG 2008). Sie sind bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen in der Abwägung oder bei der Ermessensausübung nach Maßgabe der dafür geltenden Vorschriften zu „berücksichtigen“ (§ 4 II ROG 1998/§ 4 I 1 Hs. 2 ROG 2008). Dies gilt auch für Vorbehaltsgebiete. Gemäß § 7 IV 1 Nr. 2 ROG 1998/§ 8 VII 1 Nr. 2 ROG 2008 sind **Vorbehaltsgebiete** Gebiete,*

in denen bestimmten **raumbedeutsamen Funktionen oder Nutzungen** bei der Abwägung mit konkurrierenden raumbedeutsamen Nutzungen besonderes Gewicht beigemessen werden soll oder beizumessen ist. Der Gesetzgeber ordnet Vorbehaltsgebiete den Grundsätzen und nicht den Zielen der Raumordnung zu (BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 176 = NVwZ 2009, 1226 Rn. 9). **Vorbehaltsgebiete wirken als Gewichtungsvorgaben** auf nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen ein und dürfen – anders als Ziele der Raumordnung – durch öffentliche oder private Belange von höherem Gewicht überwunden werden (BVerwGE 118, 33 [47 f.] = NVwZ 2003, 738). Die in der Festlegung eines Vorbehaltsgebiets enthaltene Vorgabe, den im Raumordnungsplan bestimmten Funktionen oder Nutzungen **bei der Abwägung ein besonderes Gewicht beizumessen**, ist zwar geeignet, die gemeindliche Planungshoheit einzuschränken; das gilt in geringerem Ausmaß auch für sonstige Grundsätze der Raumordnung. Sie sind – wie bereits dargelegt – bei nachfolgenden Abwägungsentscheidungen jedenfalls zu berücksichtigen. Auch dies ist eine Rechtspflicht; sie erweitert die in die Abwägung einzustellenden Belange. Ob der raumbedeutsamen Funktion oder Nutzung in einem Vorbehaltsgebiet der **Vorrang gegenüber anderen Belangen** zukommt, **hängt von der konkreten Planungssituation** ab. Das gilt ebenso für die Frage der Gewichtung, die sich nicht abstrakt im Voraus bestimmen lässt. Der Ast. kann daher **nicht geltend machen**, bereits durch die **Festlegung der Grundsätze** i.S.v. § 47 II 1 VwGO **in seinen Rechten verletzt** zu werden. Dass die Grundsätze der Raumordnung in künftigen Entscheidungen zu berücksichtigen sind, ist auch keine Anwendung dieser Grundsätze i.S.d. § 47 II 1 VwGO.

Der Ast. wird hierdurch **nicht rechtsschutzlos** gestellt, da ihm die **Möglichkeit einer inzidenten Kontrolle** verbleibt. Wird das besondere Gewicht der im Raumordnungsplan bestimmten Funktion oder Nutzung bei der Entscheidung über die Zulassung eines Vorhabens berücksichtigt, kann im Rahmen der gerichtlichen **Überprüfung der Zulassungsentscheidung als Vorfrage geprüft** werden, ob die Festlegung des Vorbehaltsgebiets wirksam ist. Gleiches gilt, wenn über die Wirksamkeit eines Bebauungsplans mit Blick auf Vorgaben in Form eines Vorbehaltsgebiets zu entscheiden ist. (BVerwG aaO.)

Der Ast. ist folglich nicht antragsbefugt, soweit er sich gegen Grundsätze der Raumordnung wendet, die für seine Grundstücke Vorbehaltsgebiete für die Landwirtschaft (Plansatz 3.2.2) und Landschaftsentwicklung (Plansatz 3.2.4) ausweisen. Es ist von vornherein ausgeschlossen, dass diese Ausweisung Rechte des Ast. verletzt.

## 2. Einbeziehung der Grundstücke des Ast. in die Zielfestlegung „Regionaler Grünzug“

Eine mögliche Rechtsverletzung könnte aber in der Einbeziehung der Grundstücke des Ast. in die Zielfestlegung „Regionaler Grünzug“ liegen. Vorliegend kommt eine Verletzung des durch Art. 14 I GG geschützten Eigentums für die Grundstücke in Betracht sein, für welche der Regionalplan als Ziel der Raumordnung den Regionalen Grünzug ausweist. Mit dieser Zielfestlegung könnte der Regionalplan unmittelbar Inhalt und Schranken des Eigentums i.S.v. Art. 14 I 2 GG gestalten.

„Nach § 35 III 2 Hs. 1 BauGB dürfen raumbedeutsame Vorhaben **Zielen der Raumordnung nicht widersprechen**. Nach der im Schrifttum mittlerweile vorherrschenden Meinung (Mitschang/Reidt in *Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB*, 12. Aufl. 2014, § 35 Rn. 106; Rieger in *Schrödter, BauGB*, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 156; Jäde in *Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB*, 7. Aufl. 2013, § 35 Rn. 242; *Hendler, NuR* 2004, 485 [488]) hat sich diese Vorschrift zu einer echten Raumordnungsklausel entwickelt, welche den **raumordnungsrechtlichen Zielfestlegungen nach dem Raumordnungsgesetz 1998 strikte Verbindlichkeit** verleiht. Die Auslegung des § 35 III 2 BauGB bestätigt, dass sich die Norm zu einer **echten Raumordnungsklausel** entwickelt hat, die nachfolgende Planungsträger bindet.

Mit der Festsetzung eines Ziels der Raumordnung wird bewirkt, dass der Bau eines raumbedeutsamen Vorhabens, das im Widerspruch zu diesem Ziel steht, unzulässig ist (§ 35 III 2 Hs. 1 BauGB). Eine **nachvollziehende Abwägung scheidet aus**. Die **Festlegung eines Ziels** der Raumordnung nach dem Raumordnungsgesetz 1998 **beschränkt** damit für ein Grundstück im Außenbereich die generell mit ihm verbundenen **Nutzungsbefugnisse und wirkt als Inhalts- und Schrankenbestimmung** des Eigentums (vgl. auch *Kment, NVwZ* 2003, 1047 [1049]; für den Bebauungsplan *BVerwGE* 134, 355 = *NVwZ-RR* 2010, 304 Rn. 13 m.w.N.).“ (BVerwG aaO.)“ (BVerwG aaO.)

Hinsichtlich dieser Zielfestlegung ist eine Antragsbefugnis nach § 47 II 1 VwGO somit gegeben.

## V. Rechtsschutzbedürfnis

Dem Antrag dürfte aber auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

„Das Erfordernis eines Rechtsschutzbedürfnisses soll nur verhindern, dass Gerichte in eine Normprüfung eintreten, deren **Ergebnis für den Ast. wertlos** ist. Es ist aber **nicht erforderlich**, dass die begehrte Erklärung einer Norm als unwirksam **unmittelbar zum eigentlichen Rechtsschutzziel** führt (BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 156, S. 87 = *NVwZ* 2002, 1126 = *NJW* 2002, 3346 Ls.). Der Ast. möchte erkennbar verhindern, dass die Möglichkeit einer Ausweisung seiner Grundstücke als Wohnbauflächen an § 1 IV BauGB scheitert. Dies reicht aus, um sein Rechtsschutzbedürfnis zu begründen.“ (BVerwG aaO.)

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.

**GKG** **Auswechslung des Klagegrundes bei Klageänderung** **KostenR**  
**§ 39** **Streitwertaddition**

(OLG Celle in MDR 2015, 912; Beschluss vom 09.06.2015 – 2 W 132/15)

„Der Senat hält an seiner Ansicht fest, dass wenn der Kläger im Wege der Klageänderung den Klaggrund für einen Zahlungsanspruch im Laufe einer Instanz auswechselt, die **Werte des ursprünglichen und des wirtschaftlich nicht identischen neuen Streitgegenstandes** bei der Wertfestsetzung für das gerichtliche Verfahren **zu addieren** sind. Die angefochtene Entscheidung, die sich anstatt sich sachlich mit der streiterheblichen Rechtsfrage auseinanderzusetzen darauf reduziert, darauf hinzuweisen, einer vermeintlich herrschenden Meinung zu folgen, vermag in Ermangelung jeglicher Begründung demgegenüber nicht zu überzeugen.

§ 39 I GKG bestimmt, dass **in demselben Verfahren und in demselben Rechtszug die Werte mehrerer Streitgegenstände zusammengerechnet** werden, soweit nichts anderes bestimmt ist. Die Klägerin hat im Streitfall mit der ursprünglichen Klage Zahlung von Miete bzw. Nutzungsentschädigung für den Zeitraum April 2009 bis Dezember 2009 einschließlich in Höhe von 12.653,92 € geltend gemacht. Im Schriftsatz vom 14.05.2012 hat sie den Antrag hinsichtlich der geltend gemachten Verzugszinsen modifiziert und hinsichtlich des in der Hauptsache weiterhin der Höhe nach geltend gemachten Zahlungsanspruchs ausgeführt, für den Zeitraum ab Oktober 2009 stehe ihr ein Anspruch auf Zahlung von insgesamt 2.371,20 € zu und für das Jahr 2010 ein Anspruch auf Zahlung von 10.104 € (12 Monate à 842 €) zu. Danach hat die Klägerin in demselben Verfahren und in demselben Rechtszug Streitgegenstände im Gesamtwert von 22.757,92 € geltend gemacht, die nach § 39 GKG zusammengerechnet werden.“ (OLG Celle aaO.)

**ZPO** **Verjährungshemmung durch Demnächst-Zustellung** **ZivilVerfR**  
**§§ 115 III, 167** **Gescheiterte Prozessfinanzierung**

(BGH in NJW 2015, 3101; Urteil vom 03.09.2015 – III ZR 66/14)

1. Die Zusage eines leistungsfähigen und leistungsbereiten Dritten, einen beabsichtigten Prozess zu finanzieren, stellt verwertbares Vermögen im Sinne von § 115 III ZPO in Verbindung mit § 90 I SGB XII dar und beseitigt die Bedürftigkeit des Antragstellers im Prozesskostenhilfeverfahren.
2. Im Rahmen der Prüfung der Verjährungshemmung nach § 204 I Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 167 ZPO ist bei der Beurteilung der Frage, ob die dem Kläger zuzurechnende Verzögerung der Zustellung der Klageschrift noch als geringfügig anzusehen ist, auf die Zeitspanne abzustellen, um die sich der ohnehin erforderliche Zeitraum für die Zustellung der Klage als Folge der Nachlässigkeit des Klägers verzögert hat.
3. Dem Zustellungsveranlasser zuzurechnende Verzögerungen von bis zu 14 Tagen sind regelmäßig geringfügig und deshalb hinzunehmen.
4. Die Zustellung einer Klage erfolgt noch „demnächst“, wenn der Kläger innerhalb von 14 Tagen nach Zugang der Gerichtskostenanforderung und Ablauf einer angemessenen Erledigungsfrist einen Prozesskostenhilfeantrag stellt, sofern sich nach Zugang der Vorschussrechnung ergibt, dass eine zunächst zuverlässig zugesagte Prozessfinanzierung durch einen Dritten nicht zu Stande kommt.

**WEG** **Begriff der Wohnungseigentumssache** **ZivilProzR**  
**§ 43** **Zuständigkeit**

(BGH in IMR 2015, 386; Beschluss vom 11.06.2015 – V ZB 78/13)

1. Der **Streit über die sachenrechtlichen Grundlagen der Wohnungseigentümergeinschaft** gehört nicht zu den Wohnungseigentumssachen nach § 43 Nr. 1 WEG; er ist vielmehr eine **allgemeine Zivilsache**.
2. Dafür macht es keinen Unterschied, ob **abstrakt über den Inhalt des Sondereigentums** gestritten wird oder über die sich **aus dem Sondereigentum ergebenden Ansprüche**.

**Fall:** Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Der Kläger verlangt von dem Beklagten die Räumung und Herausgabe des näher bezeichneten größeren Teils eines Raums im Keller der Anlage, der ihm nach seiner Ansicht in der Teilungserklärung in diesem Umfang mit seinem Sondereigentum als Abstellraum zugewiesen ist, Verschaffung eines dauerhaften Zugangs zu diesem Raum sowie Zahlung von 600 € Nutzungsentgelt für den Zeitraum von Januar bis Dezember 2008 nebst Zinsen. Der Beklagte beansprucht den gesamten Raum für sich und gewährt dem Kläger keinen Zugang. Das Amtsgericht hat den Beklagten mit diesem am 02.11.2012 zugestelltem Urteil unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Räumung und Herausgabe des beanspruchten Teils des Kellerraums sowie zur Zahlung des Nutzungsentgelts nebst Zinsen verurteilt. Dagegen hat der Beklagte bei dem Landgericht Wiesbaden mit am 30.11.2012 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt. Das Landgericht Wiesbaden hat die Berufung mangels fristgerechter Einlegung bei dem für Wohnungseigentumssachen zuständigen Landgericht Frankfurt am Main durch dem Beklagten am 08.03.2013 zugestellten Beschluss als unzulässig verworfen.

Das Landgericht Wiesbaden hält sich für unzuständig, weil es sich bei dem Streit über die Zuordnung des Abstellraums im Keller der Wohnungseigentumsanlage eine um Wohnungseigentumssache im Sinne von § 43 Nr. 1 WEG handele. Hierfür sei nach § 72 II GVG das Landgericht Frankfurt am Main als das für den Sitz des Oberlandesgerichts zuständige Landgericht zuständig. Trifft dies zu?

Fraglich ist, ob es sich bei dem Streit über den Gegenstand und Umfang eines Sondereigentums um eine Wohnungseigentumssache im Sinne von § 43 Nr. 1 WEG handelt. Zu den Wohnungseigentumssachen gehören nach dieser Vorschrift **Streitigkeiten über die sich aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und aus der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums ergebenden Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander**. Hier streiten die Parteien nicht um die Ausübung ihrer Rechte aus dem Sondereigentum oder um die Nutzung des Gemeinschaftseigentums, sondern darüber, ob der streitige Teil des Kellers im Sondereigentum des Klägers oder in dem des Beklagten steht.

„Der Streit über die sachenrechtlichen Grundlagen der Wohnungseigentümergeinschaft gehört nach der Rechtsprechung des Senats nicht zu den Wohnungseigentumssachen nach § 43 Nr. 1 WEG; er ist vielmehr eine **allgemeine Zivilsache** (Urteile vom 30.06.1995 - V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 164 f., vom 26.10.2012 - V ZR 57/12, ZfIR 2013, 377 Rn. 8 und vom 19.12.2013 - V ZR 96/13, ZfIR 2014, 255 Rn. 6). Dafür macht es keinen Unterschied, ob **abstrakt über den Inhalt des Sondereigentums gestritten wird oder über die sich aus dem Sondereigentum ergebenden Ansprüche** (Urteil vom 30.06.1995 - V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 164 f.). Diese Rechtsprechung hat fast einhellige Zustimmung gefunden (KG, NJW-RR 2002, 590; OLG Köln, ZWE 2011, 222; OLG Stuttgart, OLGR 2001, 295, 296; Bamberger/Roth/Scheel, BGB, 3. Aufl., § 43 WEG Rn. 11; Klein in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 43 Rn. 55; Erman/Grziwotz, BGB, 14. Aufl., § 43 WEG Rn. 3; Jenni-Ben/Suilmann, WEG, 4. Aufl., § 43 Rn. 11; JurisPK/Reichel-Scherer, BGB, 7. Aufl., § 43 WEG Rn. 21; MüKo-BGB/Engelhardt, 6. Aufl., § 43 WEG Rn. 6; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 11. Aufl., § 43 Rn. 56; NK-BGB/Heinemann, 2. Aufl., § 43 WEG Rn. 3; Riecke/Schmid/Abraemenko, WEG, 4. Aufl., § 43 Rn. 10; Sauren, WEG, 6. Aufl., § 43 Rn. 7; Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 43 Rn. 9 f. - Stichwort sachenrechtliche Grundlagen; Staudinger/Wenzel, BGB [2005], § 43 WEG Rn. 20; Greiner, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., Rn. 1732; aM: Timme/Elzer, WEG, 2. Aufl., § 43 Rn. 139 - Stichwort: sachenrechtliche Grundlagen; Weitnauer/Mansel, WEG 9. Aufl., § 43 Rn. 8 II). Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung, die Anlass geben könnten, die Rechtsprechung zu überdenken, haben sich auch nach der Umstellung des Verfahrens in Wohnungseigentumssachen auf das Verfahren nach der Zivilprozessordnung und nach der Verlagerung der Rechtsmittelzuständigkeit auf die in § 72 II GVG bezeichneten Landgerichte nicht ergeben.“ (BGH aaO.)

ZPO  
§§ 565, 514 II 1

## Plötzliche Krankheit des Prozessbevollmächtigten Anforderungen an unverschuldete Säumnis

ZivilVerfR

(BGH in BeckRS 2015, 17085; Urteil vom 24.09.2015 – IX ZR 207/14)

**Fall:** Auf den 13.06.2014, 12.00 Uhr war ein Einspruchstermin im Berufungsverfahren anberaumt. Trotz ordnungsgemäßer Ladung erschien niemand. Auf Antrag des Beklagten hat das Berufungsgericht daraufhin den Einspruch der Klägerin durch im Termin verkündetes zweites Versäumnisurteil verworfen. Hiergegen richtet sich die Berufung.

Die Klägerin trägt vor, ihre Prozessbevollmächtigte habe bereits unter Übelkeit und Durchfall gelitten, als sie am 13.06.2014 um 10.15 Uhr mit ihrem Pkw von ihrer Wohnung in Köln in Richtung ihrer Kanzlei in Mülheim an der Ruhr aufgebrochen sei. Gegen 10.45 Uhr habe sich ihr Gesundheitszustand schnell und durchgreifend verschlechtert. Daher habe sie nach Eintreffen in den Kanzleiräumen gegen 11.30 Uhr sogleich die Waschräume aufsuchen müssen. Nach Eintritt einer geringfügigen Besserung habe sie sich in die unterhalb ihrer Kanzlei gelegene Arztpraxis begeben. Da sie über kein Büropersonal verfüge und die Prozessakte nicht in die Arztpraxis mitgenommen habe, sei es ihr nicht möglich gewesen, das Berufungsgericht selbst oder durch eine Arzthelferin von ihrer Erkrankung zu unterrichten. Ihr am Terminstag ortsabwesender Bürokollege hätte den Termin vor dem Berufungsgericht auch im Fall eines Anrufs um 11.30 Uhr, als sie sich in ärztliche Behandlung begeben konnte, nicht mehr rechtzeitig wahrnehmen können. Erst gegen 14.00 Uhr habe sie ein Schreiben an das Oberlandesgericht Düsseldorf aufsetzen und mit dem ihre Verhandlungsunfähigkeit bescheinigenden ärztlichen Attest per Fax versenden können.

### I. Revision gegen zweites Versäumnisurteil

„Gegen ein **zweites Versäumnisurteil** eines Berufungsgerichts findet die **Revision ohne Zulassung** gemäß § 565 S. 1, § 514 II 1 ZPO statt (BGH, Beschluss vom 03.03.2008 - II ZR 251/06, WM 2008, 1231 Rn. 3 m.w.N.). Die Zulässigkeit des Rechtsmittels setzt jedoch die **schlüssige Darlegung** voraus, dass **kein Fall der schuldhaften Versäumung** vorgelegen habe (vgl. BGH, Urteil vom 19.11.1998 - IX ZR 152/98, NJW 1999, 724; vom 03.11.2005 - I ZR 53/05, NJW 2006, 448 Rn. 12; Beschluss vom 12.03.2013 - VIII ZB 42/12, nv Rn. 5). Die Verschuldensfrage richtet sich hierbei nach den gleichen **Grundsätzen wie bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** (vgl. BGH, Urteil vom 22.03.2007 - IX ZR 100/06, NJW 2007, 2047 Rn. 6; vom 25.11.2008 - VI ZR 317/07, NJW 2009, 687 Rn. 11). Bei dieser Bewertung ist das Revisionsgericht nicht an den Informationsstand gebunden, über den das Berufungsgericht bei Erlass seiner Entscheidung verfügte (BGH, Urteil vom 25.11.2008, aaO.).“ (BGH aaO.)

### II. Unverschuldete Säumnis

Es kann unterstellt werden, dass die Prozessbevollmächtigte der Klägerin am 13.06.2014 erkrankungsbedingt nicht zu der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf anreisen konnte. Fraglich ist jedoch, ob dieser Umstand für die Annahme genügt, die Prozessbevollmächtigte habe den Termin unverschuldet versäumt.

„Eine schuldhafte Säumnis liegt regelmäßig auch dann vor, wenn ein Prozessbevollmächtigter, **der kurzfristig und nicht vorhersehbar an der Wahrnehmung eines Termins gehindert** ist, nicht das ihm Mögliche und Zumutbare getan hat, um dem **Gericht rechtzeitig seine Verhinderung mitzuteilen** und hierdurch eine **Vertagung zu ermöglichen** (vgl. BGH, Urteil vom 19.11.1998, aaO.; vom 03.11.2005, aaO. Rn. 14; Stein/Jonas/Althammer, ZPO, 22. Aufl., § 514 Rn. 9; Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 514 Rn. 9). Bereits aus dem dargelegten zeitlichen Ablauf ergibt sich, dass es der Prozessbevollmächtigten der Klägerin **nicht unmöglich oder unzumutbar** gewesen ist, das **Berufungsgericht rechtzeitig telefonisch** über ihre krankheitsbedingte Verhandlungsunfähigkeit selbst in Kenntnis zu setzen oder über ihren Bürokollegen **informieren zu lassen**.

Die **rasche Verschlechterung** der bereits am Morgen des 13.06.2014 bestehenden Krankheitssymptome trat ausweislich des klägerischen Vortrags gegen **10.45 Uhr** auf, als die Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Autobahn A 3 von Köln in Richtung Mülheim an der Ruhr befuhr. Dass die Prozessbevollmächtigte zu diesem Zeitpunkt noch davon ausging, rechtzeitig um 12.00 Uhr das Berufungsgericht erreichen zu können, hat die Klägerin nicht vorgetragen. Angesichts der **dargelegten erheblichen Übelkeit**, unter der sie zu dieser Uhrzeit litt, und in Anbetracht der - zulässigerweise - **knapp kalkulierten Fahrzeit**, durfte die Prozessbevollmächtigte der Klägerin auch nicht berechtigterweise darauf vertrauen, die nicht unerhebliche Restfahrstrecke bis zu Beginn der Terminstunde überhaupt oder zumindest ohne nennenswerte Verzögerungen absolvieren zu können. Bereits zu diesem Zeitpunkt hätte es der **gebotenen anwaltlichen Sorgfalt** entsprochen, die **erforderlichen Vorkehrungen zu treffen**,

um die im konkret vorhersehbaren Fall einer Säumnis im Einspruchstermin drohenden, schwerwiegenden Nachteile von der Mandantin abzuwenden. Hierzu wäre eine **telefonische Kontaktaufnahme zu dem Berufungsgericht** oder ein mit der Bitte um Weiterleitung des Verhinderungsgrundes verbundener Anruf bei dem Bürokollegen erforderlich, aber auch ausreichend gewesen. Ein solches Telefonat entweder über ein **vorhandenes Mobiltelefon oder aber ein öffentliches Telefon** zu führen, war der Prozessbevollmächtigten der Klägerin trotz der vorgetragenen schweren Übelkeit zumutbar. Regelmäßig ist der für einen einzigen Telefonanruf anzusetzende Kraftaufwand geringer zu bewerten als die mit einem nicht unerheblichen Maß an Aufmerksamkeit und Konzentration verbundene 45-minütige Fahrt mit dem Pkw auf einer vielbefahrenen Straße, welche die Prozessbevollmächtigte auch noch nach Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes absolvieren konnte. Hierbei oblag es der Prozessbevollmächtigten der Klägerin aus anwaltlicher Vorsicht, die für eine Kontaktaufnahme zum Berufungsgericht erforderlichen Nummern oder aber die Telefonnummer ihres Bürokollegen angesichts des engen Zeitplans und der stets bestehenden Möglichkeit auch verkehrsbedingter Verzögerungen verfügbar zu halten.

**Spätestens jedoch vor dem Aufsuchen der Arztpraxis** war es der Prozessbevollmächtigten möglich und zumutbar, das Berufungsgericht oder ihren Bürokollegen **aus ihren mit Telefon und Faxgerät ausgestatteten Kanzleiräumen** zu kontaktieren. Nach ihrem Vortrag begab sich die Prozessbevollmächtigte der Klägerin gegen 11.30 Uhr und damit rechtzeitig vor dem angesetzten Verhandlungstermin in die unterhalb ihrer Kanzlei gelegenen Praxisräume. Zu diesem Zeitpunkt war eine - wenn auch nur vorübergehende - Besserung ihrer Beschwerden eingetreten, so dass es für die Prozessbevollmächtigte der Klägerin nur eine **geringe und damit zumutbare Anstrengung** bedeutet hätte, ihre **Verhandlungsunfähigkeit telefonisch oder per Fax mitzuteilen**. Dass ihr Bürokollege auch im Fall eines Anrufs um 11.30 Uhr nicht mehr rechtzeitig den Termin hätte wahrnehmen können, entband die Prozessbevollmächtigte der Klägerin insoweit nicht von ihrer Pflicht, eine Vertagung des Verhandlungstermins durch das Berufungsgericht zu ermöglichen. Dieses Anliegen hätte auch ihr ortsabwesender Bürokollege an das Berufungsgericht telefonisch oder per Fax weiterleiten können.“ (BGH aaO.)

**StPO** **Einstellung des Ermittlungsverfahrens** **StrafverfR**  
**§§ 153 I, 153a, 170 II, 172 II 3, 376** **Anfechtung durch Verletzten**

(OLG Karlsruhe in BeckRS 2015, 16452; Urteil vom 24.08.2015 – 2 VAs 19-21/15)

**Fall:** Der auf § 23 EGGVG oder Art. 19 IV i.V.m. § 153 I 1 analog StPO gestützte Antrag richtet sich gegen die nachfolgenden Verfügungen der Staatsanwaltschaft Heidelberg. Diese hat aufgrund der Strafanzeigen des Antragstellers folgende Entscheidungen getroffen:

- a) Das auf Strafanzeige vom 25.07.2014 (Beschuldigte: D. H. und A. H.) eingeleitete Ermittlungsverfahren 140 Js 15952/14 wurde durch Verfügung vom 30.09.2014 gemäß § 153 I StPO eingestellt; hinsichtlich möglicher Ordnungswidrigkeiten wurde das Verfahren an die Verwaltungsbehörde abgegeben. Die hiergegen erhobene Beschwerde des Antragstellers wurde - als Dienstaufsichtsbeschwerde - mit Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft Karlsruhe vom 31.10.2014 - Zs 1974/14 - als unbegründet zurückgewiesen.
- b) Das auf Strafanzeige vom 26.10.2014 (Beschuldigte: D. H. und A. H.) eingeleitete Ermittlungsverfahren 140 Js 26670/14 wurde durch Verfügung vom 15.12.2014 mangels Vorliegens des öffentlichen Interesses i.S.d. § 376 StPO unter Verweisung auf den Privatklageweg eingestellt; hinsichtlich möglicher Ordnungswidrigkeiten wurde das Verfahren an die Verwaltungsbehörde abgegeben. Die hiergegen erhobene Beschwerde des Antragstellers wurde - als Dienstaufsichtsbeschwerde - mit Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft Karlsruhe vom 19.01.2015 - 6 Zs 78/15 - als unbegründet zurückgewiesen.
- c) Das auf Strafanzeige vom 27.04.2015 (Beschuldigte: D. H.) eingeleitete Ermittlungsverfahren 140 Js 9138/15 wurde durch Verfügung vom 26.05.2015 gemäß § 153 I StPO eingestellt; hinsichtlich möglicher Ordnungswidrigkeiten wurde das Verfahren an die Verwaltungsbehörde abgegeben.

Sämtlichen Strafanzeigen liegen Beschuldigungen im Nachbarschaftsverhältnis - die Beschuldigten wohnen im Nachbarhaus -, insbesondere Hausfriedensbruch, Beleidigung, Lärmbelästigung u.s.w., zugrunde.

**I. Anfechtungsmöglichkeiten des Verletzten**

„Eine **Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft** nach § 153 StPO (Verfügung vom 30.09.2014 und 27.04.2015) bzw. § 170 II StPO i.V.m. mit einer Verweisung auf den Privatklageweg (Verfügung vom 15.12.2014) kann zwar **vom möglichen Verletzten nicht im Wege eines Antrags im Klageerzwingungsverfahren angefochten** werden (§ 172 II 3 StPO). Dieser Ausschluss einer Anfechtungsmöglichkeit steht in Übereinstimmung mit § 153 II 4 StPO im Fall eines gerichtlichen Einstellungsbeschlusses - außer beim Fehlen einer prozessualen Voraussetzung für den Angeschuldigten und die Staatsanwaltschaft (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 153 Rn. 34) -, was auch für einen Nebenkläger gilt (§ 400 II 2 StPO). Daher kommen für den Anzeigerstatter bzw. Verletzten bei solchen Einstellungsverfügungen nur die **Gegenvorstellung oder Dienstaufsichtsbeschwerde** in Betracht (SK-StPO/Weßlau, 4. Aufl., § 153 Rn. 64). Dies gilt auch dann, wenn der Anzeigerstatter die Verneinung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft (§ 376 StPO) für unrichtig hält (KK-Moldenhauer, StPO, § 172 Rn. 39).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts **gebietet auch Art. 19 IV 1 GG keine Anfechtungsmöglichkeit**. Ein Verstoß gegen Art. 19 IV 1 GG setzte nämlich eine im Interesse des Einzelnen gewährte Rechtsposition voraus; nur zum Schutz derartiger Rechtspositionen ist der Rechtsweg verfassungsrechtlich garantiert (BVerfGE 83, 182 [194]). Dabei genügt die Verletzung bloßer Interessen nicht; entscheidend ist, ob die **einschlägige Norm dem Schutz des Betroffenen zu dienen bestimmt** ist, d.h. ob sie einen derartigen Schutz bezweckt und nicht lediglich zur Folge hat. Eine solche Rechtsposition des Antragstellers, deren Verletzung er gemäß Art. 19 IV 1 GG im Rechtsweg geltend machen könnte, ist nicht gegeben. **§ 153 StPO bezweckt nicht den Schutz des durch die Straftat Verletzten** (BVerfG NStZ 2002, 211 zur vergleichbaren Rechtslage bei § 153a StPO). Eine Verletzung von Rechten des durch die Straftat Verletzten scheidet grundsätzlich auch aus, wenn es um die **Beurteilung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung** durch die Staatsanwaltschaft geht (BVerfG 51, 176 [187] zu § 232 I 1 StGB a. F. [§ 230 I 1 StGB n. F.]). Daher ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, dass der Gesetzgeber ein solches Interesse bei Verfahrenseinstellungen nicht mit einer das Klageerzwingungsverfahren eröffnenden Wirkung gewichtet hat (BVerfG NStZ, aaO. zu § 153a StPO). Mithin ist es verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden, dass eine gerichtliche Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO durch den Nebenkläger einer Anfechtung entzogen ist, zumal das Grundgesetz grundsätzlich **keinen Anspruch auf Strafverfolgung eines Dritten durch den Staat** kennt (BVerfG NJW 1995, 317; vgl. auch BGHSt 47, 270 - juris Rn. 6). Dies kann nur bei erheblichen Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die sexuelle Selbstbestimmung und die Freiheit der Person, bei Straftaten gegen Opfer, die sich in einem besonderen Obhuts-

verhältnis zur öffentlichen Hand befinden sowie bei Delikten von Amtsträgern in Betracht kommen (BVerfG EuGRZ 2015, 429 - juris Rn. 17). Diese engen Voraussetzungen sind vorliegend ersichtlich nicht gegeben.

Schließlich liegen unter Berücksichtigung des der Staatsanwaltschaft eröffneten besonders weiten Beurteilungsspielraums (BVerfG, NStZ, aaO. juris Rn. 15) auch **keine willkürlichen Entscheidungen** vor (vgl. auch Nr. 229 I 1, Nr. 233 Satz 1, Nr. 234 I 1 RiStBV).“ (OLG Karlsruhe aaO.)

## II. Antrag auf gerichtliche Entscheidung

„Ungeachtet des Ausschlusses einer Anfechtungsmöglichkeit in Bezug auf die getroffenen Entscheidungen, ist auch ein **Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 I EGGVG nicht zulässig**. Sieht das Gesetz nämlich die Anfechtung einer Maßnahme vor, ist der Antrag nach § 23 I EGGVG auch dann ausgeschlossen, wenn diese **Regelung bewusst nicht alle Fälle erfasst** (Senat, Beschlüsse vom 19.03.2015 - 2 VAs 19/14 - und vom 17.07.2015 - 2 VAs 16/14; OLG Frankfurt ZInsO 2009, 242; Meyer-Goßner/Schmitt, aaO. EGGVG § 23 Rn. 12). Vorliegend steht einem Verletzten grundsätzlich die Möglichkeit eines Antrags im Klageerzwingungsverfahren offen, welcher lediglich bei bestimmten Tatvorwürfen (Privatklagedelikte) und Einstellungsentscheidungen (u.a. § 153 StPO) ausgeschlossen ist.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

StGB  
§ 230

### Besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung Anklage wegen gefährlicher Körperverletzung

StrafVerfR

(BGH in StV 2015, 699; Beschluss vom 07.05.2015 – 2 StR 108/15)

Umfasst die Anklage nur den Vorwurf einer gefährlichen Körperverletzung, kann darin keine Bejahung eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung auch wegen einer einfachen Körperverletzung für den Fall gesehen werden, dass das Gericht nicht von einer qualifizierten Tat ausgeht.

GG  
Art. 103 I

### Grundsatz der Aktenwahrheit und -vollständigkeit Entfernung von schuld- oder rechtsfolgenrelevante Schriftstücken

StrafVerfR

(OLG Köln in StV 2015, 677; Beschluss vom 27.02.2015 – 1 RBs 56/15)

In Bezug auf die gerichtliche Aktenführung verbietet es der **Grundsatz des rechtlichen Gehörs**, Schriftstücke, aus denen sich **schuld- oder rechtsfolgenrelevante Umstände** ergeben können, den Akten fernzuhalten oder sie aus der Akte wieder zu entfernen.

**Fall:** Dem Vorbringen der Betr., mit dem eine Versagung des rechtlichen Gehörs geltend gemacht wird liegt folgendes, von dem Verteidiger in der Form des § 344 II 2 StPO vorgetragenes und durch den Akteninhalt bestätigtes Verfahrensgeschehen zugrunde:

Das AG hatte zur Frage der ordnungsgemäßen Messung ein schriftliches Sachverständigengutachten des Sachverständigen D. (E Automobil GmbH) eingeholt, das das Sachverständigenbüro mit Schreiben v. 18.07.2014 übersandte. In diesem Schreiben heißt es:

„Wie am 18.07.2014 mit Ihnen telefonisch besprochen, senden wir Ihnen zu obigen Aktenzeichen eine neue Rechnung zur Kenntnisnahme, die Differenz zur vorherigen Rechnung wird Ihnen selbstverständlich zurückerstattet. Weiterhin ist das korrigierte Gutachten zum Austausch 2-fach beigelegt, die Anlagen dazu bleiben unverändert und sind – daher nicht enthalten. Wir bedauern den Vorfall und bitten für die Unannehmlichkeiten um Entschuldigung.“

Weiter findet sich in der Akte einen Vermerk der Justizamtsinspektorin T v. 18.07.2014, der wie folgt lautet:

„Vermerk:

In dem Bußgeldverfahren gegen C rief Büro E an und erklärte Folgendes:

Sowohl das Gutachten als auch die Rechnung sind fehlerhaft. Neues Gutachten und Rechnung wird übersandt. Durchschrift an den Verteidiger habe ich aus der Post raus geholt.

Überweisung ist allerdings schon raus.“

Der Verteidiger rügte nach Ergehen des Urteils die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Zu Recht?

„Diese Verfahrensweise des AG verletzt den **Anspruch der Betroffenen auf Gewährung rechtlichen Gehörs**. Dieser Grundsatz verpflichtet das Gericht – soweit hier von Interesse –, die Äußerungsmöglichkeiten des Betr. namentlich sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt zu sichern und ihm die Möglichkeit einzuräumen, sich zu **Rechtsfragen zu äußern, Anträge zu stellen und Ausführungen zu machen** (BVerfGE 63, 332 [337] = NJW 1983, 2763 [2764] SenE v. 24.03.2000 – Ss 134/00 – SenE v. 16.03.2001 – Ss 77/01 Z SenE v. 26.01.2007 – 82 Ss-OWi 7/07 –)

Was speziell die Aktenführung und -einsicht angeht, verbietet es der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, Schriftstücke, aus denen sich schuld- oder rechtsfolgenrelevante Umstände ergeben können, den Akten fernzuhalten. **Was für das Verfahren geschaffen worden ist, darf der Akteneinsicht nicht entzogen werden** (so ausdrücklich: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl. 2014, § 147 Rn. 14).

Der Senat vermag – was bereits im Verfahren über die Zulassung der Rechtsbeschwerde zu klären ist (SenE v. 20.01.2011 -111-1 RBs 316/10 –; SenE v. 28.03.2011 – 111-1 RBs 66/11 –; SenE v. 15.04.2014 – 111-1 RBs 89/14 –; OLG Düsseldorf NJW 1999, 2130; Göhler, OWiG, 16. Aufl., § 80 Rn. 16c) – letztlich nicht auszuschließen, dass das angefochtene Urteil auf der Gehörsverletzung beruht (zur Beruhensprüfung bei der Verletzung des rechtlichen Gehörs vgl. ausdrücklich BVerfG NJW 1991, 2811 – bei Juris Tz. 21). Ein Beruhen des Urteils auf der Gehörsverletzung könnte (nur dann) ausgeschlossen werden, wenn das zunächst zur Akte gelangte „falsche“ Gutachten eine andere als die streitgegenständliche Messung betroffen hätte. Das ist aber nach den durch die zulässig erhobene Verfahrensrüge veranlassten freibeweislichen Ermittlungen des Senats nicht der Fall (vgl. zu den Ermittlungsmöglichkeiten im Freibeweisverfahren BGH NStZ 1993, 349; BGH StraFo 2011, 314 = StV 2012, 3). Vielmehr betraf es nach der eingeholten fernmündlichen Auskunft der E die Messung v. 17.05.2013, 21:18 Uhr in K. Auch wenn seitens der E insoweit – ohne die Möglichkeit näherer Eingrenzung – (nur) von im Hinblick auf Schreibfehler vorzunehmende Korrekturen die Rede war, war doch das

„falsche“ Gutachten im vorbezeichneten Sinne für das vorliegende Verfahren geschaffen und unterlag daher dem Akteneinsichtsrecht des Verteidigers.“ (OLG Köln aaO.)

EMRK  
Art. 3, 6 I, 35 I, 41

**Angeklagte im Metallkäfig  
Verstoß gegen das Folterverbot**

EMRK

(EGMR in NJW 2015, 3423; Urteil vom 17.07.2015 – 32541/08, 43441/08)

Der Gerichtshof hat wiederholt festgestellt, dass Art. 3 EMRK einen der **wichtigsten Grundwerte der demokratischen Gesellschaft** schützt. Er verbietet in absoluten Worten **Folter und unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe** unabhängig von den Umständen und dem Verhalten des Opfers.

1. Eine Behandlung ist **erniedrigend** i.S.v. Art. 3 EMRK, wenn sie eine **Person demütigt oder herabsetzt**, es an Achtung für ihre Menschenwürde fehlen lässt oder sie herabsetzt oder im Opfer Gefühle der Angst, Beklemmung oder Unterlegenheit erweckt, geeignet, den moralischen oder körperlichen Widerstand zu brechen.
2. Eine Behandlung ist **nur erniedrigend**, wenn das zugefügte Leid oder die Herabwürdigung **über das hinausgeht, was unvermeidbar** mit einer bestimmten Form gerechtfertigter Behandlung verbunden ist.
3. Auch **Zwangsmaßnahmen** wie das **Anlegen von Handschellen** werfen normalerweise keine Frage nach Art. 3 EMRK auf, wenn sie im Zusammenhang mit einer rechtmäßigen Festnahme oder Haft vorgenommen werden und **nicht mit Gewalt oder öffentlichem Aufsehen verbunden** sind, die über das hinausgehen, was unter den Umständen des Falls vernünftigerweise als notwendig angesehen werden kann. Dabei ist zum Beispiel von Bedeutung, ob zu erwarten ist, dass sich der Betroffene der Festnahme widersetzt oder versucht, zu fliehen, Verletzungen oder materiellen Schaden zuzufügen oder Beweise zu unterdrücken.
4. **Ordnung und Sicherheit im Gerichtssaal von größter Bedeutung** und für eine angemessene Justizverwaltung unabdingbar sind. Die **Mittel zur Gewährleistung** von Ordnung und Sicherheit dürfen aber **keine Zwangsmaßnahmen** sein, die wegen ihrer Härte oder ihrer Natur in den Anwendungsbereich von Art. 3 EMRK fallen. Denn diese **Vorschrift verbietet**, wie der Gerichtshof wiederholt ausgesprochen hat, **Folter und unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe absolut**, so dass es **keine Rechtfertigung** für eine solche Behandlung geben kann.
5. In Russland wird regelmäßig jeder Verdächtige oder Angeklagte in Untersuchungshaft im Gerichtssaal in einen Metallkäfig gesetzt. Es gibt **keine überzeugenden Gründe**, dass es unter den heutigen Bedingungen unabdingbar ist, Angeklagte in einem Käfig unterzubringen, um sie körperlich in Schranken zu halten, ihre Flucht zu verhindern, mit ungebührlichem oder aggressivem Verhalten fertig zu werden oder sie vor Aggressionen von außen zu schützen. Deswegen kann die fortgesetzte Praxis **kaum anders als ein Mittel verstanden** werden, den **Eingesperrten herabzusetzen und zu erniedrigen**. Die **Absicht**, den während des Gerichtsverfahrens in einem Käfig eingesperrten Angeklagten herabzusetzen und ihn zu entwürdigen, ist danach **offensichtlich**.
6. Unabhängig von den besonderen Umständen des Falls gilt, dass Kern der Konvention die Achtung der Menschenwürde ist und dass ihr Ziel und Zweck als ein Instrument zum Schutz Einzelner verlangen, die in ihr enthaltenen Vorschriften so auszulegen und anzuwenden, dass die Garantien praktisch und wirksam sind. Während des Gerichtsverfahrens **Personen in Metallkäfigen einzusperren**, ist **wegen der objektiv erniedrigenden Art unvereinbar mit den Anforderungen an ein zivilisiertes Verhalten**, das Kennzeichen einer demokratischen Gesellschaft ist und eine Verletzung der Menschenwürde, die gegen Art. 3 EMRK verstößt.

VwGO  
§ 124 a IV 4

**Fristverlängerungsantrag**

VerwProzR

**Nicht verlängerbare Frist für Begründung des Berufungszulassungsantrags**

(OVG Bremen in NJW 2015, 2678; Beschluss vom 28.05.2015 – 1 LA 64/15)

1. Stellt der Prozessbevollmächtigte eines Beteiligten **am letzten Tag der Frist zur Begründung eines Antrags auf Zulassung der Berufung** einen Antrag auf Verlängerung dieser Frist, obwohl sie nicht verlängerbar ist, kann er nicht damit rechnen, dass das Gericht ihn auf diesen Rechtsirrtum noch am selben Tag hinweist oder jedenfalls über den (unzulässigen) Verlängerungsantrag am selben Tag entscheidet und ihm diese Entscheidung sofort zur Kenntnis gibt.
2. Ein **unverschuldetes Fristversäumnis**, das eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand begründet, liegt insoweit **nicht** vor.

**Fall:** Das VG Bremen hat eine Klage auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgewiesen; die Berufung hat es nicht zugelassen. Die Rechtsmittelbelehrung enthält den Hinweis, dass gegen das Urteil die Zulassung der Berufung beantragt werden kann. Das Urteil ist der Prozessbevollmächtigten des Kl. am 05.03.2015 zugestellt worden. Am 26.03.2015 hat der Kl. einen Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt.

Am 05.05.2015 hat die Prozessbevollmächtigte des Kl. mit dem um 12.54 Uhr per Fax beim OVG eingegangenen Schriftsatz beantragt, „die Frist zur Begründung der Berufung um zwei Wochen“ wegen starker Arbeitsüberlastung zu verlängern. Hinweise auf die am selben Tag ablaufende Frist zur Begründung des Zulassungsantrags enthält das Schreiben nicht. Der zuständige Berichterstatter erhielt von ihm Kenntnis am Morgen des 06.05.2015. Mit Schreiben vom selben Tag wies er den Kl. darauf hin, dass ein Berufungsverfahren nicht anhängig und die nicht verlängerbare Frist zur Begründung des Zulassungsantrags abgelaufen ist.



Die Prozessbevollmächtigte des Kl. hat mit Schriftsatz vom 08.05.2015 einen Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt, den sie darauf stützt, der Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist sei als Antrag auf Verlängerung der Frist zur Begründung des Zulassungsantrags auszulegen gewesen. Zwar sei die Frist nicht verlängerbar. Sie habe aber damit rechnen können, dass ihr Verlängerungsantrag sofort dem zuständigen Richter vorgelegt werde, der sie auf dieses weitere offensichtliche Versehen entweder telefonisch oder per Telefax vor Ablauf der Frist hinweise. Mit Schriftsatz ebenfalls vom 08.05.2015 hat der Kl. den Antrag auf Zulassung der Berufung begründet. Besteht ein Anspruch auf Wiedereinsetzung?

Ein Anspruch auf Wiedereinsetzung nach § 60 I VwGO besteht nur, wenn der Kl. unverschuldet an der Einhaltung der Frist für die Begründung des Berufungszulassungsantrags gehindert war.

„Bei dem Irrtum der Prozessbevollmächtigten über die Nichtverlängerbarkeit der Frist zur Begründung des Zulassungsantrags handelt es sich um einen Rechtsirrtum. **Mangelnde Rechtskenntnis** stellt in aller Regel **kein unverschuldetes Hindernis** i.S.d. § 60 I VwGO dar (st. Rspr. des BVerwG, vgl. z.B. BVerwG, NVwZ-RR 2010, 36 m.w.N.). Die Prozessbevollmächtigte des Kl. hätte wissen müssen, dass es sich bei der Frist des § 124 a IV 4 VwGO um eine gesetzliche Frist handelt, die nicht verlängert werden kann.

Die Prozessbevollmächtigte des Kl. kann sich nicht darauf berufen, ihr **Verschulden** sei deshalb **unbeachtlich**, weil das Gericht sie noch innerhalb des 05.05.2015 auf ihren Fehler hätte hinweisen müssen. Aus der Fürsorgepflicht der Gerichte folgt **keine generelle Verpflichtung zur sofortigen Prüfung von Eingängen auf bevorstehende Fristabläufe und diesbezügliche Rechtsirrtümer der Beteiligten**. Für die Beachtung der einschlägigen Verfahrensregelungen sind vielmehr grundsätzlich die Verfahrensbeteiligten und deren Prozessbevollmächtigte verantwortlich (OVG Münster, Beschl. v. 10.01.2013 – 6 A 2539/12). Dies gilt für das vorliegende Verfahren im besonderen Maße, weil der Fristverlängerungsantrag keinen Hinweis auf einen Fristablauf am selben Tag und die Notwendigkeit einer sofortigen Vorlage beim zuständigen Richter enthielt.

Die Prozessbevollmächtigte des Kl. kann sich zuletzt auch nicht darauf berufen, dass das Gericht über den (unzulässigen) Fristverlängerungsantrag **noch am selben Tag hätte entscheiden und diese Entscheidung ihr gegenüber hätte bekanntgeben müssen**, so dass ihr noch ausreichend Zeit verblieben wäre, eine Zulassungsbegründung zu erstellen. Ein Prozessbevollmächtigter kann nicht erwarten, dass ein **im Verlauf des letzten Tages einer Frist per Fax eingelegerter Antrag** auf Fristverlängerung noch am selben Tag durch das Gericht entschieden wird (BVerwG, Beschl. v. 19.01.2010 – 8 B 124/09 zur – ebenfalls nicht verlängerbaren – Frist des § 133 III 1 VwGO; a.A. OVG Bautzen, Beschl. v. 17.08.2009 – 5 A 97/09).“ (OVG Bremen aaO.)

VwGO  
§ 146.

### Beschwerde gegen einstweilige Anordnung Ausschluss bei befristeter Untersagung

VerwProzR

(VGH Mannheim in DÖV 2015, 1024; Beschluss vom 24.08.2015 – 9 S 1418/15)

Die Beschwerde gegen einen Beschluss, mit dem im Wege der **einstweiligen Anordnung** eine Untersagung für einen schon bei der Beschwerdeerhebung **verstrichenen Zeitraum** ausgesprochen wurde, ist grundsätzlich mangels Rechtsschutzinteresses **unzulässig**.

„Die Beschwerde ist unzulässig, weil die Antragsgegnerin **kein erkennbares Rechtsschutzinteresse** daran hat, die **im Wege der einstweiligen Anordnung ausgesprochene Untersagung** für den - schon bei der Beschwerdeerhebung (07.07.2015) verstrichenen - Zeitraum bis zum 30.06.2015 sowie die damit für den Fall der Zuwiderhandlung verbundene Ordnungsgeldandrohung aufheben zu lassen. Aufgrund der **immanenten zeitlichen Begrenzung** entfaltet die einstweilige Anordnung seit dem 01.07.2015 **keine Ge- oder Verbotswirkung** mehr. Die Antragsgegnerin ist von ihr nicht mehr beschwert (vgl. Meyer-Ladewig/Rudisile, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 28. EL 2015, § 146 Rn. 4 i.V.m. Vorb. § 124 Rn. 39 ff.).

In der Sache könnte es der Antragsgegnerin somit allenfalls darum gehen, die (**vergangenheitsbezogene**) Feststellung zu erwirken, dass die einstweilige Anordnung mit dem vom Verwaltungsgericht formulierten Inhalt zu Unrecht ergangen ist. Allein zu diesem Zweck ist indes das Beschwerdeverfahren nicht eröffnet, selbst wenn die Antragsgegnerin für die Zukunft - etwa auch wegen möglicher Wiederholungsfälle - an einer obergerichtlichen Klärung bestimmter Rechtsfragen interessiert sein mag.“ (VGH Mannheim, aaO.)

VwGO  
§ 124 a IV 4

### Anforderungen an Rechtsmittelbelehrung Keine Pflicht zur Belehrung über die vor dem OVG zur Vertretung befugten Personen

VerwProzR

(BVerwG in DÖV 2015, 1024; Beschluss vom 31.08.2015 – 2 B 61.14)

1. Die Rechtsmittelbelehrung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils ist **nicht deshalb fehlerhaft** i.S.v. § 58 II VwGO, weil sie im Hinblick auf den Vertretungszwang vor dem Oberverwaltungsgericht **nicht ausdrücklich die zur Vertretung befugten Personen benennt**, sondern insoweit allein auf die gesetzliche Regelung in § 67 II 1, 2 Nr. 3 bis 7 VwGO verweist.
2. Die **im Zivilprozess geltende Regelung** über die Belehrung über den Anwaltszwang (§ 232 ZPO i.d.F. des Gesetzes vom 05.12.2012, BGBl I S. 2418) findet mit Blick auf den abschließenden Charakter von § 58 I VwGO und die differenzierte Vertretungsmöglichkeit gem. § 67 IV 3 ff. VwGO **im Verwaltungsprozess keine Anwendung**.

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

GKG  
§ 52

**Streitwert für Baugenehmigung**  
**Maßgeblichkeit des Jahresnutzwertes bei gewerblichen Bauten**  
(OVG Münster in NVwZ-RR 2015, 679; Beschluss vom 30.04.2015 – 2 E 332/15)

KostenR

Gemäß § 52 I GKG ist der Streitwert in Verfahren vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der sich aus dem Antrag des Kl. für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Maßgeblich ist dabei, welchen Streitgegenstand der Kl. dem Gericht mit seinem Klageantrag zur Entscheidung unterbreitet und welche wirtschaftliche Bedeutung dieser für ihn hat.

„Dabei kommt es **nicht** auf die **subjektive Sichtweise** des Kl., **sondern** auf eine **objektive Beurteilung** an. Mit der Befugnis, den Streitwert nach richterlichem Ermessen zu bestimmen, ist dem Gericht im Interesse der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung die Möglichkeit eingeräumt, den Wert des Streitgegenstandes zu schätzen; eine **weitgehende Schematisierung und Typisierung für gleichartige Streitigkeiten** ist zulässig und geboten (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2012, 742 m.w.N.).

In baurechtlichen Streitigkeiten wie hier entspricht es dabei der **Streitwertpraxis der Bausenate** des beschließenden Gerichts, den Streitwert in Orientierung an ihrem Streitwertkatalog vom 17.09.2003 (BauR 2003, 1883) festzusetzen. Nach **Nr. 3 a des Streitwertkatalogs der Bausenate des OVG** kommt es für die Bemessung des Streitwerts bei Streitigkeiten, in denen es – wie hier – um die Erteilung einer **Baugenehmigung für gewerbliche Bauten** geht, maßgeblich auf **den (zu erwartenden) Jahresnutzwert** an.“ (OVG Münster aaO.)

VV RVG  
Nr. 1002, 3104

**Erledigungs- und Terminsgebühr**  
**Voraussetzungen für Anfall**  
(OVG Bremen in NJW 2015, 2602; Beschluss vom 24.04.2015 – 1 S 250/14)

VergütungsR

1. Die Erledigungsgebühr nach Nr. 1002 VV-RVG setzt voraus, dass die **anwaltliche Tätigkeit ursächlich für die Erledigung** des Rechtsstreits war.
2. **Besprechungen mit dem Richter** außerhalb anberaumter Gerichtstermine lassen **keine Terminsgebühr** nach Teil 3 Vorbemerkung 3 III VV-RVG in der Fassung des 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes entstehen.

**Fall:** Der Ast. begehrte die Festsetzung höherer Rechtsanwaltsgebühren. Der Gebührenforderung liegt ein schulrechtliches Hauptsacheverfahren auf Aufnahme in der W.-Schule in Bremen zu Grunde. Die Ag. bot im zuvor eingeleiteten Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes wenige Tage nach Erhebung der Klage den begehrten Schulplatz an. Die Bet. erklärten daraufhin den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt, wobei die Ag. eine Kostenübernahmeerklärung abgab. Vor der Abhilfe durch die Ag. fanden telefonische Gespräche zwischen der Vorsitzenden und der Berichterstatterin auf der einen und der Prozessbevollmächtigten des Ast. bzw. einem von ihr beauftragten Vertreter auf der anderen Seite statt. Gegenstand dieser Telefonate war zunächst die Frage, ob im vorliegenden Fall ein Widerspruchsverfahren durchzuführen war. Darüber hinaus wurde der Ast. auf die nach vorläufiger Einschätzung geringen Erfolgsaussichten seines Rechtsmittels hingewiesen. Mit Beschluss vom 08.05.2014 stellte das VG Bremen das Verfahren ein und entschied, dass die Ag. die Kosten des Verfahrens zu tragen habe. Den Streitwert setzte das VG auf 5000 € fest.

Mit Schriftsatz vom 04.05.2014 beantragte der Ast. die Festsetzung der ihm zu erstattenden Kosten (Rechtsanwaltsgebühren). Dabei machte er für das gerichtliche Verfahren eine Verfahrensgebühr i.H.v. 393,90 €, eine Erledigungsgebühr i.H.v. 303 € und eine Terminsgebühr i.H.v. 363,60 € zuzüglich Auslagenpauschale und Umsatzsteuer geltend. Mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 12.05.2014 setzte der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle zu erstattende Kosten für das Klageverfahren i.H.v. 492,54 € fest (Verfahrensgebühr 393,90 zuzüglich der Auslagenpauschale i.H.v. 20 € sowie der Umsatzsteuer i.H.v. 78,64 €). Eine Festsetzung der Erledigungs- und der Terminsgebühr lehnte er ab. Zu Recht?

#### I. Entstehung der Erledigungsgebühr

Die Gebühr nach Nr. 1002 VV-RVG setzt voraus, dass sich eine Rechtssache ganz oder teilweise nach Aufhebung oder Änderung des mit einem Rechtsbehelf angefochtenen Verwaltungsakts durch die anwaltliche Mitwirkung erledigt.

„Die Gebühr entsteht nicht bereits durch die Mitwirkung eines Rechtsanwalts, die **allgemein auf Verfahrensförderung** gerichtet ist. Vielmehr bedarf es einer darüber hinausgehenden **quaflifizierten, auf die Beilegung des Rechtsstreits ohne streitige Entscheidung gerichteten Tätigkeit des Rechtsanwalts** (stRspr, vgl. zuletzt etwa Senat, NVwZ-RR 2014, 700). Diese Tätigkeit muss **ursächlich dafür sein, dass sich der Rechtsstreit erledigt** (vgl. etwa Senat, Beschl. v. 11.09.2006 – 1 A 258/06, BeckRS 2015, 48255; Beschl. v. 18.08.2006 – 1 S 234/06, BeckRS 2015, 48256).

Jedenfalls an der zuletzt genannten Voraussetzung fehlt es. Die Rechtssache hat sich nicht „durch die anwaltliche Mitwirkung“ erledigt. Die **Abhilfe** durch die Ag. erging vielmehr, wie das VG in dem angefochtenen Beschluss dargelegt hat, „**überraschend**“ und **ohne Beitrag des Gerichts oder der Antragstellerseite**.“ (OVG Bremen aaO.)

Eine Erledigungsgebühr ist nicht entstanden.

#### II. Entstehung der Terminsgebühr

Nach Teil 3 Vorb. 3 III 1 VV-RVG entsteht die Terminsgebühr sowohl für die **Wahrnehmung von gerichtlichen Terminen** als auch für die **Wahrnehmung von außergerichtlichen Terminen und Besprechungen**, wenn nichts anderes bestimmt ist. Die Gebühr für außergerichtliche Termine und Besprechungen entsteht unter

anderem für die **Mitwirkung an Besprechungen, die auf die Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens** gerichtet sind; dies gilt nicht für Besprechungen mit dem Auftraggeber (Teil 3 Vorb. 3 III 3 Nr. 2 VV-RVG).

*„Die Vorschrift ist durch das Zweite Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts (2. KostRModG) vom 23.07.2013 (BGBl. I 2013, 2586) mit Wirkung vom 01.08.2013 neu gefasst worden. Die Regelung unterscheidet nunmehr zwischen gerichtlichen Terminen einerseits und außergerichtlichen Terminen und Besprechungen andererseits. Daraus folgt, dass insbesondere **telefonisch geführte Besprechungen mit dem Richter außerhalb anberaumter Gerichtstermine keine Terminsgebühr** entstehen lassen können, weil es sich bei einem Gespräch mit einer Richterin oder einem Richter, das ein bestimmtes gerichtliches Verfahren zum Gegenstand hat und außerhalb eines Gerichtstermins stattfindet, nicht um eine außergerichtliche Besprechung handelt. Der Senat schließt sich insoweit der Rechtsprechung des FG Baden-Württemberg (RVGreport 2015, 140 = BeckRS 2015, 94188) zur Vorb. 3 III VV RVG in der Fassung des 2. KostRModG an.“ (OVG Bremen aaO.)*

Eine Terminsgebühr ist nicht entstanden.

**StPO**  
**§ 464a**

**Notwendigkeit von Verteidigerkosten  
Vor Begründung der staatsanwaltschaftlichen Berufung**

**VergütungsR**

**(OLG Köln in NStZ-RR 2015, 294; Beschluss vom 03.07.2015 – 2 Ws 400/15)**

Die Frage, ob dem Verteidiger für seine Tätigkeit in der Berufungsinstanz eine Verfahrensgebühr gem. Nr. 4124 VV RVG zusteht, wenn die Staatsanwaltschaft ihre Berufung vor deren Begründung zurücknimmt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

**I. Auffassung der Literatur**

*„In der Literatur wird recht **einhellig die Meinung vertreten**, auch im Falle einer späteren Rücknahme der Berufung durch die Staatsanwaltschaft reiche für das Entstehen der Gebühr nach Nr. 4124, 4125 VV RVG eine **vor Ablauf der Berufungsbeurkundungsfrist entfaltete Tätigkeit des Verteidigers** (vgl. Burhoff, RVG, 3. Auflage, Nr. 4124 VV RVG Rn. 24 ff; Burhoff in Gerold/Schmitt, RVG, 21. Auflage, Einleitung zu Nr. 4124, 4125 VV RVG Rn. 7 und Nr. 4124, 4125 VV RVG Rn. 6; Uher in: Bischof/Jungbauer/Bräuer/Curkovic/Matthias/Uher, RVG, 4. Aufl. Nr. 4128 - 4135 VV RVG Rn. 93; Schneider in: Schneider/Wolf, Anwaltskommentar, RVG, 7. Auflage; VV 4124 - 4125 Rn. 7; Hartung in: Hartung/Schons/Enders, RVG, 2. Auflage, Nr. 4124 - 4129 VV RVG Rn. 11; Hartmann, a. a. O., Nr. 4124 - 4129 VV RVG Rn. 7; Meyer-Goßner/Schmitt aaO. § 464 a Rn. 10 für den Regelfall; Gieg in: Karlsruher Kommentar, 7. Auflage § 464 a Rn. 10).“ (OLG Köln aaO.)*

**II. Auffassung der Rechtsprechung**

*„Der Senat hat die Frage bereits **mehrfach für das Revisionsverfahren dahingehend entschieden**, dass die Gebühr nach Nr. 4130 VV RVG **nicht anfällt**, weil erst die Revisionsbegründung den Umfang und die Zielsetzung des Rechtsmittels aufzeigt, so dass erst in diesem Verfahrensstadium eine sinnvolle Verteidigung möglich ist (vgl. SenE vom 22.06.2015 - 2 Ws 361/15 -; SenE vom 05.06.2003 - 2 Ws 317/03 - = Rpfleger 2003, 685; SenE vom 04.06.2004 - 2 Ws 296/04 und 206/04 -). Zum **Berufungsverfahren** besteht zwar insoweit ein Unterschied, als § 317 StPO eine **Begründung der Berufung nicht zwingend vorschreibt**. Nach Nr. 156 I RiStBV muss die Staatsanwaltschaft aber jedes von ihr eingelegte Rechtsmittel begründen. Der **Verteidiger kann** deshalb **davon ausgehen**, dass - wenn keine Berufungsrücknahme erfolgt - die **Berufung** der Staatsanwaltschaft innerhalb der Frist des § 317 StPO **begründet wird**. Das Anfallen der Verfahrensgebühr für Berufung und Revision ist daher in der vorliegenden Konstellation nicht unterschiedlich zu beurteilen. Dementsprechend hält der Senat auch im Hinblick auf das Anfallen der Verhandlungsgebühr für das Berufungsverfahren an seiner Rechtsprechung fest.*

*Diese Auffassung steht in **Übereinstimmung mit dem weit überwiegenden Teil der Rechtsprechung** (KG Berlin JurBüro 2012, 471 (Berufung), KG JurBüro 2010, 599 (Revision); OLG Bremen NStZ-RR 2011, 391 (Revision); OLG Rostock JurBüro 2009, 541 (Revision); OLG Frankfurt NStZ-RR 1999, 351 (Revision); OLG Karlsruhe JurBüro 1996, 31 (Revision); OLG Koblenz Rpfleger 2006, 670 (Revision); OLG Düsseldorf MDR 1993, 582 (Revision) JurBüro 1981, 229 (Revision); OLG Oldenburg JurBüro 2002, 531 (Revision); OLG Düsseldorf MDR 1993, 582 (Revision); OLG Bamberg JurBüro 1988, 64; LG Bochum JurBüro 2007, 38 (Berufung); LG Koblenz JurBüro 2009, 198 (Berufung), LG Köln StraFo 2007, 305, a. A. OLG Stuttgart StV 1998, 615 (Revision).“ (OLG Köln aaO.)*

**RVG**  
**§ 14 I 4**

**Verteidigergebühren über Mittelgebühr  
Grenzen des billigen Ermessens**

**VergütungsR**

**(LG Saarbrücken in NStZ-RR 2015, 264; Beschluss vom 05.02.2015 – 6 Q 7/15)**

Unbillig im Fall des § 14 I 4 RVG ist ein Gebührenansatz des Verteidigers, wenn die beantragte Gebühr um **mehr als 20 % über der angemessenen Höhe** liegt.

**Fall:** Dem Beschuldigten wurde vorgeworfen, vorsätzlich ein Kraftfahrzeug geführt zu haben, obwohl er nicht die dazu erforderliche Fahrerlaubnis hatte. Mit Schriftsatz vom 06.12.2013 beantragte der Verteidiger des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren Akteneinsicht (Bl. 16 d.A.). Mit Schriftsatz vom 08.01.2014 beantragte der Verteidiger des Beschuldigten zudem Akteneinsicht in die Beakte in Form der Fahrerlaubnisakte der Stadt Saarbrücken (Bl. 25 d.A.). Gegen den am 16.04.2014 vom Amtsgericht Saarbrücken erlassenen Strafbefehl legte der Verteidiger mit Schriftsatz vom 02.05.2014 Einspruch ein (Bl. 63 d.A.). In dem Hauptverhandlungstermin am 14.07.2014, der 15 Minuten dauerte, wurde die Verhandlung unterbrochen. Das Gericht holte eine Stellungnahme der Landeshauptstadt Saarbrücken - Ordnungsamt - ein (Bl. 73 ff. d.A.). Auf die Antwort der Landeshauptstadt Saarbrücken vom 22.07.2014 (Bl. 75 d.A.) nahm der Verteidiger des Angeklagten mit einem dreiseitigen Schriftsatz vom 07.08.2014 (Bl. 78 bis Bl. 80 d.A.) Stellung. Mit Beschluss vom 18.09.2014 des Amtsgerichts Saarbrücken wurde das Verfahren gemäß § 153 II StPO auf Kosten der Staatskasse und unter Erstattung notwendiger Auslagen des Angeklagten eingestellt.

Mit Schriftsatz vom 09.10.2014 beantragte der Verteidiger des Angeklagten die Festsetzung von Gebühren i.H.v. insgesamt 1.511,30 €, bestehend u.a. aus einer Grundgebühr gemäß VV-RVG Nr. 4100 i.H.v. 260,- €, einer Verfahrensgebühr gemäß VV-RVG Nr. 4104 i.H.v. 210,- €, einer Verfahrensgebühr für den ersten Rechtszug vor dem Amtsgericht gemäß VV-RVG Nr. 4106 i.H.v. 210,- €, einer Terminsgebühr je Hauptverhandlungstag gemäß VV-RVG Nr. 4108 i.H.v. 360,- € sowie eine Gebühr für die entbehrliche Hauptverhandlung gemäß VV-RVG Nr. 4141 i.H.v. 210,- €, jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Saarbrücken vom 03.11.2014 wurden die von der Landeskasse an den Betroffenen zu erstattenden Kosten auf 993,65 € nebst Zinsen festgesetzt. Das Amtsgericht orientierte sich hierbei bezüglich der Gebühren Nr. 4100 VV-RVG, Nr. 4104 VV-RVG, Nr. 4106 VV-RVG und Nr. 4141 VV-RVG an der jeweiligen Mittelgebühr. Als Terminsgebühr gemäß Nr. 4108 VV-RVG wurde ein Betrag i.H.v. 120,- € netto festgesetzt.

Mit Schriftsatz vom 13.11.2014 legte der Verteidiger des Angeklagten gegen den Beschluss des Amtsgerichts Saarbrücken vom 03.11.2014 sofortige Beschwerde ein. Der Verteidiger ist der Ansicht, der von ihm vorgenommene Ansatz der Gebühren für die einzelnen Verfahrensabschnitte sei sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach gerechtfertigt. Trifft dies zu?

Gemäß § 14 I 1 RVG bestimmt der Rechtsanwalt im Verfahren, für welche die VV-RVG eine **(Betrags-) Rahmengebühr** vorsieht, die Höhe der Gebühr innerhalb des vorgegebenen Rahmens unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Bedeutung der Angelegenheit, des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers **nach billigem Ermessen**. Ist wie im vorliegenden Fall die Gebühr von einem Dritten, hier der Staatskasse, zu erstatten, ist gemäß § 14 I 4 RVG die vom Rechtsanwalt getroffene Bestimmung der Gebührenhöhe nicht verbindlich, wenn sie **unbillig** ist.

„Unbillig ist der Gebührenansatz nach herrschender und von der Kammer geteilten Ansicht dann, wenn die beantragte Gebühr um mehr als 20 % über der angemessenen Höhe liegt.“ (LG Saarbrücken aaO.)

### I. Höhe der Grundgebühr

„In Bezug auf die **Grundgebühr** gemäß VV-RVG Nr. 4100 ist der Ansatz der **Mittelgebühr i.H.v. 200,- €** angemessen. **Besondere Schwierigkeiten** in die Einarbeitung der Sache sind **nicht erkennbar**. Auch die Tatsache, dass zusätzlich zur Verfahrenssakte die Führerscheinkarte eingesehen werden musste, begründet nicht die Annahme der Überdurchschnittlichkeit der Angelegenheit. Dies gilt auch für den Umstand, dass im vorliegenden Verfahren die **Gültigkeit einer ausländischen Fahrerlaubnis in Deutschland** fraglich war und dem nachgelagert die Frage des Vorsatzes im Raum stand. Auch dass der Angeklagte selbstständig und die Fahrerlaubnis für ihn sehr wichtig war, rechtfertigt aufgrund des sehr geringen Umfangs der Sache nicht die Abweichung von der Mittelgebühr nach oben.“ (LG Saarbrücken aaO.)

### II. Höhe der Verfahrensgebühr

„In Bezug auf die **Verfahrensgebühr** gemäß VV-RVG Nr. 4104 sowie die Verfahrensgebühr für den ersten Rechtszug vor dem Amtsgericht gemäß VV-RVG Nr. 4106 ist der **Ansatz der Mittelgebühr** angemessen. Insbesondere rechtfertigt auch der Umstand, dass der Verteidiger am 07.08.2014 einen **dreiseitigen Schriftsatz** einreichte, mit dem er zu der Antwort der Landeshauptstadt Saarbrücken vom 22.07.2014 Stellung bezog, **nicht** einen **überdurchschnittlichen Ansatz der Verfahrensgebühr** oder der Verfahrensgebühr für den Rechtszug vor dem Amtsgericht. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Verteidiger neben der Verfahrensgebühr und der Verfahrensgebühr vor dem Amtsgericht **zusätzlich** die **Gebühr gemäß VV-RVG Nr. 4141 aufgrund der Vermeidung der Hauptverhandlung** in Ansatz brachte. Insoweit stellte der Schriftsatz vom 07.08.2014 die Mitwirkung des Verteidigers zur Verfahrenseinstellung dar, welche den Gebührentatbestand des VV-RVG Nr. 4141 auslöst und insoweit nicht mehr für eine Erhöhung der Mittelgebühr der Verfahrensgebühr vor dem Amtsgericht herangezogen werden kann (vgl. diesbezüglich auch Burhoff, in: Geroldt/Schmidt, RVG, 20. Aufl., 4106, 4107 VV Rn. 7).“ (LG Saarbrücken aaO.)

### III. Höhe der Terminsgebühr

„Auch die Korrektur der geltend gemachten **Terminsgebühr gemäß VV-RVG Nr. 4108 auf 120,- € zzgl. Mehrwertsteuer** ist nicht zu beanstanden. Für die Festsetzung der Terminsgebühr ist wesentliches - wenngleich nicht alleiniges - Bemessungskriterium die **zeitliche Dauer des Termins**. Vorliegend dauerte die Hauptverhandlung **15 Minuten**, was nach Ansicht der Kammer im Strafverfahren vor dem Amtsgericht **unterdurchschnittlich** zu bewerten ist. Kriterien, welche die unterdurchschnittliche Dauer kompensieren könnten, liegen nicht vor. Auch der Umstand, dass es im vorliegenden Fall um die Frage der Wirksamkeit einer ausländischen Fahrerlaubnis sowie um eine verwaltungsrechtliche Zustellproblematik und daraus resultierend einer Vorsatzproblematik ging, sind nicht als derart schwierig anzusehen, dass alleine dies die kurze Dauer der Hauptverhandlung kompensieren könnte, zumal auch der Umfang der Angelegenheit weit unterdurchschnittlich war.“ (LG Saarbrücken aaO.)

### IV. Gebühr für Entbehrlichkeit der HV

„Im Hinblick auf die geltend gemachte Gebühr zur Entbehrlichkeit der Hauptverhandlung gemäß VV-RVG Nr. 4141 ist eine **Korrektur auf 165,- €** nicht zu beanstanden. Der Ansatz der Gebühr ist zutreffend, da im vorliegenden Fall durch die „anwaltliche Mitwirkung“ in Form des Schriftsatzes vom 07.08.2014 die Hauptverhandlung entbehrlich wurde. Der **häufigste Fall der Mitwirkung** ist - wie hier - die **Einreichung einer Einlassungs- oder Verteidigungsschrift** (vgl. VV-RVG Nr. 4141 in Burhoff, in: Geroldt/Schmidt, RVG, 20. Aufl., 4141 VV Rn. 4). Vorliegend war diese Gebühr in weitergehender als von dem Amtsgericht festgesetzter Höhe nicht zu erstatten, weil sie nicht entstanden ist. Nach Abs. 3 Satz 2 der Anmerkung zu Nr. 4141 VV-RVG entsteht diese Gebühr für den Wahlanwalt als **Mittelgebühr**. Die Umstände des Einzelfalls, die sonst über § 14 I zu berücksichtigen wären, sind also ohne Bedeutung; es handelt sich um eine **Festgebühr** (Burhoff, in: Geroldt/Schmidt, RVG, 20. Aufl., 4141 VV Rn. 38).“ (LG Saarbrücken aaO.)

## Aus der Praxis

VwGO  
§ 60

### Organisationsverschulden des Einzelanwalts Unfallnachricht an Mitarbeiterin

BerufsR

(BVerwG in BayVBl 2015, 688; Beschluss vom 25.03.2015 – 9 B 65.14)

Ein als Einzelanwalt tätiger Rechtsanwalt, der **vor dem Verlassen der Kanzlei** seiner **einzigen Bürokräft** die mündliche Weisung erteilt, einen Schriftsatz zur Wahrung einer Rechtsmittelbegründungsfrist im Lauf des Nachmittags per Telefax an das zuständige Gericht abzusenden, muss keine organisatorischen Vorkehrungen dagegen treffen, dass die **Anweisung deshalb nicht ausgeführt** wird, weil seine Bürokräft nach der Nachricht von einem **Unfall ihrer Tochter überstürzt** die Kanzlei verlässt, ohne den Auftrag auszuführen.

BGB  
§ 455

### Widerruf eines Anwaltsvertrages Anwendbarkeit der Regelungen über Fernabsatzverträge

BerufsR

(AG Hildesheim in VuR 2015, 396; Urteil vom 08.08.2014 – 84 C 9/14)

**Fall:** Die Klägerin, eine Anwaltssozietät, verlangte von der Beklagten die Zahlung von 597,72 € aus einem Anwaltsvertrag in Gestalt eines Geschäftsbesorgungsvertrags, § 675 I BGB. Die Beklagte hatte auf den Internetseiten der Klägerin ein online-Formular ausgefüllt, um über ihre persönlichen Verhältnisse in Bezug auf eine Ehescheidung aufzuklären. Aus diesen Daten erstellte die Klägerin sodann einen Schriftsatzentwurf und schickte ihn der Beklagten zu. Der Vertragsschluss erfolgte ebenfalls postalisch. Später schickte die Beklagte durch einen Vertreter per Fax ein Schreiben an die Klägerin indem sie den Vertrag „kündigte“. Besteht ein Vergütungsanspruch?

„Das AG Hildesheim ordnet den geschlossenen Anwaltsvertrag als **Fernabsatzvertrag** ein. Das Gericht stellt heraus, dass der **Anwaltsvertrag nicht von vornherein aus dem Anwendungsfall** des § 312 b BGB a.F. **ausgeschlossen** sei. Vielmehr nimmt es eine Einzelfallprüfung des streitigen Vertragsschlusses hinsichtlich der vorzuliegenden Tatbestandmerkmale vor. Dabei sind **Verbraucher- und Unternehmereigenschaft jeweils unproblematisch** bejaht worden.

Nachdem im vorliegenden Fall auch die **ausschließliche Nutzung von Fernkommunikationsmitteln**, hier Internet und Postweg, unproblematisch ist, prüft das Gericht das Vorliegen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems. Dabei stellt es heraus, dass es sich **beim Anwaltsvertrag nicht grundsätzlich um ein Distanzgeschäft** handelt. Ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- und Dienstleistungssystem wäre dann anzunehmen, wenn der Unternehmer sich **Techniken der Fernkommunikation systematisch zu Nutze** mache und die intendierten Geschäfte sich dem Gesamtbild nach als typische Distanzgeschäfte darstellten. Ein bloßer Internetauftritt einer Anwaltskanzlei reiche hierfür nicht aus.

Das Gericht bejaht jedoch im Falle der Klägerin das Vorliegen dieser Voraussetzungen. Die Klägerin habe sich auf die **Abwicklung ihrer Mandate über das Internetportal ausgerichtet**. Durch die **Bereitstellung des Online-Formulars** zur Eingabe für das Scheidungsverfahren bediene sie sich systematisch der Fernkommunikation. Die aus dem Online-Formular erstellten **Schriftsätze folgten wiederkehrend dem gleichen Aufbau** und unterlägen **nur geringen individuellen Anpassungen**. Diese Tätigkeit sei damit nicht gleichermaßen individuell wie die klassische Anwaltstätigkeit. Ebenfalls sei die übrige Kommunikation des Mandanten auf Fernkommunikationsmittel ausgelegt. Damit rechtfertige die ausschließliche Abwicklung über Distanz die Anwendung der verbraucherschützenden Bestimmungen des Fernabsatzes.

Letztlich weist das Gericht noch darauf hin, dass die Klägerin die Beweislast dafür trage, dass sie kein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem nutze. Hierzu hat sich die Klägerin jedoch nicht erklärt.

Das Schreiben des Vertreters der Beklagten könne somit als wirksamer Widerruf gewertet werden, §§ 312 d a.F., 355 BGB. Eine Frist wäre nicht einzuhalten, da keinerlei Widerrufsbelehrung von Seiten der Klägerin erfolgte. Aus dem gleichen Grund scheidet auch ein Anspruch auf Wertersatz aus.“ (AG Hildesheim aaO.)

BRAO  
§ 50

### Berufsrechtliche Pflicht zur Herausgabe der Handakten Anlassloses Zurückhalten ist gravierendes Fehlverhalten

BerufsR

(AGH NRW in FD-StrafR 2015, 372397; Urteil vom 29.05.2015 – 1 AGH 1/15)

Das anwaltliche Berufsrecht verpflichtet einen Rechtsanwalt, nach der Beendigung eines Mandats die von ihm geführten **Handakten herauszugeben**, wenn der Mandant diese **zur weiteren Verfolgung** seiner Rechtsangelegenheiten benötigt und die dem Anwalt **zustehende Vergütung entrichtet** hat.

**Fall:** Der berufsrechtlich angeschuldigte, heute 45-jährige Rechtsanwalt aus Neuss vertrat ein Ehepaar aus Neuss in drei gerichtlichen Verfahren. 2008 wechselte der Anwalt in eine Kanzlei nach Krefeld, seine Mandanten entrichteten die ihm zustehenden Gebühren und Auslagen. Außerdem beauftragten sie einen anderen Rechtsanwalt in Neuss mit der weiteren Verfolgung ihrer Rechtsangelegenheiten. Dieser forderte den angeschuldigten Anwalt von Juni 2008 bis September 2012 vergeblich auf, ihm die Mandanten-Handakten zur Weiterführung des Mandats herauszugeben.

„Nach der - **nunmehr geänderten** - **Rechtsprechung** bejaht der Anwaltsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen - in Vollzug des Revisionsurteils des Senats für Anwaltssachen beim Bundesgerichtshof vom 03.11.2014, (AnwSt (R) 5/14) - neben der zivilrechtlichen jetzt auch eine **berufsrechtliche Pflicht zur Herausgabe von Handakten**. Er hat deswegen den angeschuldigten Rechtsanwalt wegen Verletzung seiner berufsrechtlichen Pflichten mit einem Verweis belegt und zur Zahlung einer Geldbuße i.H.v. 2.000 € verurteilt. Das **anlasslose Zurückhalten** von Handakten stelle ein **gravierendes Fehlverhalten** des angeschuldigten Rechtsanwalts dar. Denn der Mandant übergebe dem Rechtsanwalt seine Unterlagen in dem Vertrauen, das sich der Rechtsanwalt für ihn einsetze und dabei **rechtmäßig verhalte**.

Werde das **Mandat** - aus welchen Gründen auch immer - **vorzeitig beendet** und verfolge der Mandant seine Rechtsangelegenheiten mit einem anderen Rechtsanwalt weiter, könne er mit Fug und Recht erwarten, dass er die seinem früheren Bevollmächtigten

**ausgehändigten Unterlagen zurückhalte.** Sei sein früherer Bevollmächtigter hinsichtlich seiner Gebühren und Auslagen befriedigt, gebe es keinerlei Grund, der das Zurückhalten von Handakten rechtfertigen könne. Ein solches Verhalten sei dann **mit der gewissenhaften Berufsausübung eines Rechtsanwalts unvereinbar und widerspreche im hohen Maße dem Vertrauen, welches der frühere Mandant in den zuerst beauftragten Rechtsanwalt gesetzt habe.**“ (AGH NRW aaO.)

BRAO  
§ 3

## Umgehung des Gegenanwalts Anwaltlicher Insolvenzverwalter

BerufsR

(BGH in NJW 2015, 3241; Urteil vom 06.07.2015 – AnwZ (Brfg) 24/14)

Das **Verbot**, ohne die Einwilligung des Rechtsanwalts eines anderen Beteiligten mit diesem **unmittelbar Verbindung** aufzunehmen oder zu verhandeln, gilt auch für einen Rechtsanwalt, der zum Insolvenzverwalter bestellt worden ist und für die verwaltete Masse eine Forderung geltend macht.

**Fall:** Der Kl. ist im Bezirk der Bekl. zur Rechtsanwaltschaft zugelassen. Er ist als Insolvenzverwalter tätig und wurde im Insolvenzverfahren über das Vermögen der M AG (fortan: Schuldnerin) zum Verwalter bestellt. Im Oktober 2008 forderte er den damaligen Vorstand der Schuldnerin zur Rückgewähr eines Betrags von 4.250 € zur Masse auf. Daraufhin zeigte Rechtsanwalt R aus D. dessen anwaltliche Vertretung an und bat, jeglichen Schriftverkehr über sein Büro zu führen. In einem weiteren Schreiben nahm er sachlich zu dem vom Kl. erhobenen Anspruch Stellung. Der Kl. verlangte mit einem erneut an den Vorstand persönlich gerichteten Schreiben im November 2011 weiterhin die Rückgewähr von 4.250 €. Das Schreiben war auf dem Briefpapier der Anwaltskanzlei G & B verfasst. Es enthielt den Satz: „In meiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter fordere ich Sie hiermit dazu auf, den Betrag von insgesamt 4.250 € an folgendes Anderkonto zu überweisen.“ Unterschrieben war das Schreiben mit „CS, LL. M. Rechtsanwältin für Dr. HG Rechtsanwalt und vBP als Insolvenzverwalter“. Der Anwalt der Gegenseite beanstandete einen Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 43 BRAO, § 12 BORA. Mit Bescheid vom 18.04.2013 erteilte der Vorstand der Bekl. dem Kl. einen belehrenden Hinweis, „dass das Umgehungsverbot ... auch im Rahmen der Tätigkeit als Partei kraft Amtes oder kraft Ernennung jedenfalls dann gilt, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Partei kraft Amtes nach außen als ‚Rechtsanwalt‘ auftritt und einen Zahlungsanspruch gegen einen in gleicher Sache anwaltlich vertretenen Dritten durchzusetzen sucht“. Der Kl. meint, er sei erkennbar als Insolvenzverwalter tätig geworden. Auf diese Tätigkeit sei § 12 BORA nicht anwendbar. Er hat beantragt, den belehrenden Hinweis der Bekl. an den Kl. vom 18.04.2013 gem. § 73 II Nr. 1 BRAO, wonach das Umgehungsverbot des § 43 BRAO i.V.m. § 12 I BORA auch für einen Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes gilt, zumindest wenn er nach außen als „Rechtsanwalt“ auftritt und einen Zahlungsanspruch gegen einen in gleicher Sache anwaltlich vertretenen Dritten durchzusetzen sucht, aufzuheben. Zu Recht?

### I. berufsrechtliche Vorgaben

Nach § 12 I BORA darf der Rechtsanwalt nicht ohne Einwilligung des Rechtsanwalts eines anderen Beteiligten mit diesem unmittelbar Verbindung aufnehmen oder verhandeln.

„Gegen diese Bestimmung hat der Kl. verstoßen, indem er **unter Nutzung des Briefkopfs der Sozietät** den Geschäftsführer der Schuldnerin persönlich angeschrieben hat, obwohl sich bereits ein Rechtsanwalt für ihn gemeldet hatte. Das Schreiben vom 16.12.2011 ist ein Schreiben des Kl. Es ist **in seinem Namen verfasst und von einer anderen Rechtsanwältin für ihn unterschrieben** worden. Dass er das Schreiben nicht veranlasst habe, hat der Kl. nicht behauptet; hierfür gibt es auch keine sonstigen Anhaltspunkte.“ (BGH aaO.)

### II. Regelungskompetenz

„Die **Vorschrift** des § 12 BORA ist **verfassungsgemäß**. Sie beruht auf der **Satzungskompetenz**, welche der bei der Bundesrechtsanwaltskammer eingerichteten Satzungsversammlung durch §§ 59 b I, II Nr. 1 Buchst. a, 191 a II BRAO übertragen worden ist (BVerfG, NJW 2001, 3325 [3326]; NJW 2009, 829 = BRAK-Mitt. 2009, 73 [77]). Auch inhaltlich teilt der Senat die vom Kl. erhobenen Bedenken nicht. Zwar wird mit dem Umgehungsverbot in die Freiheit der Berufsausübung eingegriffen, weil es Rechtsanwälten den unmittelbaren Kontakt mit anwaltlich vertretenen Gegnern grundsätzlich untersagt und damit deren berufliche Tätigkeit reglementiert. Diese Beschränkung der Berufsfreiheit ist jedoch nicht nur durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert, sondern genügt auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (BVerfG, NJW 2009, 829 = BRAK-Mitt. 2009, 73 [77]).“ (BGH aaO.)

### III. Regelungszweck

„Das Umgehungsverbot dient einer **funktionsfähigen Rechtspflege** und damit einem **bedeutenden Gemeinwohlbelang**. Es zielt vorrangig auf den Schutz des gegnerischen Mandanten. Hat dieser zur Wahrung seiner Rechte die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für notwendig erachtet, so soll er davor geschützt sein, bei direkter Kontaktaufnahme durch den Rechtsanwalt der Gegenseite **wegen fehlender eigener Rechtskenntnisse und mangels rechtlicher Beratung übervorteilt** zu werden (BGH, NJW 2003, 3692 [3693]). Mit diesem Schutz vor **Überrumpelung** dient die Regelung einem **fairen Verfahren** und damit dem Gemeinwohlinteresse an einer geordneten Rechtspflege. Daneben liegt dem Umgehungsverbot die Überlegung zu Grunde, dass durch den unmittelbaren Kontakt zwischen Rechtsanwälten die sachgerechte und zügige Erledigung einer Rechtssache gefördert wird. Auch dies dient der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege.

Der **Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung** ist geeignet, das angestrebte Ziel einer geordneten Rechtspflege insbesondere durch den Schutz der Rechtsuchenden vor **Überrumpelung** zu erreichen. Ein **weniger belastendes, aber gleichermaßen wirksames Mittel ist nicht ersichtlich**. Wird schließlich das Gewicht des verfolgten Gemeinwohlziels der vergleichsweise geringen Belastung gegenübergestellt, die mit dem Verbot des unmittelbaren Kontakts zum anwaltlich vertretenen Gegner verbunden ist, so zeigt sich, dass das Umgehungsverbot den betroffenen Rechtsanwälten grundsätzlich zumutbar ist.“ (BGH aaO.)

### IV. Anwendbarkeit auf den Kläger

Fraglich ist jedoch ob der Kläger, der in seiner Eigenschaft als Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin gehandelt hat, auch insofern Adressat des Verbots des § 12 BORA ist,.

„Die Vorschriften der Berufsordnung richten sich an **Rechtsanwälte im Sinne der Bundesrechtsanwaltsordnung**. Sie ist von der bei der Bundesrechtsanwaltskammer eingerichteten Satzungsversammlung (§ 191 a I BRAO) auf Grund der dieser in §§ 59 b I, II Nr. 1 Buchst. a, 191 a II BRAO übertragenen Satzungskompetenz erlassen worden. Wer nicht Rechtsanwalt ist, braucht die Vorschriften der Berufsordnung der Rechtsanwälte nicht einzuhalten.

**Der Kl. ist Rechtsanwalt.** Er hat das Mahnschreiben vom 16.12.2011 auf dem Briefpapier der Sozietät verfasst, welcher er angehängt und die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“ auch in der Unterschriftszeile verwandt. Zugleich hat er zum Ausdruck gebracht, in seiner Eigenschaft als Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin zu handeln. Damit hat er den Anwendungsbereich des § 12 BORA jedoch nicht verlassen. Ein **Anwalt**, der zum **Insolvenzverwalter** bestellt worden ist und für die verwaltete Masse Forderungen einzieht, hat sich an das **Umgehungsverbot des § 12 BORA** zu halten.“ (BGH aaO.)

VwGO  
§ 60

## Organisationsverschulden bei Fristversäumnissen Abwendbarkeit bei konkreter Einzelanweisung

BerufsR

(OVG Bautzen in NJW 2015, 2680; Beschluss vom 22.04.2015 – 5 A 516/13)

1. Ein **Empfangsbekanntnis** über fristauslösende gerichtliche Entscheidungen darf grundsätzlich **erst unterzeichnet und zurückgesandt** werden, wenn in den Handakten des Prozessbevollmächtigten die **Frist festgehalten und dort vermerkt** ist, dass die Frist im Fristenkalender notiert worden ist.
2. Die Verpflichtung des Rechtsanwalts, **alle zumutbaren Vorkehrungen gegen Fristversäumnisse** zu treffen, umfasst es, im Zusammenhang mit der Aktenvorlage zwecks Fertigung der Antragschrift die Prüfung der Fristnotierung auf die Zulassungsbegründungsfrist zu erstrecken.
3. Eine **konkrete Einzelweisung**, die erkennen lässt, dass **von der üblichen Büroorganisation abgewichen** werden soll und deren Befolgung die Fristwahrung sichergestellt hätte, **kann den Rechtsanwalt von einer unzureichenden Büroorganisation entlasten**.

**Fall:** Der Prozessbevollmächtigte der Kl. hat den Wiedereinsetzungsantrag unter Vorlage eidesstattlicher Versicherungen im Wesentlichen damit begründet, dass er seine Anwaltskanzlei nebenberuflich als Einzelanwalt ohne festgestellte Beschäftigte betreibt und hauptberuflich beim Genossenschaftsverband e. V. als Steuerberater angestellt sei. Damit er keine Fristen versäume, helfe ihm die dort ebenfalls hauptberuflich angestellte Sekretärin der Steuerabteilung, die in dieser Funktion auch für die Führung des Fristenkalenders der Steuerabteilung zuständig sei; dort seien in den letzten zehn Jahren keine Fristen versäumt worden und auch bei Kontrollen habe es keine Beanstandungen gegeben. Er teile der Sekretärin der Steuerabteilung für den jeweiligen Einzelfall die Fristen mit und sie notiere sich sofort den Fristablauf in den Terminkalender sowie eine Vorfrist von drei Arbeitstagen. Dann werde er an den Fristablauf erinnert. So sei im vorliegenden Fall nach erfolgter Akteneinsicht und Rückgabe der Akten an das OVG verfahren worden, indem er am 03.09.2013 der Sekretärin die Frist mit der Bitte um sofortige Eintragung mitgeteilt habe. Es sei noch nie vorgekommen, dass die Eintragung durch sie – wie vorliegend – unterblieben sei.

„Nach den in der Rechtsprechung zur anwaltlichen Fristenkontrolle entwickelten Grundsätzen hat der Rechtsanwalt **alles ihm Zumutbare zu tun und zu veranlassen, damit die Fristen zur Einlegung und Begründung eines Rechtsmittels gewahrt** werden (BGH, Beschl. v. 19.04.2005 – X ZB 31/03, Rn. 4 m.w.N.). Zur Vermeidung des Vorwurfs einer Sorgfaltswidrigkeit gehört dazu grundsätzlich, dass ein Empfangsbekanntnis über fristauslösende gerichtliche Entscheidungen – wie hier das verwaltungsgerichtliche Urteil, das nicht nur die Antragsfrist gem. § 124 a IV 1 VwGO, sondern auch die Antragsbegründungsfrist gem. § 124 a IV 4 VwGO in Gang setzt – **erst unterzeichnet und zurückgesandt werden darf, wenn in den Handakten des Prozessbevollmächtigten die Frist festgehalten und dort vermerkt ist, dass die Frist im Fristenkalender notiert worden ist** (vgl. BVerwG, Beschl. v. 04.02.2013 – 6 B 55/12, Rn. 6 m.w.N.; Rn. 9; a.A. OVG Bautzen, Beschl. v. 03.07.2008 – 2 B 610/06). Nur dann kann der Rechtsanwalt den Ablauf der Begründungspflicht im Zusammenhang mit der Bearbeitung der Sache eigenverantwortlich nachprüfen, wenn ihm diese zur Vorbereitung der fristgebundenen Antragschrift vorgelegt wird. Die von der Fristberechnung und Fristenkontrolle zu trennende anwaltliche Nachprüfung des Fristablaufs im Zusammenhang mit der Bearbeitung der Sache ist geboten, weil es mit der Verpflichtung des Rechtsanwalts, alle zumutbaren Vorkehrungen gegen Fristversäumnisse zu treffen, nicht zu vereinbaren wäre, wenn er sich bei der im Zusammenhang mit der Aktenvorlage zwecks Fertigung der Antragschrift gebotenen Prüfung der Fristnotierung auf die Antragsfrist beschränken und die Prüfung der bereits feststehenden Zulassungsbegründungsfrist aussparen würde (vgl. VGH München, Beschl. v. 17.11.2006 – 5 ZB 06.2744, unter Berufung auf BGH, Beschl. v. 19.04.2005 – X ZB 31/03).

Im Streitfall hat der Prozessbevollmächtigte der Kl. **offensichtlich das Empfangsbekanntnis** am 24.07.2013 **unterzeichnet, ohne dass in seinen Handakten die Frist zur Begründung des Zulassungsantrags festgehalten** und dort vermerkt war, dass die **Frist im Fristenkalender notiert** worden war. Denn nach seinem eigenen Vortrag hat er selbst erst und nur in dem Schriftsatz vom 30.08.2013, mit dem die Akten nach Einsichtnahme an das OVG zurückgesandt wurden, die Begründungsfrist „notiert“ und die Sekretärin der Steuerabteilung erst am 03.09.2013 angewiesen, die von ihm notierte Frist samt Vorfrist in den Terminkalender einzutragen. Zu diesem Zeitpunkt hatte er aber bereits die Antragschrift vom 06.08.2013 gefertigt, ohne in diesem Zusammenhang – wie geboten – überprüfen zu können, ob die bereits feststehende Begründungsfrist korrekt notiert war.

Das **Risiko**, dass innerhalb der Kanzlei **versehentlich die Fristnotierung gänzlich unterbleibt** und dies – wie hier durch Anruf der Kl. – erst nach Fristablauf bemerkt wird, hätte der Prozessbevollmächtigte zwar **dadurch abwenden** können, dass er **vor Rückgabe des Empfangsbekanntnisses** in den internen Geschäftsbetrieb der Kanzlei die entsprechenden **Eintragungen in die Handakte sowie in den Fristenkalender selbst vorgenommen** oder zumindest durch besondere Einzelweisungen gegenüber dem Büropersonal die Vornahme solcher Eintragungen angeordnet hätte (BVerwG, Beschl. v. 04.02.2013 – 6 B 55/12, Rn. 7). Ausweislich der Begründung des Wiedereinsetzungsantrags hat der Prozessbevollmächtigte der Kl. indes **vor Rückgabe des Empfangsbekanntnisses** die Begründungsfrist **weder selbst in die Handakte und den Fristenkalender eingetragen** noch eine entsprechende besondere Einzelanweisung gegeben.

Die erst am 03.09.2013 **erteilte Einzelweisung ist nicht geeignet**, den Prozessbevollmächtigten der Kl. von einer unzureichenden Büroorganisation **zu entlasten**. Allerdings kann einer genauen Anweisung für den konkreten Fall, die erkennen lässt, dass von der üblichen Büroorganisation abgewichen werden soll und deren Befolgung die Fristwahrung sichergestellt hätte, eine den Rechtsanwalt entlastende Wirkung haben. Da ein Rechtsanwalt grundsätzlich darauf vertrauen darf, dass **die einem zuverlässigen Mitarbeiter erteilte Einzelweisung befolgt** wird, ist für eine Fristversäumung in einem solchen Fall nicht die Büroorganisation, sondern allein der Fehler des Mitarbeiters ursächlich (vgl. BGH, NJW-RR 2010, 417 Rn. 7; OVG Bautzen, NVwZ-RR 2011, 649 Ls. = BeckRS 2011, 51088 Rn. 24). So verhält es sich hier aber nicht. Die Begründung des Wiedereinsetzungsantrags lässt schon nicht erkennen, dass der Prozessbevollmächtigte der Kl. zumindest generell vor oder im Zusammenhang mit der Rückgabe des Empfangsbekanntnisses in den internen Geschäftsablauf die Begründungsfrist selbst in der Handakte notiert und die Angestellte der Steuerabteilung zur Eintragung in den Terminkalender anweist und hiervon nur im Streitfall mit besonderer Einzelweisung abgewichen worden sei.

Vielmehr schildert der Prozessbevollmächtigte der Kl. die hier in Rede stehende Vorgehensweise in Einklang mit seinem üblichen Arbeitsablauf in der Weise, dass er „im jeweiligen Einzelfall“ anlässlich der Bearbeitung der Sache **während der laufenden Frist – hier anlässlich der Aktenrückgabe – die von ihm selbst notierte Frist zur Eintragung mitteilt**. Damit fügen sich die jeweiligen Weisungen zur Fristeintragung unabhängig vom Zeitpunkt der Rückgabe des Empfangsbekennnisses in den üblichen Arbeitsablauf ein, was gerade mit dem hier eingetretenen Risiko, dass eine versehentlich unterbliebene Fristnotierung nicht bei der Fertigung der Antragschrift bemerkt werden kann, behaftet ist.“ (OVG Bautzen aaO.)

ZPO  
§ 121 III

## Beordnung eines auswärtigen Rechtsanwalts Besonderheiten im Verwaltungsprozess

VergütungsR

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2015, 839; Beschluss vom 30.04.2015 – 11 S 124/15)

In verwaltungsgerichtlichen Prozesskostenhilfverfahren ist ein **nicht im Bezirk des Prozessgerichts niedergelassener Rechtsanwalt** in der Regel dann uneingeschränkt (d.h. nicht beschränkt auf die Bedingungen eines im Gerichtsbezirk ansässigen Rechtsanwalts) beizuordnen, wenn dieser **am Wohnsitz des Antragstellers** oder in dessen Nähe ansässig ist.

**Fall:** Der Kl. begehrte in einem Verfahren wegen Abschiebungskosten die Bewilligung von Prozesskostenhilfe unter Beordnung seiner Prozessbevollmächtigten. Die Beordnung erfolgte „zu den Bedingungen eines im Gerichtsbezirk ansässigen Rechtsanwalts“. Der Kl. wohnt in Berlin. Dort ist auch die Rechtsanwältin ansässig. Ist die Beschränkung zulässig?

Es kann gem. § 121 III ZPO, welcher nach § 166 VwGO entsprechend anzuwenden ist, ein nicht in dem Bezirk des ProzessGer. niedergelassener Rechtsanwalt nur beigeordnet werden, wenn dadurch weitere Kosten nicht entstehen.

„Mit der Gewährung von Prozesskostenhilfe soll zwar einem „**Unbemittelten**“ grundsätzlich die Inanspruchnahme von Rechtsschutz **in dem Maße möglich sein wie einem „Bemittelten**“, weshalb auch in Verfahren, für die keine Vertretung durch Rechtsanwälte vorgeschrieben ist, aus Gründen der „Waffengleichheit“ die Beordnung eines Rechtsanwalts erforderlich sein kann (§ 121 II ZPO).

Er soll aber **nicht besser gestellt sein als ein „Bemittelter“**, sondern lediglich Kosten erstattet bekommen, welche auch ein vernünftiger und kostenbewusster Bet. aufwenden würde (VGH München, Beschl. v. 05.03.2010 – 19 C 10.236, BeckRS 2010, 31128; vgl. auch: VGH Mannheim, NJW 2015, 1708). Diesem Ziel dient § 121 III ZPO. Danach ist insbesondere zur **Vermeidung entbehrlicher Reisekosten** eine Beschränkung der Beordnung, wie sie vom VG ausgesprochen worden ist, prinzipiell möglich.

Bei der entsprechenden Anwendung des § 121 III ZPO ist jedoch zu berücksichtigen, dass **im Verwaltungsprozess die Reisekosten eines am Wohnort des Bet. ansässigen Rechtsanwalts** als im Rahmen des § 162 I VwGO zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung **notwendige Aufwendungen** angesehen werden. Nach der Regelung des § 162 II 1 VwGO sind „die Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts stets erstattungsfähig.“ Zwar gilt auch für diese Kosten die Voraussetzung des § 162 I VwGO, das bedeutet, es muss sich um **zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendige Aufwendungen** handeln (vgl. zu den daraus folgenden Einschränkungen für auswärtige Anwälte nur: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 162 Rn. 66 ff., m.w.N.). Die Vorschrift des § 162 VwGO enthält aber anders als die für Zivilprozesse geltende des § 91 ZPO keine explizite Einschränkung der Erstattungsfähigkeit von Reisekosten eines „auswärtigen Rechtsanwalts“. Nach § 91 II 1 ZPO sind hingegen Reisekosten eines Rechtsanwalts, der nicht im Bezirk des ProzessGer. niedergelassen ist und am Ort des ProzessGer. auch nicht wohnt, nur insoweit zu erstatten, als die Zuziehung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war.

**Für die Verwaltungsgerichtsordnung hat der Gesetzgeber davon abgesehen, eine entsprechende Einschränkung zu schaffen.** Aus diesem Grund kann die zivilgerichtliche Rechtsprechung auch nicht ohne Weiteres zur Auslegung des § 162 I und II VwGO – und damit auch nicht uneingeschränkt im Rahmen der entsprechenden Anwendung des § 121 III ZPO in verwaltungsgerichtlichen Verfahren – herangezogen werden (Sodan/Ziekow, § 162 Rn. 66 a, m.w.N.). Danach sind zwar auch im Verwaltungsprozess die Auslagen eines auswärtigen Rechtsanwalts, insbesondere dessen Reisekosten, nicht in jedem Fall in vollem Umfang von der unterliegenden Partei zu tragen. Sie sind aber erstattungsfähig, wenn es sich um einen Rechtsanwalt handelt, der **seine Kanzlei am Wohnort des Bet.** hat (Kopp/Schenke, VwGO, 20. Aufl. 2014, § 162 Rn. 11; Sodan/Ziekow, § 162 Rn. 67).

Dementsprechend ist jedenfalls in **verwaltungsgerichtlichen Prozesskostenhilfverfahren** (ebenso für zivilgerichtliche Verfahren: Musielak, § 121 Rn. 18 a, m.w.N.; Lissner/Dietrich/Eilzer/Germann/Kessel, Beratungshilfe mit Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, 2. Aufl. 2014, Rn. 630) auch ein nicht im Bezirk des ProzessGer. niedergelassener Rechtsanwalt in der Regel dann unbeschränkt beizuordnen, wenn dieser am Wohnsitz des Ast. oder in dessen Nähe ansässig ist (OVG Bautzen, Beschl. v. 11.04.2011 – 2 D 69/10, BeckRS 2011, 50331; VGH Mannheim, Beschl. v. 29.01.2008 – 11 S 1422/07; VGH München, Beschl. v. 30.11.2006 – 12 C 06.1924, JurBüro 2007, 150 = BeckRS 2006, 360245; OVG Weimar, Beschl. v. 23.04.2001 – 3 KO 827/98; OVG Koblenz, NVwZ-RR 1990, 280; Bader u.a., VwGO, 6. Aufl. 2014, § 166 Rn. 41).“ (VGH Mannheim aaO.)



## Steuerrecht

ESTG  
§ 3 Nr. 51

### Steuerfreiheit von Trinkgeldern Freiwilligkeit der Zahlungen

Est

(BFH in DB 2015, 2244; Urteil vom 18.06.2015 – VI R 37/14)

1. Freiwillige Zahlungen von Spielbankkunden an die Saalassistenten einer Spielbank für das Servieren von Speisen und Getränken können steuerfreie Trinkgelder i.S.d. § 3 Nr. 51 EStG sein.
2. Die Steuerfreiheit entfällt nicht dadurch, dass der Arbeitgeber als eine Art Treuhänder bei der Aufbewahrung und Verteilung der Gelder eingeschaltet ist.

StBerG  
§ 4 Nr. 4

### Hilfeleistung in Steuersachen Eingeschränkte Befugnis des Hausverwalters

BerufsR

(BFH in NJW 2015, 2607; Urteil vom 10.03.2015 – VII R 12/14)

1. § 4 Nr. 4 StBerG erlaubt nur eine Hilfeleistung in Steuersachen „**hinsichtlich des Vermögens**“ und der **daraus erzielten Einkünfte**.
2. Bei einem **Hausverwalter** umfasst dies nicht die Erstellung oder Abgabe der **Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen sowie der Umsatzsteuererklärung**. Insofern sind nur Vorarbeiten zulässig, die sich auf die Einkünfte bzw. Umsätze aus dem die Hausverwaltung betreffenden Mietwohngrundstück beschränken.

**Fall:** Der Kl. ist als Immobilienmakler, Hausverwalter und öffentlich bestellter und vereidigter Gutachter tätig. Mit S und D schloss er einen Hausverwaltervertrag über ein Mietwohngrundstück. Eigentümerin des Grundstücks war eine aus S und D bestehende Grundstücksgemeinschaft. Nach dem Hausverwaltervertrag übernahm der Kl. gegen gesondert zu vereinbarende Gebühren auch die „gesonderte Jahresabrechnung“ sowie die „Feststellung der Einkünfte aus Vermietungen und Verpachtungen für die Steuererklärungen, soweit sie das Verwaltungsobjekt betreffen“. Im Jahr 2009 reichte die Grundstücksgemeinschaft die Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen sowie die Umsatzsteuer-Jahreserklärung für 2008 ein. Der Kl. hatte hieran mitgewirkt und berechnete für die Ermittlung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sowie für die Erstellung der Steuererklärungen gesonderte Gebühren. Die Steuererklärungen wurden von dem bekl. Finanzamt abschließend bearbeitet. Nach Eingang der Steuererklärungen für das Jahr 2009 wies das Finanzamt mit Bescheid vom 09.11.2010 den Kl. gem. § 80 V AO als Beistand der Grundstücksgemeinschaft zurück. Zu Recht?

Nach § 80 V AO sind Bevollmächtigte und Beistände zurückzuweisen, wenn sie geschäftsmäßig Hilfe in Steuersachen leisten, ohne dazu befugt zu sein. Für den Kl. als Hausverwalter kann sich eine solche Befugnis allein aus § 4 Nr. 4 StBerG ergeben. Diese Regelung gilt für Verwahrer und Verwalter fremden oder zu treuen Händen oder zu Sicherungszwecken übereigneten Vermögens, soweit sie hinsichtlich dieses Vermögens Hilfe in Steuersachen leisten.

#### I. Hausverwalter als Vermögensverwalter

„Der BFH (Urt. v. 09.11.1982 – VIII R 217/79, BeckRS 1982, 05474) hat entschieden, § 4 Nr. 4 StBerG sei **nicht restriktiv** ausulegen. Insbesondere setze die **Verwaltertätigkeit keine Verfügungsmacht über das verwaltete Vermögen** voraus. Darüber hinaus sei die Hilfe in Steuersachen nicht nur hinsichtlich des verwalteten Vermögens, sondern **auch hinsichtlich der Einkünfte aus dem verwalteten Vermögen** erlaubt. Derjenige, dem der Steuerpflichtige die Vermögensverwaltung übertragen habe, solle die steuerlichen Angelegenheiten dieses Vermögens miterledigen können, wobei an seine steuerliche Qualifikation keine höheren Anforderungen zu stellen seien als an die Steuerpflichtigen selbst. Ein Vermögen brauche im Übrigen nicht aus mehreren Vermögensgegenständen zu bestehen. Der Senat schließt sich der Rechtsprechung des VIII. Senats an.“ (BFH aaO.)

#### II. Umfang der zulässigen Hilfeleistung

Allerdings erlaubt § 4 Nr. 4 StBerG nur eine **Hilfeleistung „hinsichtlich des Vermögens“ und der daraus erzielten Einkünfte**.

„Wie das FG zutreffend ausgeführt hat, darf ein **Hausverwalter** deshalb den aus dem Mietwohngrundstück erzielten **Einnahmen-Ausgaben-Überschuss** ermitteln, über **Abschreibungsmöglichkeiten** beraten und die entsprechende **Anlage zur Einkommensteuererklärung ausfüllen**. Entsprechende – auf die Einkünfte bzw. Umsätze aus dem Mietwohngrundstück beschränkte – **Vorarbeiten** sind darüber hinaus auch im Rahmen einer Erklärung über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Besteuerungsgrundlagen sowie im Rahmen von Umsatzsteuererklärungen zulässig.

Insbesondere ist die Befugnis nach § 4 Nr. 4 StBerG nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil sich die **Hausverwaltung lediglich auf den einzelnen Vermögensgegenstand Mietwohngrundstück** bezieht (m. umfangreichen weiteren Nachweisen) Eine solche Einschränkung lässt sich der weiten Formulierung „Verwahrer und Verwalter“ in § 4 Nr. 4 StBerG nicht entnehmen, auch wenn der Hausverwalter in der für die Rechtsberatung geltenden Parallelvorschrift des Art. 1 § 5 Nr. 3 RBerG zusätzlich zum Vermögensverwalter genannt wurde (nunmehr § 5 II Nr. 2 RDG). Vielmehr zeigt die allgemeine Einbeziehung der Treuhandabreden und insbesondere der Sicherungsübereignungen, dass sich die Verwaltung nach § 4 Nr. 4 StBerG auch auf einzelne Vermögensgegenstände beziehen darf.

Bei einem Hausverwalter ist die zulässige Hilfeleistung „hinsichtlich des Vermögens“ aber überschritten, wenn es um die **Erstellung oder gar Abgabe der vollständigen Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen oder der Umsatzsteuererklärung** geht. Da sich diese Erklärungen nicht allein auf das Grundstück beziehen, sondern auch die persönlichen Verhältnisse des Erklärungsspflichtigen und dessen weitere Tätigkeiten umfassend

berücksichtigen müssen, fehlt ein ausreichender sachlicher Zusammenhang mit der Verwaltung des Mietwohngrundstücks und dessen Einkünften.“ (BFH aaO.)

---

UStG  
§ 1 I Nr. 1,

**Verkauf über Ebay  
Umsatzsteuerbarkeit**

SteuerR

(BFH in DB 2015, 2370; Urteil vom 12.08.2015 – XI R 43/13)

Wer **planmäßig, wiederholt und mit erheblichem Organisationsaufwand** mindestens 140 fremde Pelzmäntel über eine elektronische Handelsplattform (z.B. „eBay“) in eigenem Namen verkauft, wird damit unternehmerisch (wirtschaftlich) tätig.

**Fall:** Die Klägerin, eine selbstständige Finanzdienstleisterin, verkaufte in den Jahren 2004 und 2005 über zwei "Verkäuferkonten" bei der Internet-Handelsplattform eBay an einzelne Erwerber mindestens 140 Pelzmäntel für insgesamt circa 90.000 Euro. Die Klägerin gab dazu an, im Zuge der Auflösung des Haushalts ihrer verstorbenen Schwiegermutter habe sie deren umfangreiche private Pelzmantelsammlung, die diese zwischen 1960 und 1985 zusammengetragen habe, über eBay veräußert. Die unterschiedliche Größe der verkauften Pelze resultiere daraus, dass sich eine Kleidergröße "schon mal ändern" könne. Der Verkauf einer privaten Sammlung sei keine unternehmerische Tätigkeit. Nachdem das Finanzamt aufgrund einer anonymen Anzeige von den Verkäufen erfahren hatte, setzte es für die Verkäufe Umsatzsteuer fest. Es hielt die Angaben der Klägerin für nicht glaubhaft. Das Finanzgericht gab der Klage statt. Es führte zur Begründung aus, die Klägerin sei nicht unternehmerisch tätig geworden, weil sie lediglich Teile einer Privatsammlung verkauft habe.

Der BFH ist dieser Beurteilung nicht gefolgt, sondern hat die **Umsatzsteuerpflicht** der Verkäufe bejaht. Die Auffassung des FG, die Klägerin habe - vergleichbar einem Sammler - eine private Pelzmantelsammlung verkauft, hielt einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Mit der Tätigkeit eines **privaten Sammlers** hat die Tätigkeit der Klägerin nichts zu tun. Denn diese hat nicht eigene, sondern fremde Pelzmäntel - die (angebliche) "Sammlung" der Schwiegermutter - verkauft. Nicht berücksichtigt hat das FG, dass die verkauften Gegenstände (anders als zum Beispiel Briefmarken, Münzen oder historische Fahrzeuge) keine Sammlerstücke, sondern Gebrauchsgegenstände sind. Angesichts der unterschiedlichen Pelzarten, -marken, Konfektionsgrößen und der um bis zu zehn Zentimeter voneinander abweichenden Ärmellängen ist nicht ersichtlich, **welches "Sammelthema" verfolgt** worden sein sollte.

**Maßgebliches Beurteilungskriterium** dafür, ob eine unternehmerische Tätigkeit vorliegt, ist, ob der Verkäufer, wie zum Beispiel ein Händler, **aktive Schritte zur Vermarktung unternommen** und sich ähnlicher Mittel bedient hat. Davon ist der BFH in der vorliegenden Konstellation ausgegangen. Der Hinweis der Klägerin auf die begrenzte Dauer ihrer Tätigkeit führte zu keiner anderen Beurteilung.

---

AO  
§ 152 I

**Verspätungszuschlag**

FinanzverfR

**Maßgeblichkeit der Höhe der Abschlusszahlung**

(BFH in BB 2015, 2664; Urteil vom 18.08.2015 – V R 2/15)

Neben der **Anzahl und Dauer der Verspätung** ist der **Höhe der Abschlusszahlung** ein erhebliches Gewicht beizumessen. Die Höhe der Abschlusszahlung stellt die Richtschnur für die Bemessung der Höhe des Zuschlages dar.

Zwar kann ein Verspätungszuschlag **aus erzieherischen Gründen** auch dann festgesetzt werden, wenn die geschuldete Steuer aufgrund der Voranmeldungen fast oder insgesamt bereits gezahlt worden war. Ein die Abschlusszahlung übersteigender Verspätungszuschlag kann aber **nur bei besonderer Schwere der Umstände** des Einzelfalls festgesetzt werden.

---

EStG  
§ 9 I 1

**Absetzbarkeit der Kosten für Geburtstagsfeier  
Bei gleichzeitig beruflichem Anlass**

ESt

(BFH in DB 2015, 2484; Urteil vom 08.07.2015 – VI R 46/14)

Aufwendungen eines Arbeitnehmers für eine **Feier aus beruflichem** (Bestellung zum Steuerberater) **und privatem Anlass** (Geburtstagsfeier) können teilweise als **Werbungskosten abziehbar** sein.

Der als Werbungskosten abziehbare Betrag der Aufwendungen kann anhand der **Herkunft der Gäste aus dem beruflichen/privaten Umfeld** des Stpfl. abgegrenzt werden, wenn die Einladung der Gäste aus dem beruflichen Umfeld (nahezu) ausschließlich beruflich veranlasst ist. Hiervon kann insb. dann auszugehen sein, wenn nicht nur ausgesuchte Gäste aus dem beruflichen Umfeld eingeladen werden, sondern die Einladungen nach abstrakten berufsbezogenen Kriterien (z.B. alle Auszubildenden, alle Zugehörigen einer bestimmten Abteilung) ausgesprochen werden.

---

## Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Skamel:** Verfahrensaussetzung bei Prozessaufrechnung mit rechtshängiger Gegenforderung (in: NJW 2015, 2460)

Dass der Beklagte mit einer anderweitig rechtshängigen Forderung aufrechnen kann, ist nahezu allgemein anerkannt. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Prozess, in dem die Forderung eingeklagt ist, oder der Prozess, in dem die Forderung zur Aufrechnung gestellt wird, ausgesetzt werden kann, ist dagegen umstritten. Vor dem Hintergrund einer aktuellen Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. untersucht der Beitrag die diskutierten Lösungsvorschläge und verdeutlicht Zweckmäßigkeitskriterien.

2. **Hoffmann/Schneider:** Die Rücksendung der Ware als Widerrufserklärung (in: NJW 2015, 2529)

Seit dem Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes zur Verbraucherrechte-Richtlinie wird verbreitet angenommen, die kommentarlose Rücksendung der Ware sei nicht mehr als Widerrufserklärung anzusehen. Der Beitrag zeigt auf, dass diese Auffassung im Wesentlichen auf einer Äußerung in den Gesetzgebungsmaterialien beruht, die ein Fehlverständnis der zu Grunde liegenden Richtlinie wiedergibt. Die kommentarlose Rücksendung der Ware ist richtigerweise weiterhin in den meisten Fällen eindeutig als Widerrufserklärung auszulegen.

3. **Sittard/Rawe:** Der Mindestlohn und das BVerfG (in: NJW 2015, 2695)

Bereits wenige Monate nach seinem Inkrafttreten stand für das MiLoG die erste verfassungsrechtliche Härteprüfung an. Diese hat das MiLoG überstanden, weil das BVerfG die ersten unmittelbar gegen das Gesetz gerichteten Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen hat. Das heißt jedoch noch lange nicht, dass Karlsruhe dem MiLoG „seinen Segen erteilt“ hat; gerade im Hinblick auf die (angeblich) uneingeschränkte Mindestlohngeltung im grenzüberschreitenden Verkehr zeigt sich das BVerfG durchaus kritisch und wirft mehrere verfassungs- und europarechtliche Fragen auf. Im Folgenden sollen die drei aktuellen Entscheidungen der 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG zum Mindestlohn einer kurzen Analyse unterzogen werden

4. **Zscheschack/Brücher:** Die „begleitete Räumung“ bei Suizidankündigungen in der Räumungsvollstreckung (in: ZMR 2015, 745)

Suizidankündigungen im Rahmen von Räumungsvollstreckungen sind ständige Praxis der Vollstreckungsgerichte und Beschwerdekammern. Derartige Fälle, die von beiden Parteien mit hohem Nachdruck betrieben werden, stellen die Gerichte immer wieder vor tatsächlich und rechtlich schwierige Fragestellungen. Im Folgenden soll aus der Sicht der Praxis ein Überblick über die Probleme gegeben und ein Lösungsansatz unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung zu diesem Themenkreis aufgezeigt werden.

5. **Woitkewitsch:** Vertragswiderruf – Wertersatz und Nutzungsentschädigung bei fehlerhafter Belehrung (in: MDR 2015, 1157)

Nach Abschluss eines Verbrauchervertrags steht dem Kunden regelmäßig ein zweiwöchiges Widerrufsrecht zu (§ 355 BGB). Bei Abschluss eines Fernabsatz-, Haustür- oder kreditfinanzierten Geschäfts ist der Verbraucher auf seine gesetzlichen Rechte hinzuweisen. Wird der Verbraucher fehlerhaft belehrt, kann er den bereits vollzogenen Vertrag unter Umständen noch nach Jahren widerrufen. Insbesondere in diesen Altfällen stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Kunde für den zwischenzeitlichen Gebrauch der zurück zu gewährenden Sache Wert- oder Nutzungersatz schuldet. Hierbei ist zu beachten, dass das Deutsche Verbraucherrecht durch das VerbrRRL-UG umfassend modifiziert wurde.

### II. Strafrecht

1. **Böhm:** Die strafrechtliche Abwesenheitsverhandlung im Berufungsverfahren (in: NJW 2015, 3132)

Die im Juli 2015 eingeführten Vorschriften zur Änderung der StPO und des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen werden die Rechtspraxis vor allem im Hinblick auf die nunmehr mögliche Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens in der Berufungshauptverhandlung erheblich

beeinflussen. Die in § 329 II StPO insoweit vorgesehene Möglichkeit der Vertretung des Angeklagten durch einen Verteidiger trägt jedoch der Rechtsprechung des EGMR nur teilweise Rechnung. Es bedarf daher einer konventionsfreundlichen Auslegung, wonach eine solche Vertretung nur dann ausscheidet, wenn die Anwesenheit des Angeklagten zur Wahrheitsfindung wirklich unerlässlich ist.

**2. Warg:** Der Begriff der Akte und ihre Vorlage im Strafverfahren (in: NJW 2015, 3195)

Akten sind ein entscheidendes Handwerkszeug von Behörden und Gerichten und das wesentliche Instrument, um das Ob und Wie ihrer Tätigkeit zu dokumentieren. Es ist daher erstaunlich, dass Gesetzgeber und Rechtsprechung es bislang für wenig dringlich erachtet haben, der großen Tragweite des Aktenbegriffs durch eine saubere (Legal-)Definition Rechnung zu tragen.

Ohne Akten (egal, ob elektronisch, konventionell in Papierform oder als Hybridakte) ist das Handeln der Staatsgewalten kaum nachweisbar. Man scheint diesen Umstand augenzwinkernd mit dem Bonmot „Quod non est in actis, non est in mundo!“ hinzunehmen und damit indirekt zu akzeptieren, dass es die Akteure in Behörden und Gerichten selbst in der Hand hätten zu bestimmen, was Aktenbestandteil und damit Ausdruck, Beleg und Verantwortung des eigenen Tuns sein soll. Dabei ist es gerade im Strafverfahren angesichts der Bedeutung, die die schriftlich niedergelegten Beweismittel für ein faires und transparentes Verfahren haben, ein Manko, dass weder die StPO noch andere Vorschriften (mit Ausnahme des § 46 II BDSG) definieren, was „Akte“ ist bzw. zu ihrem Inhalt zählt – und was gerade nicht. Auch Verwaltungsbehörden müssen wissen, welche Unterlagen sie als beweiserhebliche „Akten“ im Straf- bzw. Verwaltungsstreitverfahren vorlegen müssen oder im Fall überwiegender Staatswohlbelange sperren können. Schließlich ist eine Beschreibung der Akte und ihres notwendigen Inhalts unverzichtbar, um den Umfang der (anwaltlichen) Akteneinsicht festlegen zu können (§ 147 StPO, § 29 VwVfG). Der Beitrag plädiert für einen materiellen Aktenbegriff und dessen Anwendung in der Verfahrenspraxis.

**3. Wessing:** Strafrechtliche Risiken des Insolvenzverwalters beim Umgang mit Geldwäschesachverhalten (in: NZI 2015, 913)

Die Strafbarkeitsrisiken für Insolvenzverwalter sind vielfältig. Neben klassischen Delikten wie Untreue (§ 266 StGB), Bankrott (§ 283 StGB) und Betrug (§ 263 StGB) stehen steuerstrafrechtliche Probleme oder eine Strafbarkeit wegen Nichtabführens von Arbeitnehmerbeiträgen im Raum (§ 266 a StGB; allg. zu den Strafbarkeitsrisiken des Insolvenzverwalters s. Richter, NZI 2002, 121; ebenfalls Wessing, NZI 2003, 1). Häufig ergeben sich die Strafbarkeitsrisiken dabei spiegelbildlich zu denjenigen, die mit dem Betrieb des schuldnerischen Unternehmens einhergehen. Ein bislang wenig erörtertes Problem stellen hierbei Verfehlungen im Umgang mit Geldwäschesachverhalten dar. Deren Bedeutung hat auf Grund der in den letzten Jahren stetig wachsenden Dynamik der internationalen Geldwäschebekämpfung zugenommen und auch vor dem deutschen Strafrecht nicht halt gemacht. Die maßgebliche strafrechtliche Vorschrift, § 261 StGB, wird im Hinblick auf die internationalen Vorgaben speziell des EU-Rechts als teilharmonisierte Strafbestimmung verstanden und im Folgenden auf ihre Anwendbarkeit auf typisches Verwalterhandeln hin untersucht.

### III. Öffentliches Recht

**1. Müller-Bernhardt:** Vorbereitung und Ablauf der mündlichen Verhandlung (in: NWVBI 2015, 361)

Die mündliche Verhandlung bildet den Mittelpunkt des Prozesses. Sie erfüllt zum einen wichtige rechtsstaatliche Funktionen, wenn man etwa an die Öffentlichkeit denkt. Sie gewährleistet zum anderen – wie das Bundesverwaltungsgericht es betont – dass die gerichtliche Entscheidung das Ergebnis eines diskursiven Prozesses zwischen Gericht und den Beteiligten sein soll. Für die Parteien erfüllt die mündliche Verhandlung aber nicht nur wichtige kommunikative Funktionen; sie vermag darüber hinaus die Rechtsfindung für sie erfahrbar und transparent zu machen. Sie trägt damit entscheidend auch zur Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen bei und ist deswegen von besonderer Bedeutung auch für die Außenwirkung der gerichtlichen Tätigkeit und der Justiz allgemein.

Das sind hohe Ansprüche. Sie können mit einer nur auf die Vermeidung von Verfahrensfehlern abzielenden Verhandlungsführung noch nicht erreicht werden.

**2. Schulte-Trux:** Zulassung der Berufung – Zulassungsquoten und Darlegungsanforderungen (in: NWVBI 2015, 364)

Nachdem es mehr als 50 Jahre lang eine Selbstverständlichkeit war, dass im Verwaltungsstreitverfahren Berufung eingelegt werden konnte, ohne dass dies von einer Zulassung abhängig war, hat der Gesetzgeber bekanntlich 1997 mit dem 6. VwGO-Änderungsgesetz das Zulassungsverfahren auch

schon für die Berufungsinstanz eingeführt. Seitdem kann das Berufungsgericht ohne ausdrückliche Zulassung der Berufung seine Rechtsschutzkompetenz nicht ausüben

3. **Scheidler:** Die neue Befreiungsvorschrift des § 246 X BauGB und ihr Verhältnis zu § 31 II BauGB (in: NVwZ 2015, 1406)

Um einen bauplanungsrechtlichen Beitrag zur Bewältigung der stark angestiegenen Zuwanderung von Flüchtlingen nach Deutschland zu leisten, hat der Gesetzgeber mit dem am 26.11.2014 in Kraft getretenen Flüchtlingsunterbringungs-Maßnahmengesetz die neue Befreiungsvorschrift des § 246 X BauGB geschaffen, die es – zeitlich befristet bis 31.12.2019 – ermöglicht, in Gewerbegebieten für Flüchtlingsunterkünfte Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans auszusprechen. Die Norm wirft eine Reihe von Fragen auf, zu denen inzwischen erste obergerichtliche Entscheidungen vorliegen, so auch im Hinblick auf das Verhältnis des § 246 X BauGB zur Befreiungsvorschrift des § 31 II BauGB.

4. **Reich:** Die Rückzahlung beamtenrechtlicher Fortbildungskosten (in: DÖV 2015, 957)

Die Fortbildung der Beamtinnen und Beamten dient der Verbesserung ihrer dienstlichen Leistung. Doch auch die Beamtin und der Beamte können ein Interesse am Besuch einer Fortbildungsveranstaltung haben, weil ihre Eignung erhöht wird und sie damit hier oder andernorts eine höhere Besoldung erreichen. Deshalb geht der Beitrag der Frage nach, ob von einer Beamtin oder einem Beamten mit oder ohne entsprechende Dienstvereinbarung die Erstattung der Fortbildungskosten verlangt werden kann, wenn sie nach ihrer eigenen Entscheidung vorzeitig ausscheiden.

5. **Herberger:** Öffentlich-rechtliche Probleme von Facebook-Partys (in: VBIBW 2015, 445)

Im Anschluss an eine kurze empirische Betrachtung zum Phänomen Facebook-Partys werden die juristischen Aspekte des Umgangs damit behandelt, soweit sie dem öffentlichen Recht angehören. Dabei wird zwischen den verschiedenen Phasen einer solchen Party differenziert. Die jeweiligen polizeilichen Reaktionsmöglichkeiten werden aufgezeigt und analysiert. Eine besondere rechtliche Problematik ergibt sich daraus, dass die Teilnehmerinnen und Teilnehmer an solchen Partys oft minderjährig sind und streitig ist, ob ein Minderjähriger tauglicher Adressat eines Kostenbescheids sein kann. Abschließend wird dafür plädiert, dass die Polizei IT-gestützte Analysen einsetzt, um automationsgestützt bevorstehende öffentliche Facebook-Partys zu erkennen und darauf zu reagieren.

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

1. **Schillhorn:** Vorbereitung und Ablauf der mündlichen Verhandlung – aus anwaltlicher Sicht (in: NWVBI 2015, 362)

Die Tätigkeit des Anwaltes im verwaltungsgerichtlichen Verfahren beginnt deutlich vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung, häufig bereits während des Verwaltungsverfahrens, jedenfalls aber vor Erhebung der Klage. Die intensivste Befassung des Anwalts mit der Sach- und Rechtslage findet noch vor Erhebung der Klage statt. Der Anwalt hat den Sachverhalt zu ermitteln und zu erarbeiten sowie die Rechtslage zu prüfen, damit eine Einschätzung über die voraussichtlichen Erfolgsaussichten der Klage abgegeben werden kann. Der nächste wesentliche Schritt der anwaltlichen Befassung im verwaltungsrechtlichen Verfahren ist die Klagebegründung. Nach Auswertung der Verwaltungsvorgänge stellt diese das Kernstück der anwaltlichen Tätigkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren dar.

2. **Johlen:** Die Zulassung der Berufung aus anwaltlicher Sicht (in: NWVBI 2015, 366)

Den zum 01.01.1997 erfolgten Fortfall der zulassungsfreien Berufung hat die Anwaltschaft als eine erhebliche Einschränkung des Rechtsschutzes empfunden. Ihre Folgen wurden allerdings durch die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte gemildert, soweit diese aus dem Zulassungsverfahren ein „kleines Berufungsverfahren“ gemacht haben. Manche Entscheidungen, in denen ein Zulassungsantrag abgelehnt wurde, lesen sich wie „kleine Berufungsurteile“, in denen die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung mit den im Zulassungsverfahren zur Verfügung stehenden Erkenntnismitteln überprüft und bestätigt wurde. Die Nähe zum Berufungsverfahren wird auch dadurch gefördert, dass im Zulassungsverfahren neues Vorbringen, sofern es sich auf den dem erstinstanzlichen Urteil zugrundeliegenden Streitgegenstand bezieht, zulässig ist, Ermessenserwägung nachgeschoben werden können, eine Änderung der Sach- und Rechtslage, z.B. durch den Erlass einer neuen Satzung, berücksichtigt werden muss und auch eine Anfechtung möglich ist, wenn ihretwegen die Richtigkeit des den Leistungsbescheid bestätigenden Urteils angezweifelt werden kann. Wurde eine Untätigkeitsklage erhoben, so kann ein Ablehnungsbescheid, der nach dem klageabweisenden Urteil erging, in das Zulassungsverfahren eingeführt werden.

Zulassung dürfte auch Fortsetzungsfeststellungsantrag sein, wenn sich das Verfahren nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils erledigt hat, z.B. durch den Erlass einer Veränderungssperre, die der Verpflichtungsklage den Boden entzieht.

Gleichwohl: Das Zulassungsverfahren bleibt ein „kleines Berufungsverfahren“, das die Qualität eines voll ausgebildeten Rechtsmittels mit den Möglichkeiten einer Beweisaufnahme und einer mündlichen Verhandlung nicht erreicht. Bemerkenswert ist auch, dass im Gesetzgebungsverfahren der Fortfall der zulassungsfreien Berufung u.a. damit begründet wurde, dass ja dem Verwaltungsprozess ein zweistufiges Verwaltungsverfahren mit Überprüfung der Ausgangsentscheidung durch die Widerspruchsbehörde vorangegangen sei, man sich also mit der Berufung sozusagen schon in einer dritten Instanz befinde. Das war allerdings ein Scheinargument; denn das Widerspruchsverfahren hat sich in der Praxis als ernstzunehmende Rechtsmittelinstanz nicht bewährt. Es ist inzwischen auch weitgehend weggefallen, ohne dass deswegen über die Wiedereinführung der zulassungsfreien Berufung nachgedacht würde.

**3. Müller:** Elektronische Datenträger als Anlagen notarieller Urkunden? (in: NJW 2015, 3271)

Mitunter wird bei Beurkundungen der Wunsch an den Notar herangetragen, einen elektronischen Datenträger als Anlage zur Urkunde zu nehmen. Das ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Der Beitrag geht dem beurkundungsrechtlich nach und beschäftigt sich auch mit der bisher kaum erörterten Frage, ob bzw. wie dann Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften erstellt werden können. Er schließt mit der Empfehlung, den elektronischen Datenträger stattdessen in notarielle Verwahrung zu geben.

**4. Kilian/Rimkus:** Der elektronische Rechtsverkehr mit den Gerichten: Besonderes elektronisches Anwaltspostfach ante portas (in: BRAK-Mitt. 2015, 216)

Mit Wirkung zum 01.01.2016 ändert sich der Zugang zum elektronischen Rechtsverkehr. Die Kommunikation zwischen Justiz und Rechtsanwälten wird nach dem Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten über das besondere elektronische Anwaltspostfach erfolgen. Für Notare wird das besondere elektronische Notarpostfach zur Verfügung stehen. Der folgende Beitrag skizziert die neuen gesetzlichen Bedingungen und beleuchtet auf der Grundlage einer aktuellen Befragung durch das Soldan Institut, wie die Anwaltschaft auf die kommende Entwicklung vorbereitet ist.

# 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



