



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

40. Jahrg.

September 2015

Heft 09

---

## Aus dem Inhalt

- BGH:** Rücktritt vom Vertrag bei "TÜV neu"
- BGH:** Lärm von nachträglich errichtetem Schulhof-Bolzplatz
- BGH:** Verhältnis von Vor- und Anschlussstat beim Verdeckungsmord
- OVG Magdeburg:** Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten
- BGH:** Verjährungshemmung bei Falschangaben im Mahnbescheid
- BVerfG:** Eilzuständigkeit für Wohnungsdurchsuchung
- BVerfG:** Geltendmachung der Ergänzungsbedürftigkeit einer Norm

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](mailto:info@juridicus.de)

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

BVerfG:	Durchsuchung bei Presseorganen (Nicht wegen möglicher Straftaten von Informanten).....	1
---------	-------------------------------------------------------------------------------------------	---

### Zivilrecht

BGH:	Rücktritt vom Vertrag (Fehlende Verkehrssicherheit eines als „TÜV neu“ verkauften Fahrzeugs).....	2
BGH:	Mangel der Mietwohnung (Lärm von nachträglich errichtetem Schulhof-Bolzplatz).....	5

### Strafrecht

BGH:	Betrug (Nicht offengelegte Vermittlungsprovision).....	9
BGH:	Verdeckungsmord (Verhältnis von Vor- und Anschlussstat).....	12

### Öffentliches Recht

OVG Magdeburg:	Baunachbarrecht (Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten).....	14
OVG Lüneburg:	Untersagung eines Spielhallenbetriebs (Gewerbefähigkeit einer Personengesellschaft).....	19

### Kurzauslese I

OLG Hamm:	Auslegung eines Testaments (Ermittlung des wahren Willens).....	23
BGH:	Betrieb eines Kraftfahrzeugs (Einsatz als reine Arbeitsmaschine).....	23
BGH:	Fristsetzung zur Nacherfüllung (Inhaltliche Anforderungen).....	24
BGH:	Beendeter Versuch (Für-Möglich-Halten des Erfolgseintritts).....	25
OLG Bamberg:	Notstandsähnliche Situation (Abstandsverstoß auf BAB).....	26
BVerfG:	Beleidigung der Polizei („FCK CPS“).....	26
OLG Karlsruhe:	Amtshaftung (Hundebisse bei Festnahme) .....	27
VG Köln:	Polizeiliche Wohnungsweisung (Anforderungen an Rechtmäßigkeit).....	28

### Zivilrecht

BaWüStGH:	Justizgewährungsanspruch (Anforderungen an Berufungsbegründung).....	29
BGH:	Verjährungshemmung durch Mahnbescheid (Bewusst falsche Angaben im Mahnantrag).....	32

### Strafrecht

BVerfG:	Wohnungsdurchsuchung (Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden).....	35
BVerfG:	Rechtswegerschöpfung (Sitzungspolizeiliche Anordnungen in Strafsachen).....	39

### Öffentliches Recht

OVG Lüneburg:	Aufenthaltsverbot (Feststellungsinteresse für Fortsetzungsfeststellungsklage).....	41
BVerfG:	Unzulässiger Normenkontrollantrag (Geltendmachung der Ergänzungsbedürftigkeit einer Norm).....	44

**Kurzauslese II**

BGH:	„Berliner Modell“ (Kosten einer Räumung).....	46
BGH:	Berufungsbegründung (Fristverlängerung um weniger als 1 Monat).....	46
BGH:	Heilung und „Demnächst-Zustellung“ (Prozessunfähiger Empfänger).....	47
BGH:	Rechtskraftwirkung eines Adhäsionsurteils (Unbezifferter Schmerzensgeldantrag).....	48
OLG Schleswig:	Verlesung polizeilicher Email-Korrespondenz (Unbezifferter Schmerzensgeldantrag).....	49
LG Regensburg:	Haftgrund Wiederholungsgefahr (Anforderungen an Schweregrad).....	50
BVerwG:	Unangemessen lange Verfahrensdauer (Kein Verfahrensmangel).....	50
VGH Mannheim:	Abänderung eines Beschlusses nach § 80a III VwGO (Inkrafttretens von § 246 X BauGB).....	51
OVG Hamburg:	Hauptsacheerledigung (Unwirksamkeit einer Entscheidung).....	52

**Speziell für Rechtsanwälte und Notare**

**Gebühren und Kosten**

OLG Bamberg:	Streitwertbestimmung im Rechtsmittelverfahren (Keine Zusammenrechnung bei demselben Gegenstand).....	53
OVG Münster:	Terminsgebühr (Konkludenter Aufruf).....	53
BVerfG:	Versagung von PKH (Berufungszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung).....	54
LG Stuttgart:	Beordnung eines Rechtsanwalts (Mahnverfahren).....	55

**Aus der Praxis**

BVerfG:	Schockwerbung (Strenge Regeln für Rechtsanwälte).....	56
BGH Hamburg:	Anwaltsnotare (Altersgrenze).....	57
BGH:	Zulässigkeit der Feststellungsklage gegen RSV (Verspätung der Deckungszusage).....	57
BGH:	Anwaltpflichten bei Prozesskostenhilfe Objektiver Wegfall der Bedürftigkeit.....	57

**Steuerrecht**

FG Niedersachsen:	Gewillkürtes Betriebsvermögen (Geldanlagen bei Freiberuflern).....	58
FG Niedersachsen:	Arbeitsvertragliche Zusatzleistungen (Steuerliche Behandlung).....	58
BFH:	Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten (Gerichtlich geltend gemachten Schadensersatzforderungen).....	58
BFH:	Freiwillige Zahlungen an Notarassessoren (Kein Trinkgeld).....	58
BVerfG:	Ersatzbemessungsgrundlage (Verfassungswidrigkeit).....	59
BFH:	Zivilprozesskosten (Außergewöhnliche Belastungen).....	59

<b>Weitere Schrifttumsnachweise:</b> .....	60
--------------------------------------------	----

## Brandaktuell

GG

**Durchsuchung bei Presseorganen**

VerfR

Art. 103

**Nicht wegen möglicher Straftaten von Informanten**

(BVerfG in BeckRS 2015, 51130; Beschluss vom 13.07.2015 – 1 BvR 1089/13, 1 BvR 1090/13)

**Fall:** Der Beschwerdeführer, ein Journalist der Berliner Morgenpost, wurde im Rahmen er Recherche in von dem Polizeioberkommissar N. begleitet, dem er 100 € für die Weitergabe von Informationen gezahlt haben soll. Außerdem stellte N. eine Rechnung über 3.149,07 € an die Chefredaktion der zweiten Beschwerdeführerin, des Zeitungsverlags. Sie endet mit den Worten: "Wegen der Konspirativität in dieser Sache bitte ich um Barauszahlung". Auf diese Rechnung stießen die Ermittlungsbehörden im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens gegen N. wegen Geheimnisverrats (§ 353b StGB). N. stand in dem Verdacht, Daten zu einer geplanten Razzia der Berliner Polizei im Rockermilieu an Journalisten weitergegeben zu haben. Über die bevorstehende Razzia hatte jedoch nicht der Zeitungsverlag vorab berichtet, sondern ein mit diesem nicht in Zusammenhang stehendes Online-Portal.

Im November 2012 wurden das Redaktionsgebäude des Zeitungsverlags sowie die Privatwohnung des Journalisten wegen des Verdachts der Bestechung (§ 334 StGB) durchsucht. Der Durchsuchungsbeschluss stützte sich auf die Zahlung des Journalisten an N. sowie auf die genannte Rechnung. Aufgrund der Heimlichkeit der Reise, des ungewöhnlich hohen Tagessatzes von 500 € sowie der Bitte um konspirative Abrechnung bestehe der Verdacht, dass die von N. für die Zeitung erledigten Tätigkeiten dienstlichen Bezug hätten. Gegen die Durchsuchung haben N. und der Zeitungsverlag Verfassungsbeschwerde eingelegt.

Der Eingriff in die Pressefreiheit in Gestalt der Anordnung der Durchsuchung der Redaktion und der Beschlagnahme der dort gefundenen Beweismittel ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

**I. Schutzbereich**

„Der **Schutzbereich** des Art. 5 I 2 GG ist eröffnet. Die Pressefreiheit umfasst den Schutz vor dem **Eindringen des Staates in die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit** sowie in die Vertrauenssphäre zwischen den Medien und ihren Informanten. Die Freiheit der Medien ist konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung (vgl. BVerfGE 7 198 [208]; 77, 65 [74]; 117, 244 [258]; st. Rspr). Geschützt sind namentlich die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse bzw. Rundfunk und den Informanten.“ (BVerfG aaO.)

**II. Eingriff**

„Eine Durchsuchung in Presseräumen stellt wegen der damit verbundenen Störung der redaktionellen Arbeit und der Möglichkeit einer **einschüchternden Wirkung** eine **Beeinträchtigung der Pressefreiheit** dar. Durch die Anordnung der Beschlagnahme von Datenträgern zum Zwecke der Auswertung ist den Ermittlungsbehörden die Möglichkeit des Zugangs zu redaktionellem Datenmaterial eröffnet worden. Dies greift in besonderem Maße in die vom Grundrecht der Pressefreiheit umfasste Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit ein, aber auch in ein etwaiges Vertrauensverhältnis zu Informanten (vgl. BVerfGE 117, 244 [259 f.] m.w.N.).“ (BVerfG aaO.)

**III. Rechtfertigung**

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

„Nach Art. 5 II GG findet die Pressefreiheit ihre Schranken in den **Vorschriften der allgemeinen Gesetze**. Die **Bestimmungen der StPO** mit ihrer prinzipiellen Verpflichtung für jeden Staatsbürger, zur Wahrheitsfindung im Strafverfahren beizutragen und die im Gesetz vorgesehenen Ermittlungsmaßnahmen zu dulden, sind als allgemeine Gesetze anerkannt; sie müssen allerdings ihrerseits im Lichte dieser Grundrechtsverbürgung gesehen werden (vgl. BVerfGE 77, 65 [75]; 107, 299 [331 f.]; 117, 244 [261]).

Im vorliegenden Fall ging es den Strafverfolgungsbehörden zumindest **vorwiegend um die Ermittlung belastender Tatsachen gegen einen Informanten** aus Polizeikreisen, was auch in dem angefochtenen landgerichtlichen Beschluss deutlich wird.“ (BVerfG aaO.)

## Entscheidungen materielles Recht

BGB

### Rücktritt vom Vertrag

SR BT

§ 434 I 1 **Fehlende Verkehrssicherheit eines als „TÜV neu“ verkauften Fahrzeugs**

(BGH in DAR 2015, 328; Urteil vom 15.04.2015 – VIII ZR 80/14)

1. Den Gebrauchtwagenhändler trifft **keine generelle, anlassunabhängige Obliegenheit**, das Fahrzeug vor dem Verkauf umfassend zu untersuchen. Vielmehr kann er zu einer Überprüfung des Fahrzeugs nur auf Grund besonderer Umstände, die für ihn einen konkreten Verdacht auf Mängel begründen, gehalten sein. Abgesehen von diesen Fällen ist der **Händler** grundsätzlich **nur zu einer fachmännischen äußeren Besichtigung** („Sichtprüfung“) verpflichtet.
2. Die im Kaufvertrag enthaltene Eintragung „**HU neu**“ beinhaltet bei interessengerechter Auslegung die **stillschweigende Vereinbarung**, dass sich das verkaufte Fahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe in einem für die Hauptuntersuchung nach § 29 StVZO geeigneten **verkehrssicheren Zustand befinde** und die **Hauptuntersuchung durchgeführt** sei.
3. Für die Beurteilung, ob die Nacherfüllung für den Käufer gem. § 440 S. 1 Var. 3 BGB unzumutbar ist, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere die **Zuverlässigkeit des Verkäufers**, diesem vorzuwerfende Nebenpflichtverletzungen oder der Umstand, dass der Verkäufer bereits bei dem ersten Erfüllungsversuch, also bei Übergabe, einen **erheblichen Mangel an fachlicher Kompetenz** hat erkennen lassen und das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig gestört ist.

**Fall:** Die Kl. verlangte von dem Bekl., einem gewerblichen Autohändler, die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über einen Gebrauchtwagen sowie die Zahlung von Schadensersatz. Mit Vertrag vom 03.08.2012 kaufte die Kl. von dem Bekl. einen erstmalig am 30.08.1999 zugelassenen OZ mit einer Laufleistung von 144.000 km zum Preis von 5.000 €. Der Kaufvertrag enthält unter der Rubrik „Zubehör/Sonderausstattung“ den Eintrag „HU neu“. Am Tag des Fahrzeugkaufs hatte der Technische Überwachungsverein (TÜV) die Hauptuntersuchung durchgeführt und das Fahrzeug beanstandungsfrei mit einer TÜV-Plakette versehen. Am nächsten Tag fuhr die Kl. zu ihrem rund 900 km entfernten Wohnort. Auf der Fahrt dorthin versagte der Motor auf Grund eines defekten Kraftstoffrelais mehrfach und entstanden der Kl. Kosten für Pannenhilfe und Reparatur i.H.v. 315,99 €. Bei den anschließenden, von der Kl. veranlassten Untersuchungen des Fahrzeugs wurde unter anderem eine starke Korrosion an den Bremsleitungen, den Längsträgern, den Querlenkern, den Achsträgern und dem Unterboden sowie an sämtlichen Zuleitungen zum Motor festgestellt. Die Kl. erklärte daraufhin mit Schreiben vom 30.08.2012 die Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung, hilfsweise den Rücktritt vom Kaufvertrag und begründete dies mit den bei der Untersuchung festgestellten, die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs beeinträchtigenden Mängeln. Der Bekl. behauptet, er habe das Fahrzeug vor dem Verkauf durchgesehen und nur vordergründigen Rost festgestellt; im Übrigen habe er sich auf die Untersuchung des TÜV verlassen. Die Kl. beehrte Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Kraftfahrzeugs sowie Ersatz der Kosten der Pannenhilfe und Reparatur, jeweils zuzüglich Zinsen.

Das AG Hamburg hat die Klage hinsichtlich der Reparaturkosten abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das LG Hamburg der Klage insoweit stattgegeben. Hiergegen wendet sich die Revision des Beklagten.

#### I. **Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages nach § 812 I 1 1. Fall. BGB**

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Rückabwicklung nach Anfechtung des Vertrages nach § 812 I 1 1. Fall. BGB haben.

Der Bekl. hat etwas, nämlich den Kaufpreis erlangt. Fraglich ist, ob dies ohne Rechtsgrund erfolgt ist. Der zunächst wirksam geschlossene Kaufvertrag könnte durch Anfechtung der Kl. gem. § 123 I BGB nach § 142 BGB nichtig sein.

Fraglich ist jedoch, ob eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung hier wirksam erfolgen konnte.

##### 1. **Arglistige Täuschung durch fehlenden Hinweis auf eigene Untersuchung**

Die arglistige Täuschung könnte darin zu sehen sein, dass der Bekl. die Kl. nicht über die unterbliebene Fahrzeuguntersuchung aufgeklärt hatte. Dies würde jedoch voraus-

setzen, dass es eine allgemeine Untersuchungspflicht des Gebrauchtwagenhändlers gibt.

„Nach **ständiger Rechtsprechung des Senats** trifft den Gebrauchtwagenhändler **keine generelle, anlassunabhängige Obliegenheit**, das Fahrzeug vor dem Verkauf **umfassend zu untersuchen** (Senat, NJW 2014, 211 = NZV 2014, 120 Rn. 24; BGHZ 168, 64 = NJW 2006, 2839 Rn. 15; NJW 1983, 217 [unter II 2 b]; NJW 1981, 928 = WM 1981, 323 [unter II 3 b aa]; BGHZ 74, 383 [388 f.] = NJW 1979, 1886; NJW 1977, 1055 [unter III 1 a] m.w.N.). Vielmehr kann er zu einer Überprüfung des Fahrzeugs **nur auf Grund besonderer Umstände**, die für ihn einen konkreten Verdacht auf Mängel begründen, gehalten sein (Senat, NJW 1981, 928; NJW 1983, 217 = NJW 1983, 2428; BGHZ 63, 382 [386 f.] = NJW 1975, 642; BGHZ 74, 383 = NJW 1979, 1886), etwa dann, wenn er die Vorschädigung eines zu veräußernden Fahrzeugs kennt (Senat, NJW 2010, 2426 = NZV 2010, 500 Rn. 29 m.w.N.). Abgesehen von diesen Fällen ist der Händler **grundsätzlich nur** zu einer fachmännischen äußeren Besichtigung („**Sichtprüfung**“) verpflichtet (Senat, NJW 2014, 211 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Mangels Untersuchungspflicht kann daher im fehlenden Hinweis auf die unterbliebene Untersuchung auch keine arglistige Täuschung angenommen werden. Zudem ergibt sich der erforderliche Ursachenzusammenhang zwischen der vermeintlichen arglistigen Täuschung und dem Abschluss des Kaufvertrags nicht ohne weiteres.

„Denn angesichts der **am Tag des Kaufvertrags** durchgeführten, erfolgreichen **Vorführung des Fahrzeugs zur Hauptuntersuchung** versteht es sich nicht von selbst, dass der vom BerGer. für erforderlich gehaltene Hinweis des Bekl., das Fahrzeug nicht selbst untersucht zu haben, **am Kaufentschluss der Kl. etwas geändert hätte.**“ (BGH aaO.)

## 2. Arglistige Täuschung durch Verschweigen der Mängel

Eine arglistige Täuschung kann jedoch auch darin liegen, dass der Bekl. trotz Kenntnis von den schwerwiegenden Mängeln die Kl. hierüber nicht aufgeklärt hat, was ohne weitere ursächlich für den Vertragsschluss gewesen wäre.

„Soweit das BerGer. – ohne nähere Begründung – dagegen angenommen hat, eine Kenntnis des Bekl. von den massiven Durchrostungen und somit eine **arglistige Täuschung durch Verschweigen dieses Mangels** sei nicht erwiesen, hat es den Sachverhalt unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht ausgeschöpft. Denn seine weitere Feststellung, wonach die vom Sachverständigen beschriebenen Durchrostungen schon bei Abschluss des Kaufvertrags vorhanden und derart gravierend gewesen seien, dass sie **bei einer einfachen Sichtprüfung aufgefallen** wären, legt den Schluss nahe, dass der Bekl., der eine solche Sichtprüfung **nach eigenem Vorbringen durchgeführt** hat, diese Mängel entweder positiv gekannt oder zumindest für möglich gehalten hat. Mit dieser sich aufdrängenden Überlegung hätte sich das BerGer. auseinandersetzen müssen. Denn ein Verkäufer verschweigt einen **offenbarungspflichtigen Mangel** bereits dann arglistig, wenn er ihn mindestens für möglich hält und gleichzeitig damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner den Fehler nicht kennt und bei Kenntnis den Kaufvertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (BGH, NJW 2004, 1032 [unter II 1]; NJW 2003, 2380 = NZM 2003, 725 [unter II 2 b] m.w.N.; st. Rspr.).“ (BGH aaO.)

## II. Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages aus §§ 346 I, 437 Nr. 2, 440 S. 1, 323 I, 348 BGB

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages nach §§ 346 I, 437 Nr. 2, 440 S. 1, 323 I, 348 BGB haben.

### 1. Kaufvertrag

Die Parteien haben - zunächst - einen wirksamen Kaufvertrag abgeschlossen.

### 2. Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang

Das Fahrzeug müsste nach § 434 BGB mangelhaft gewesen sein. Hier kommt eine Mangelhaftigkeit wegen des Fehlens einer vereinbarten Eigenschaft nach § 434 I 1 BGB in Betracht.

#### a) Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung

Eine Beschaffenheitsvereinbarung könnte in der im Kaufvertrag enthaltenen Eintragung „**HU neu**“ gesehen werden.

„[Dies] beinhaltet bei **interessengerechter Auslegung** – die der Senat, da keine weiteren Feststellungen zu erwarten sind, selbst vornehmen kann – die **stillschweigende Vereinbarung**, dass sich das verkaufte Fahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe **in einem für die Hauptuntersuchung nach § 29 StVZO geeigneten verkehrssicheren Zustand** befinde und die **Hauptuntersuchung durchgeführt** sei (§ 434 I 1 BGB). Insoweit gilt nichts anderes als für einen in einem Kaufvertrag enthaltenen Zusatz „TÜV neu“ (Senat, BGHZ 103, 275 [280 ff.] = NJW 1988, 1378 m.w.N. [zu § 459 II BGB a.F.]; vgl. fer-

ner Senat, NJW 2013, 2749 = NZV 2013, 482 Rn. 14, 17 [betr. Untersuchung nach § 21 c StVZO a.F. – Oldtimer].“ (BGH aaO.)

### b) Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit

Diesen Anforderungen genügte das Fahrzeug nicht. Es war auf Grund der fortgeschrittenen Korrosion insbesondere an den vorderen Bremsleitungen ungeachtet der dennoch erteilten TÜV-Plakette **nicht verkehrssicher** und auf Grund seines schlechten Gesamtzustandes bei Übergabe nicht so beschaffen, dass ein Betrieb des Fahrzeugs und dessen gefahrlose Nutzung im Straßenverkehr möglich gewesen wären.

Bei Gefahrübergang lag daher ein Sachmangel nach § 434 I 1 BGB vor.

### 3. Wirksamer Rücktritt

Fraglich ist jedoch, ob die Kl. nach §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist. Der Rücktritt setzt grundsätzlich voraus, dass der Käufer dem Verkäufer eine **Frist zur Nacherfüllung** setzt. Dies ist hier nicht erfolgt. Allerdings könnte die Kl. hier gem. § 440 S. 1 BGB auch ohne vorherige Fristsetzung zum Rücktritt berechtigt gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn eine Nacherfüllung für sie nach § 440 S. 1 Var. 3 BGB **unzumutbar** war.

„Für die Beurteilung, ob die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere die **Zuverlässigkeit des Verkäufers** (vgl. BT-Drs. 14/6040, 233 f.), diesem vorzuwerfende Nebenpflichtverletzungen (BT-Drs. 14/6040, 223) oder der Umstand, dass der Verkäufer bereits bei dem ersten Erfüllungsversuch, also bei Übergabe, einen **erheblichen Mangel an fachlicher Kompetenz** hat erkennen lassen (Erman/Grunewald, BGB, 14. Aufl., § 440 Rn. 3; Palandt/Weidenkaff, 20 BGB, 74. Aufl., § 440 Rn. 8; BeckOK BGB/Faust, Stand 01.08.2014, § 440 Rn. 37) und das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig gestört ist (Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2014, § 440 Rn. 25).

Hiervon ist vorliegend auszugehen. Das BerGer. hat – aus seiner Sicht folgerichtig – zwar nicht geprüft, ob die Nacherfüllung für die Kl. hiernach unzumutbar war. Es bedarf hierzu jedoch keiner weiteren tatrichterlichen Feststellungen, weil der Senat die Würdigung auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts selbst treffen kann (vgl. BGHZ 201, 252 = NJW 2014, 3156 Rn. 25 m.w.N.). Hiernach steht fest, dass das als verkehrssicher verkaufte Fahrzeug massive Mängel in Form fortgeschrittener Korrosion an sicherheitsrelevanten Bauteilen aufwies, die bereits **bei einer ordnungsgemäß durchgeführten einfachen Sichtprüfung ohne Weiteres erkennbar** gewesen wären. Der Bekl. hat das Ausmaß des von ihm – nach seinem eigenen Vorbringen – bemerkten „vordergründigen Rosts“ zumindest fahrlässig verkannt (vgl. Senat, NJW 2004, 1032 [unter III 1, 2 m.w.N.]). Angesichts dieser Umstände hat die Kl. **nachvollziehbar jedes Vertrauen in die Zuverlässigkeit und Fachkompetenz des Bekl. verloren**. Der Umstand, dass der TÜV das Fahrzeug nicht beanstandet hat, rechtfertigt mit Blick auf die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung keine andere Betrachtung. Darauf, ob der TÜV als Erfüllungsgehilfe des Bekl. anzusehen war oder diesem etwaige Versäumnisse des TÜV bei der Hauptuntersuchung mit Rücksicht auf den hoheitlichen Charakter der dem TÜV übertragenen Fahrzeugüberwachung nicht zugerechnet werden können, kommt es insoweit nicht an.“ (BGH aaO.)

Die Kl. ist wirksam vom Vertrag zurückgetreten und hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Fahrzeugs.

### III. Anspruch der Kl. auf Zahlung von 315,99 € wegen der für den Austausch des Kraftstoffrelais und der Pannenhilfe entstandenen Kosten nach § 437 Nr. 3, 284 BGB

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Zahlung von 315,99 € wegen der für den Austausch des Kraftstoffrelais und der Pannenhilfe entstandenen Kosten nach § 437 Nr. 3, 284 BGB haben.

„Dieser Anspruch kann gem. § 325 BGB **neben dem Rücktritt geltend gemacht** werden; er umfasst Aufwendungen des Käufers auf eine Sache, die sich – wie vorliegend – später als mangelhaft herausstellt, wenn der Käufer die Kaufsache wegen ihrer Mangelhaftigkeit zurückgibt (Senat, BGHZ 163, 381 [385 ff.] = NJW 2005, 2848). Entgegen der Auffassung der Revision stünde der Kl. ein Anspruch auf Ersatz dieser Aufwendungen auch dann zu, wenn bereits die Arglistanfichtung begründet wäre. Wie das BerGer. insoweit zutreffend angenommen hat, ergäbe sich der Anspruch der Kl. in diesem Fall aus §§ 311 II Nr. 1, 280 I BGB, nämlich einer dann in der Täuschung liegenden Verletzung einer vorvertraglichen Nebenpflicht.“ (BGH aaO.)



## Mangel der Mietwohnung

### Lärm von nachträglich errichtetem Schulhof-Bolzplatz

(BGH in NJW 2015, 2177; Urteil vom 29.04.2015 – VIII ZR 197/14)

1. Die bei einer Mietsache für eine **konkludent getroffene Beschaffenheitsvereinbarung** erforderliche Einigung kommt nicht schon dadurch zustande, dass dem Vermieter eine bestimmte **Beschaffenheitsvorstellung** des Mieters bekannt ist. Erforderlich ist vielmehr, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form **zustimmend reagiert**.
2. Die in § 22 I a BImSchG vorgesehene **Privilegierung von Kinderlärm** ist auch bei einer Bewertung von Lärmeinwirkungen als Mangel einer gemieteten Wohnung zu berücksichtigen.
3. **Nachträglich erhöhte Geräuschimmissionen**, die von einem Nachbargrundstück ausgehen, begründen bei Fehlen anderslautender Beschaffenheitsvereinbarungen grundsätzlich keinen gemäß § 536 I 1 BGB zur Mietminderung berechtigenden Mangel der Mietwohnung, wenn **auch der Vermieter die Immissionen** ohne eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeit nach § 906 BGB **als unwesentlich oder ortsüblich hinnehmen** muss.
4. Insoweit hat der Wohnungsmieter an der jeweiligen **Situationsgebundenheit des Mietgrundstücks** teil.

**Fall:** Die Bkl. sind auf Grund Mietvertrags vom 22.02.1993 Mieter einer in einem Mehrfamilienhaus in Hamburg gelegenen Erdgeschosswohnung der Kl. nebst Terrasse. Unmittelbar an das Wohngrundstück grenzte schon damals ein Schulgelände der Streithelferin an. Auf diesem Schulgelände errichtete die Streithelferin 2010 in 20 m Entfernung zur Terrasse der Bkl. einen mit einem Metallzaun versehenen Bolzplatz, der nach einem dort angebrachten Hinweisschild Kindern im Alter bis 12 Jahren jeweils von Montags bis Freitags bis 18 Uhr zur Benutzung offenstehen soll. Ab Sommer 2010 beanstandeten die Bkl. gegenüber den Kl. fortdauernde Lärmstörungen durch außerhalb der genannten Zeiten auf dem Bolzplatz spielende Jugendliche. Von der vereinbarten Gesamtmiete (586 €) behielten sie schließlich im Zeitraum von Oktober 2012 bis März 2013 durchschnittlich 117,20 € je Monat ein, was einer Mietminderung von 20 % entspricht. Erfolgt die Mietminderung zu Recht?

Nach § 536 I BGB ist ein Mieter zur Minderung der Miete berechtigt, wenn während der Mietzeit ein Mangel entsteht, der die **Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch** aufhebt. Er hat für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, nur eine **angemessen herabgesetzte** Miete zu entrichten. Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht.

Hier könnte der nach Abschluss des Mietvertrages auftretende Lärm durch den Schul-Bolzplatz einen Sachen zur Minderung berechtigenden Mangel darstellen.

#### I. Mangelbegriff des Mietrechts

*„Ein derartiger Mangel ist dann gegeben, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht. Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den **Beschaffenheitsvereinbarungen** der Mietvertragsparteien, die auch **durch schlüssiges Verhalten** (konkludent) getroffen werden können. Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung können dabei auch Umstände sein, die von außen auf die Mietsache unmittelbar einwirken (so genannte **Umweltfehler**), wie etwa Immissionen, denen die Mietsache ausgesetzt ist. Soweit allerdings Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum **vertragsgemäßen Gebrauch** geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) **nach der Verkehrsanschauung** bestimmt (zum Ganzen Senat, NJW 2013, 680 Rn. 8 m.w.N.).“* (BGH aaO.)

#### II. Vorliegen einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung

Für die Mangelhaftigkeit der Mietsache kommt es also zunächst darauf an, ob zwischen den Mietvertragsparteien eine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung getroffen wurde. Eine ausdrückliche Vereinbarung fehlt, es könnte aber eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung getroffen worden sein.

*„Auch eine konkludente Vereinbarung setzt **zwei übereinstimmende Willenserklärungen** voraus. Für die Annahme einer solchen Willensübereinstimmung bezüglich eines so genannten Umweltfehlers reicht es jedoch nicht aus, dass der Mieter bei Vertragsschluss **einen von außen auf die Mietsache einwirkenden Umstand** – hier die von einem „normalen“ Schulbetrieb ausgehenden Geräuschimmissionen – **als für ihn hinnehmbar wahrnimmt** und er sich ungeachtet dieser von ihm als (noch) erträglich empfundenen Vorbelastung dafür entscheidet, die Wohnung anzumieten. Zur konkludent geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung wird dieser Umstand vielmehr nur, wenn der Vermieter **aus dem Verhalten des Mieters nach dem objektiv zu***

**bestimmenden Empfängerhorizont** (§§ 133, 157 BGB) erkennen musste, dass der Mieter die Fortdauer dieses bei Vertragsschluss bestehenden Umstands über die unbestimmte Dauer des Mietverhältnisses hinweg als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung ansieht und der Vermieter dem zustimmt. Eine **einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt** für die Annahme einer diesbezüglichen Willensübereinstimmung selbst dann **nicht**, wenn sie dem Vermieter bekannt ist. Erforderlich ist jedenfalls, dass der **Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert** (Senat, NJW 2013, 680 Rn. 10; WuM 2009, 659 Rn. 14).

Soweit es um **Lärmimmissionen** geht, die von öffentlichen Straßen oder – wie hier – **von einem Nachbargrundstück** auf die Mietsache einwirken, ist im Übrigen der offensichtliche und beiden Parteien bekannte Umstand zu berücksichtigen, wonach der **Vermieter regelmäßig keinen Einfluss** darauf hat, dass die zu Mietbeginn bestehenden Verhältnisse während der gesamten Dauer des Mietvertrags **unverändert fortbestehen**. Der Mieter kann daher im Allgemeinen nicht erwarten, dass der Vermieter die **vertragliche Haftung für den Fortbestand derartiger „Umweltbedingungen“** übernehmen will. Die Annahme einer dahingehenden konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung wird deshalb allenfalls in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen und jedenfalls konkrete Anhaltspunkte für die Übernahme einer so weit gehenden und vom Vermieter nicht beherrschbaren Haftung voraussetzen.

Derartige Umstände sind entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung vom BerGer. indes weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Insbesondere lassen sich auch der Mietvertragsurkunde keine Umstände entnehmen, die den sicheren Schluss auf die verbindliche Festlegung eines bestimmten Immissionsstandards über die Dauer der Mietzeit hinweg zuließen (vgl. dazu BGH, NJW 2009, 664 Rn. 26).“ (BGH aaO.)

Von einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung kann nicht ausgegangen werden.

### III. Allgemeine Eignung zum vertragsgemäßen Gebrauch

Bei Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung ist fraglich, wie der geschuldete Zustand der Mietsache zu bestimmen ist.

„Soweit ... konkrete Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, beantwortet sich die Frage, was im Einzelnen zu dem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand der in Rede stehenden Wohnung gehört, den der Vermieter gem. § 535 I 2 BGB während der Mietzeit zu erhalten hat, **nach den gesamten Umständen des Mietverhältnisses** und den daraus in – gegebenenfalls ergänzender – Auslegung abzuleitenden Standards, insbesondere nach der Mietsache und deren **beabsichtigter Nutzung** sowie der **Verkehrsanschauung** unter Beachtung des in § 242 BGB normierten Grundsatzes von Treu und Glauben (vgl. BGH, NZM 2006, 626 Rn. 13; NZM 2007, 597 = WuM 2007, 381 Rn. 8; NZM 2009, 855 = NJW 2010, 1133 Rn. 11; NZM 2013, 184 = NJW 2013, 680 Rn. 8; jew. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Ein Mangel liegt hier also nur vor, wenn sich nach diesen Maßstäben ergibt, dass der Mieter vor einer lärmintensiven Nutzungsänderung auf dem Nachbargrundstück zu schützen ist.

„Es kommt ... darauf an, welche **Regelung die Parteien bei sachgerechter Abwägung** der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte **als redliche Vertragspartner getroffen hätten**, wenn ihnen bei Vertragsschluss die von ihnen nicht bedachte Entwicklung, also die künftige Errichtung eines Bolzplatzes auf dem benachbarten Schulgelände und dessen unbeschränkte Zugänglichkeit und Benutzung durch die Öffentlichkeit über den „normalen“ Schulbetrieb hinaus sowie die dadurch verursachte erhöhte Lärmbelastung, bewusst gewesen wäre (vgl. Senat, WM 2015, 306 Rn. 26 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Maßgeblich ist daher die Frage, ob die Vertragsparteien das Risiko einer solchen Nutzungsänderung dann auf den Kl. übertragen hätten.

#### 1. Heranziehung des § 22 I a BImSchG

Insofern könnte § 22 I a BImSchG heranzuziehen sein. Danach sind Geräuscheinwirkungen, die von Kindertageseinrichtungen, Kinderspielplätzen und ähnlichen Einrichtungen wie beispielsweise Ballspielplätzen durch Kinder hervorgerufen werden, im Regelfall keine schädliche Umwelteinwirkung. Bei der Beurteilung der Geräuscheinwirkungen dürfen Immissionsgrenz- und -richtwerte nicht herangezogen werden.

„Für den Begriff der **Kinder**, deren Lärm als Ausdruck eines besonderen Toleranzgebots der Gesellschaft durch die Vorschrift privilegiert werden soll, hat der Gesetzgeber die Definition in § 7 I SGB VIII heranzuziehen wollen, wonach **Kind ist, wer noch nicht 14 Jahre alt ist und Jugendlischer, wer 14, aber noch nicht 18 Jahre alt ist** (BT-Drs. 17/4836, 4, 6). Hinsichtlich der gegenständlich in die Privilegierung einbezogenen Kinder- und Ballspielplätze hat der Gesetzgeber mit Blick auf den Nutzerkreis zugleich klargestellt, dass davon zu unterscheiden sind Spiel- und Bolzplätze sowie Skateranlagen und Streetballfelder für Jugendliche, die großräumiger angelegt seien und ein anderes Lärmprofil hätten als Kinderspielplätze (BT-Drs. 17/4836, 6).“ (BGH aaO.)

Im vorliegenden Fall ist äußerst fraglich, ob der Schul-Bolzplatz tatsächlich nur von Kindern unter 14 Jahren benutzt wird. Sollte dies der Fall sein, so ist § 22 I a BImSchG zur Bewertung der Lärmeinwirkungen als Mangel der gemieteten Wohnung mit heranzuziehen, auch wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Regelung handelt.

„Denn diese Privilegierungsregelung ist nach dem Willen des Gesetzgebers darauf angelegt, **über seinen eigentlichen Anwendungsbereich** und das damit vielfach verklammerte **zivilrechtliche Nachbarrecht** hinaus auch auf das **sonstige Zivilrecht**, insbesondere das Mietrecht und das Wohnungseigentumsrecht, **auszustrahlen**, sofern dieses jeweils für die Bewertung von Kinderlärm relevant ist (BT-Drs. 17/4836, 7; vgl. auch BGH, WuM 2012, 515 Rn. 11).

Diese **Ausstrahlungswirkungen**, die zugleich die Verkehrsanschauung zu Art und Maß der als **sozialadäquat hinzunehmenden Geräuschmissionen** prägen, würden sich insbesondere dahin äußern, dass bei einer – hier mangels abweichend vereinbarter Standards erforderlichen – Auslegung der beiderseitigen mietvertraglichen Rechte und Pflichten **Kinderlärm** der in § 22 I a BImSchG beschriebenen Art jedenfalls bei **Beachtung des Gebots zumutbarer gegenseitiger Rücksichtnahme** (vgl. dazu OVG Koblenz, NVwZ 2012, 1347 [1349]) in der Regel als den Mietgebrauch nicht oder nur unerheblich beeinträchtigend einzustufen wäre. Dass das hierin zum Ausdruck kommende **Toleranzgebot** erst im Jahr 2011 und damit lange nach Abschluss des Mietvertrags seinen gesetzlichen Niederschlag in § 22 I a BImSchG gefunden hat, stünde – anders als das BerGer. meint – seiner Berücksichtigungsfähigkeit nicht entgegen. Denn abgesehen davon, dass dieses Gebot ohnehin **nur die Konkretisierung** einer bereits bei Mietvertragsschluss zumindest **angelegten Verkehrsanschauung** enthält (vgl. BVerwG, NJW 1992, 1779 [1780]), könnte eine Weiterentwicklung der Verkehrsanschauungen jedenfalls im Hinblick auf hinzunehmende Umwelteinwirkungen bei Fehlen konkreter vertraglicher Regelungen zum „Soll-Zustand“ auch zu gewissen Anpassungen des vertraglich geschuldeten Standards einer Gebrauchsgewährung führen (vgl. BGH, NZM 2006, 626; NZM 2006, 582 Rn. 10).“ (BGH aaO.)

Sollte es sich tatsächlich nur um Kinderlärm innerhalb der Öffnungszeiten des Schul-Bolzplatzes handeln, so wäre unter Heranziehung der Maßstäbe des § 22 I a BImSchG nicht von einem Mietmangel auszugehen.

## 2. Maßstäbe bei Nichtanwendbarkeit des § 22 I a BImSchG

Soweit auch Jugendliche den Bolzplatz nutzen, kann § 22 I a BImSchG nicht herangezogen werden. Ebenso für eine Nutzung außerhalb der gestatteten Benutzungszeiten.

Die Maßstäbe, die bei Fehlen konkreter Parteiabreden an eine Hinnahme von nachträglich entstehenden oder sich vergrößernden Geräuschmissionen auf die Mietsache durch Dritte und die damit zusammenhängende Gebrauchserhaltungspflicht des Vermieters (§ 535 I 2 BGB) anzulegen sind, **umstritten**.

### a) Anhaltspunkte für Zunahme bestimmter Geräuschmissionen

„In **Teilen der Instanzrechtsprechung** (BayOLG, NJW 1987, 1950 [1951]; OLG München, NJW-RR 1994, 654; LG Itzehoe, Urt. v. 11.10.2010 – 3 O 509/09, BeckRS 2011, 23785; LG Berlin, Urt. v. 13.03.2013 – 65 S 321/11, BeckRS 2013, 07242) sowie im mietrechtlichen Schrifttum (Staudinger/Emmerich, BGB, 2014, § 536 Rn. 29 a f. m.w.N.; Erman/Lützenkirchen, BGB, 14. Aufl., § 536 Rn. 18; Lehmann-Richter, NZM 2012, 849 [852]; ähnl. auch Kraemer, WuM 2000, 515 [519]) wird maßgeblich darauf abgestellt, ob der **Mieter bei Abschluss des Vertrags** insbesondere auf Grund der Lage des Mietgrundstücks und der das Grundstück umgebenden Nachbarschaft bereits **konkrete Anhaltspunkte für einen Eintritt oder eine Zunahme bestimmter Geräuschmissionen** hatte, aus diesem Grunde mit dem Entstehen einer später als Mangel gerügten Geräuschkulisse ohne Weiteres rechnen musste und dies deshalb bei Bemessung der Miethöhe (ermäßigend) berücksichtigen konnte (nur eine positive Kenntnis des Mieters für maßgeblich haltend Blank, WuM 2012, 175 [178]). Dabei wird zugleich ganz überwiegend angenommen, dass die im Nachbarschaftsrecht gem. § 906 II 1 BGB bedeutsame **Ortsüblichkeit keinen Maßstab** für die mietrechtliche Gebrauchserhaltungspflicht des Vermieters nach § 535 I 2 BGB bilden könne (BayOLG, NJW 1987, 1950 [1952]; OLG München, NJW-RR 1994, 654; LG Itzehoe, BeckRS 2011, 23785; Lehmann-Richter, NZM 2012, 849 [850]; Blank, WuM 2012, 175 [176]; Börstinghaus, NZM 2004, 48 [49]; a.A. LG Berlin, Urt. v. 27.09.2011 – 63 S 641/10, BeckRS 2012, 00636).“ (BGH aaO.)

### b) Annahme der Unveränderlichkeit von Umständen

„Demgegenüber wird von einem **anderen Teil der Instanzrechtsprechung** eine abweichende Auffassung dahin vertreten, dass bei Fehlen konkreter Beschaffenheitsabreden nach der Verkehrsanschauung nicht schon jede nachteilige Veränderung des Wohnumfelds und der Geräuschsituation als Mangel der Mietsache angesehen werden könne. Vielmehr müsse ein Mieter grundsätzlich in Rechnung stellen, dass es im weiteren oder näheren Umfeld seiner Wohnung zu Veränderungen kommen könne, die sich auf die Mietsache nachteilig auswirken könnten. Es sei deshalb zu fragen, ob der Mieter **bestimmte Eigenschaften seines Wohnumfelds als unveränderlich habe voraussetzen dürfen** oder ob er mit bestimmten nachteiligen Änderungen etwa wegen bestehender Gemengelagen grundsätzlich habe rechnen müssen (KG, NZM 2003, 718; LG Berlin, Urt. v. 27.09.2011 – 63 S 641/10, BeckRS 2012, 00636 Rn. 25 f.; LG Heidelberg, NJOZ 2010, 2557; LG Hamburg, WuM 1998, 19).“ (BGH aaO.)

### c) Auffassung des BGH

Der BGH ist der Auffassung, dass **nachträglich erhöhte Geräuschmissionen** durch Dritte jedenfalls dann grundsätzlich keinen gem. § 536 I 1 BGB zur

Mietminderung führenden Mangel der Mietwohnung begründen, wenn auch der **Vermieter sie ohne eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeit** als unwesentlich oder ortsüblich hinnehmen muss.

„Die nach § 535 I 1 BGB durch den Mietvertrag entstehende Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren, gestaltet § 535 I 2 BGB zum einen dahin aus, dass der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen hat (**Überlassungspflicht**). Zum anderen trifft den Vermieter danach auf Dauer die Verpflichtung, die Mietsache während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten (**Erhaltungspflicht**), was zugleich die Pflicht beinhaltet, eine nach Überlassung eingetretene Verschlechterung der Mietsache zu beseitigen und den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand wiederherzustellen (BGH, NJW 2015, 699 Rn. 25 m.w.N., NZM 2003, 472 [unter II 2]).

Das dem Vermieter durch diese Regelungen auferlegte Besitzverschaffungsrisiko (vgl. § 276 I 1 BGB) hat jedoch nicht notwendig zur Folge, dass die **Überlassungs- und die Erhaltungspflicht in jeder Hinsicht deckungsgleich** sind. Während die Überlassungspflicht an einen gegenwärtigen Zustand der Mietsache anknüpft, über den der Vermieter sich ohne Weiteres vergewissern und dessen Beherrschung ihm deshalb auch ohne Weiteres zugemutet werden kann, bedarf es zur **Erhaltungspflicht** und der **Beherrschbarkeit** der dabei jedenfalls durch äußere Einflüsse auf die Mietsache einwirkenden Risiken eines prognostischen Blicks in die Zukunft, deren Entwicklung nicht in jeder Hinsicht überschaubar ist.

Dementsprechend bedarf es für den Umfang der Erhaltungspflicht einer differenzierteren Betrachtung. Dabei ist namentlich zu fragen, **ob die Parteien**, wenn sie bei Vertragsschluss die spätere Entwicklung der Verhältnisse auf dem benachbarten Schulgrundstück in Betracht gezogen hätten, diese als den geschuldeten Mietgebrauch nunmehr prägend hingenommen hätten oder ob die Parteien **die Kl. als verpflichtet angesehen** hätten, den Mietgebrauch jedenfalls im Wesentlichen nach dem bei Vertragsschluss **bestehenden Immissionsstandard aufrechtzuerhalten.**“ (BGH aaO.)

Fraglich ist daher, ob die Parteien eine entsprechende Risikoverlagerung auf den Vermieter vorgesehen hätten.

„Hätten die Parteien bei Vertragsschluss die eingetretene Entwicklung mit den daraus resultierenden erhöhten Geräuschimmissionen bedacht, hätte sich ihnen die Frage aufdrängen müssen, ob und mit welchem Ergebnis die **Kl. überhaupt in der Lage sein würden, dem erhöhten Immissionsanfall zu begegnen.** Zwar trifft einen Vermieter – und zwar unabhängig von etwaigen eigenen Abwehrmöglichkeiten des Mieters – im Rahmen seiner Verpflichtung zur Erhaltung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache grundsätzlich auch die Pflicht, **von Dritten ausgehende Störungen vom Mieter fernzuhalten** und zu diesem Zweck gegen den Störer jedenfalls im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Möglichen vorzugehen (vgl. Senat, WM 1966, 763 [unter II 1]; BGHZ 99, 182 [191]). Hierbei wären aber zugleich die **Gegebenheiten des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses** und die in § 906 BGB konkretisierten Duldungspflichten sowie die daraus abgeleiteten Abwehr- und Ausgleichsmöglichkeiten zu bedenken gewesen, die auch bei Immissionen einer – wie hier – **hoheitlich betriebenen Anlage** den Maßstab bilden (vgl. nur OVG Berlin-Brandenburg, BImSchG-Rspr. § 22 Nr. 187; VGH Mannheim, BImSchG-Rspr. § 22 Nr. 216; jew. m.w.N.).

Dass die Parteien vor diesem Hintergrund davon ausgegangen wären, die Kl. hätten den **ursprünglich bestehenden Immissionsstandard** ungeachtet etwa nach § 906 BGB bestehender Duldungspflichten **unverändert gewährleisten** sollen, kann redlicherweise nicht angenommen werden. Denn damit hätten die Bkl. ihnen eine **Erhaltungspflicht abverlangt**, deren **Erfüllung gem. § 275 I, II BGB tatsächlich oder jedenfalls wirtschaftlich unmöglich** gewesen wäre. Dass sich die Kl. hierauf eingelassen hätten oder billigerweise hätten einlassen müssen, liegt fern. Vielmehr hätten sich die Parteien nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) darauf verständigt, die Störung durch Geräuschimmissionen Dritter nur dann als Mangel der Mietwohnung anzusehen, wenn die Kl. selbst diese Immissionen gem. § 906 BGB nicht oder jedenfalls nicht entschädigungslos dulden müssten. Im Falle einer Duldungspflicht gegen Entschädigung wäre diese Verständigung dahin gegangen, dass sich ein dann gem. § 906 II 2 BGB bestehender Ausgleichsanspruch in einer adäquaten Minderung der vereinbarten Miete hätte niederschlagen müssen.“ (BGH aaO.)

#### IV. Ergebnis

„Das BerGer. wird zu prüfen haben, ob es sich bei dem Bolzplatz nach seiner Größe und Gestaltung **überhaupt um einen Kinder- oder Ballspielplatz i.S.d. § 22 I a BImSchG** handelt, ob und in welchem Ausmaß die von ihm ausgehenden Geräuschimmissionen von Kindern oder von anderen Personen verursacht werden und nach welchen (Lärmschutz-) Standards sich danach eine **Wesentlichkeit der behaupteten Immissionen** im Einzelnen bestimmt. Ferner wird es – gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag der Parteien – zu prüfen haben, ob die **Kl. nach den immissionsschutz- und bauplanungsrechtlichen Gegebenheiten oder etwaigen sonstigen Emissionsumständen die Geräuschimmissionen zu dulden haben** und ob ihnen bejahenden falls **zumindest ein Ausgleichsanspruch** – etwa gegen die Streithelferin – zusteht. Denn danach beurteilt sich, ob ein Mangel vorliegt, der zur Minderung berechtigt.“ (BGH aaO.)

(BGH in NSTZ-RR 2015, 245; Urteil vom 20.05.2015 – 5 StR 547/14)

1. Mit Rücksicht auf das **Prinzip der Vertragsfreiheit** ist grundsätzlich kein Raum für die Annahme konkludenter Erklärungen über die Angemessenheit oder Üblichkeit des Preises; es ist **vielmehr Sache des Käufers, abzuwägen** und sich zu entscheiden, ob er die geforderte Vergütung aufwenden will.
2. Für den Verkäufer besteht **bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit und des Wuchers** grundsätzlich auch **keine Pflicht zur Offenlegung des Werts des Kaufobjektes**, selbst wenn dieser erheblich unter dem geforderten Preis liegt.
3. Im Regelfall muss der Verkäufer den Käufer auch **nicht auf ein für diesen ungünstiges Geschäft hinweisen**, sondern darf davon ausgehen, dass sich sein künftiger Vertragspartner im eigenen Interesse selbst über Art und Umfang seiner Vertragspflichten Klarheit verschafft hat.
4. Es stellt **keine betrugsrelevante Täuschung** dar, wenn **Innenprovisionen**, die nicht den Kaufpreis erhöhen, gegenüber Kunden **nicht offengelegt** werden.

**Fall:** Im Sommer 2003 entschloss sich der Angekl. B, Eigentumswohnungen „im Paket“ anzukaufen und später einzeln gewinnbringend weiterzuverkaufen. Soweit die Wohnungen renovierungsbedürftig waren, sollten sie in einen Zustand versetzt werden, der eine spätere Vermietung zu einer ortsüblichen Vergleichsmiete ermöglichte. Das mit der De-Bank (im Folgenden: De) entwickelte Konzept zur Finanzierung der An- und späteren Weiterverkäufe sah vor, dass die Bank die Ankäufe gegen Abtretung der Auflassungsansprüche des Angekl. B finanziert und dieser die Bank nach dem Weiterverkauf aus dem erzielten Kaufpreis befriedigen würde; die Bank bewertete die betreffenden Wohnungen und legte fest, bis zu welchem Preis sie bereit war, den Weiterverkauf zu finanzieren.

Nachdem der Angekl. B auf diese Weise den An- und Weiterverkauf von Wohnungen aus einem Objekt in Berlin abgewickelt hatte, entschied er sich wegen des Anstiegs der Zahl der Geschäfte, als Vertriebspartner für die Akquisition von Kunden den Angekl. D sowie später u.a. auch die Angekl. P einzuschalten. In seiner Kalkulation veranschlagte B eine Vertriebsprovision in Höhe von insgesamt 30 % des Verkaufspreises der Wohnungen. Hintergrund dieser „vergleichsweise hoch angesetzten“ Provision war, dass B auch Kunden gewinnen wollte, die kein Eigenkapital einsetzen konnten oder wollten. Da die den Immobilienkauf finanzierenden Banken jedoch regelmäßig forderten, dass die Kunden zumindest die Erwerbsnebenkosten aus Eigenkapital trügen, übernahm B für seine Kunden diese Zahlungen oder erstattete ihnen die gezahlten Beträge; die dafür erforderlichen Summen verrechnete er mit der veranschlagten Vertriebsprovision. Teilweise hatten die Kunden auch Altkredite zu bedienen, auf deren Ablösung die finanzierenden Banken bestanden. B handhabte diese Fälle regelmäßig so, dass er den Kunden aus dem ausgezahlten Immobiliendarlehen die zur Ablösung des Altkredits jeweils erforderliche Summe zur Verfügung stellte. Anschließend zog er den Betrag von der von ihm zu zahlenden Vertriebsprovision ab. Wegen der Finanzierung der Weiterverkäufe der Wohnungen trat B in Kontakt mit einem Finanzvermittler, der Immobilienkredite bei der DK-Bank (im Folgenden: DK), später auch bei anderen Banken vermittelte.

Wie bereits mit der De kam der Angekl. B auch mit der DK dahingehend überein, dass die Bank die angebotenen Wohnungen besichtigen und jeweils eine Marktwertanalyse erstellen ließ, auf deren Grundlage sie entschied, zu welchem Preis sie einen Weiterverkauf finanzieren würde. Die von der Bank so ermittelten Preise übernahm der Angekl. B und legte sie den Wohnungsverkäufen zu Grunde. Der Finanzvermittler prüfte die Bonitätsunterlagen der vom Vertrieb akquirierten Kunden und teilte mit, in welcher Höhe diese jeweils einen Immobilienkredit von der Bank erhalten könnten.

In dieser Weise wickelte der Angekl. B im Anklagezeitraum zwischen Oktober 2005 und August 2010 eine Vielzahl von Immobilienverkäufen ab. Die Zusammenarbeit mit der Angekl. P endete dabei bereits im November 2006. Nachdem es im Frühjahr 2009 auch zum Bruch zwischen den Angekl. B und D gekommen war, übernahm B den Vertrieb der Immobilien vielfach selbst. Als die Banken im Zuge der weltweiten Finanzkrise dazu übergingen, für Immobilienfinanzierungen wieder den Einsatz von Eigenkapital von ihren Kunden zu verlangen, wurde es für ihn zunehmend schwieriger, Käufer zu akquirieren. In der Folge geriet er in erhebliche finanzielle Schwierigkeiten und konnte vielfach seine Verpflichtungen nicht mehr erfüllen.

In den meisten der Anklagefälle gerieten die Käufer der Wohnungen, teilweise wegen ausbleibender Mietzahlungen und/oder Erhöhung des Wohngeldes, in wirtschaftliche Engpässe, die überwiegend dazu führten, dass sie die Immobiliendarlehen nicht mehr bedienen konnten und die Wohnungen durch die Banken zu deutlich unter den von den Kunden gezahlten Kaufpreisen verwertet wurden. Teilweise wurden durch den Angekl. B Renovierungszusagen nicht eingehalten oder begonnene Renovierungen nicht beendet oder Altkredite der Kunden nicht – wie versprochen – abgelöst. Allerdings leistete B in einigen der Fälle, teils über Jahre hinweg, Mietausgleichszahlungen und löste Altkredite meist entsprechend gegebenen Zusagen ab. Haben sich die Angekl. des Betrugs strafbar gemacht?

Die Angekl. könnte sich auch wegen Betrugs zu Lasten der Käufer nach § 263 I StGB strafbar gemacht haben.

## I. Objektiver Tatbestand

### 1. Täuschung

Täuschung ist jede Einwirkung des Täters auf das intellektuelle Vorstellungsbild des Getäuschten, welche objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über Tatsachen zu erregen oder aufrecht zu erhalten. Hierbei muss der Täter den Irrtum durch Einwirkung auf die Vorstellung des Getäuschten hervorgerufen oder mit verursacht haben.

#### a) Bewusst wahrheitswidrige Zusagen

Der Angekl. B hat den Kunden zahlreiche Zusagen auch zu Bau- und Renovierungsarbeiten gemacht, die teilweise nicht eingehalten wurden. War dies von vornherein nicht geplant, so könnte hierin eine Täuschung liegen.

*„[Die StrK kam zu dem Ergebnis], tatsächlich seien in zahlreichen Objekten in großem Umfang Bau- und Renovierungsarbeiten geplant, begonnen und vielfach auch abgeschlossen worden. Dass die Arbeiten verschiedentlich nicht oder nicht vollständig ausgeführt worden seien, spreche angesichts dessen **nicht für einen fehlenden Renovierungswillen** des Angekl. B; diesem sei nicht zu widerlegen, dass die unterbliebene Fertigstellung mehrfach zwischenzeitlichen Zahlungseingüssen geschuldet gewesen sei, die im Zeitpunkt einer anderweitigen Verfügung der Kunden über die Wohnungen nicht behoben gewesen seien. Auch unter Berücksichtigung der zeitlichen Abläufe der Geschäfte lasse sich **nicht feststellen, dass Zusagen ab einem bestimmten Zeitpunkt generell nicht mehr eingehalten worden seien.***

*Soweit den Angekl. vorgeworfen worden ist, die Erwerber der Eigentumswohnungen durch **bewusst unzutreffende Berechnungen** über die von ihnen zu tragenden monatlichen Belastungen, das Verschweigen erforderlicher Wohngeldzahlungen und/oder das Versprechen tatsächlich nicht geplanter Renovierungen der Wohnungen getäuscht zu haben, hat das LG entsprechende Täuschungshandlungen auf Grund umfassender rechtsfehlerfreier Beweiswürdigung ausgeschlossen. Dies wird auch durch die StA nicht angegriffen.“ (BGH aaO.)*

#### b) Konkludente Zusage, dass die Objekte ihren Preis wert sind

Die Angekl. können die Kunden jedoch dadurch durch schlüssiges Handeln getäuscht haben, indem die Forderung und Vereinbarung eines bestimmten, gegebenenfalls auch überhöhten Preises die konkludente Erklärung umfasse, die verkaufte Sache sei ihren Preis auch wert.

*„[Die StK ist zu dem Ergebnis gekommen], es hätten sich F feststellen lassen, die auf einen **überbeurteilten Verkauf minderwertiger Eigentumswohnungen an unerfahrene Privatpersonen** gerichtet gewesen seien. In keinem Fall habe festgestellt werden können, dass in den von den Angekl. vorgenommenen Berechnungen der künftigen monatlichen Belastungen der Kunden Beträge unrichtig angegeben oder wesentliche Belastungen nicht berücksichtigt worden seien. Die **bloße Vorstellung** der Kunden, der Erwerb sei für sie **„finanziell tragbar“** oder **„wirtschaftlich vorteilhaft“**, stelle für sich genommen **keine betrugsrelevante (Fehl-)Vorstellung** dar, weil damit keine Tatsachen, sondern bloße Wertungen angesprochen seien.*

*Mit Rücksicht auf das **Prinzip der Vertragsfreiheit** ist grundsätzlich kein Raum für die Annahme konkludenter Erklärungen über die Angemessenheit oder Üblichkeit des Preises; es ist **vielmehr Sache des Käufers, abzuwägen** und sich zu entscheiden, ob er die geforderte Vergütung aufwenden will (Tiedemann, in: LK-StGB, 12. Aufl., § 263 Rn 35 m.w.N.). Für den Verkäufer besteht **bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit und des Wuchers** grundsätzlich auch **keine Pflicht zur Offenlegung des Werts des Kaufobjektes**, selbst wenn dieser erheblich unter dem geforderten Preis liegt (BGH, Urt. v. 14.03.2003 – V ZR 308/02 = NJW 2003, 1811 [1812] m.w.N.). Im Regelfall muss der Verkäufer den Käufer auch nicht auf ein für diesen ungünstiges Geschäft hinweisen, sondern darf davon ausgehen, dass sich sein künftiger Vertragspartner im eigenen Interesse selbst über Art und Umfang seiner Vertragspflichten Klarheit verschafft hat (BGH, NJW 2003, 1811 [1812] m.w.N.).“ (BGH aaO.)*

#### c) Nichtoffenlegung der im Preis enthaltenen Provisionen

Allerdings könnte es zur Annahme einer Täuschung führen, dass der Angekl. B aus den erzielten Kaufpreisen erhebliche Provisionszahlungen geleistet hat, ohne dies offen zu legen.

„[Auf] auf der Grundlage der rechtsfehlerfreien Feststellungen **erhöhten diese nicht die Kaufpreise** der Wohnungen und hatten somit keine Auswirkungen auf die Rentabilität der Immobilien (vgl. zu den möglichen Auswirkungen überhöhter Innenprovisionen auf die Werthaltigkeit von Vermögensanlagen BGH, Urt. v. 07.03.2006 – 1 StR 379/05, BGHSt 51, 10 = NJW 2006, 1679; v. 12.02.2004 – III ZR 359/02 = BGHZ 158, 110 [118, 121] = NJW 1972, 633 = NZM 2003, 405; und v. 14.03.2003 – V ZR 308/02 = NJW 2003, 1811). Die für die Eigentumswohnungen geforderten **Preise beruhten auf Bewertungen der Banken**, auf deren Grundlage diese festlegten, bis zu welchem Kaufpreis sie jeweils zur Finanzierung des Weiterverkaufs bereit waren. Diese Preise wurden vom Angekl. B übernommen und den jeweiligen Wohnungsverkäufen zu Grunde gelegt. Der Angekl. nahm **beim Weiterverkauf der Wohnungen keine Provisionsaufschläge** auf die von den Banken ermittelten Kaufpreise vor (...). Ein kollusives Zusammenwirken des Angekl. mit den kreditgewährenden Banken ist nicht festgestellt; hierfür bietet der Sachverhalt auch keinerlei konkrete Anhaltspunkte.

Dass die jeweils mehrere Jahre nach dem Verkauf erfolgten **Neubewertungen** der Wohnungen jedenfalls nach den Angaben in der Anklageschrift in vielen Fällen **deutlich niedriger** ausfielen, kann auf vielfältige die Wertbildung beeinflussende Faktoren zurückzuführen sein und **sagt über die Angemessenheit des ursprünglichen Kaufpreises nichts aus**. Angesichts der in die Kaufpreiskalkulation übernommenen Bewertungen der finanzierenden Banken liegt ein sittenwidriges oder wucherisches Verhalten der Angekl. fern.“ (BGH aaO.)

## 2. Zwischenergebnis

Es fehlt daher bereits an einer den Angekl. vorzuwerfenden Täuschung i.S. einer bewusst wahrheitswidrigen Erklärung, die bei den Erwerbern der Wohnungen eine Fehlvorstellung über konkrete Tatsachen – und nicht etwa nur in Bezug auf deren Motive oder Wertungen – hervorgerufen hätte.

## II. Ergebnis

Die Angekl. sind nicht wegen Betrugs zu Lasten der Käufer nach § 263 StGB strafbar.

StGB  
§ 211 II**Verdeckungsmord**  
**Verhältnis von Vor- und Anschlussstat**

StR BT

(BGH in NSTZ 2015, 458; Beschluss vom 03.02.2015 – 3 StR 541/14)

1. Wird bei der Prüfung, ob eine andere Tat vorliegt, der **Zweifelssatz** dahingehend angewendet, dass bei **Nichterweislichkeit des Tötungsvorsatzes** dieser nicht angenommen wird mit der Folge, dass ein Verdeckungsmord angenommen werden kann, so wird der Grundsatz „in dubio pro reo“ verletzt.
2. **Die zu verdeckende Tat** kann auch eine solche sein, die **gegen Leib und Leben gerichtet** ist. Um eine andere Straftat im Sinne von § 211 II Var. 9 StGB handelt es sich jedoch nicht, wenn der **Täter nur diejenige Tat verdecken will, die er gerade begeht**, was etwa dann der Fall ist, wenn während einer einheitlichen Tötungshandlung die **Verdeckungsabsicht nur noch als weiteres Motiv für die Tötung** hinzutritt.

**Fall:** Der Angekl., der seit dem Sommer des Jahres 2013 an einer paranoid-halluzinatorischen Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie litt, glaubte, dass aus der Wohnung unter der seinen ständig Fangesänge für den Fußballverein Werder Bremen („Werder-Lieder“) zu hören seien. Die Wohnung war ab September des Jahres 2013 an Frau K, das spätere Tatopfer, vermietet. Der Angekl. ging davon aus, sie und ihre Vermieterin hätten sich verschworen, um ihn mit diesen Liedern zu belästigen; in diesem Zusammenhang war er der wahnhaften Vorstellung, durch die Verwendung einer besonderen Tapete, die kurz vor dem Einzug von Frau K angebracht worden sei, würden die Schallwellen in seine Wohnung geleitet.

Am 05.12.2013 beschloss der Angekl. deshalb, Frau K zur Rede zu stellen. Dazu lauerte er ihr im Außenbereich des Gebäudes auf und folgte ihr, als sie von der Arbeit nach Hause kam, unbemerkt bis in deren Wohnung. Er wollte nur in Ruhe mit Frau K reden, führte aber gleichwohl ein Küchenmesser mit einer Klingenlänge von zwölf Zentimetern mit sich, um seinem Opfer erforderlichenfalls „ein bisschen Angst zu machen“. Zudem trug er Handschuhe, um keine Fingerabdrücke zu hinterlassen. Als Frau K des Angekl. in ihrer Wohnung gewahr wurde, erschrak sie und schrie auf. Der Angekl. befahl ihr, ruhig zu sein und hielt ihr den Mund zu. Er forderte, dass sie in Zukunft die Musik nicht mehr so laut stellen solle und drohte ihr dabei mit dem Messer. Er hielt sie währenddessen am Arm fest; sie konnte sich indes losreißen und fing erneut an zu schreien. Daraufhin stach der Angekl., der mit der Situation überfordert war und wollte, dass sie aufhörte zu schreien, mehrfach mit dem Messer in ihre Brust- und Bauchgegend. Dabei erkannte er die Lebensgefährlichkeit seines Handelns, wollte sein Opfer zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht töten. Der Angekl. hat sich in der Hauptverhandlung durch eine schriftliche Erklärung seines Verteidigers dahin eingelassen, er habe bei den ersten Stichen die Situation beenden wollen und damit gerechnet, dass diese Stiche tödlich sein könnten.

Nach einem sich anschließenden Gerangel lagen Frau K und der Angekl. auf dem Bett; der Angekl. realisierte nach einer längeren, nicht im Einzelnen zu bestimmenden Zeit, in der er nach seiner Vorstellung ein „relativ normales Gespräch“ mit ihr führte, dass Frau K immer noch lebte und bekam Angst, dass er wegen der vorangegangenen Messerstiche nicht unerheblich bestraft werden könnte, wenn er sie jetzt nicht tötete. Daraufhin würgte er sie für mehrere Minuten. Dabei hatte er nunmehr das Ziel und den Willen, sein Opfer zu töten und dadurch die vorangegangene gefährliche Körperverletzung zu verdecken. Nachdem Frau K bewusstlos geworden war, fügte er ihr mit dem Messer weitere Stiche in den Hals, den Oberkörper und in den Oberarm zu. Sie verstarb an einer Kombination aus Ersticken und Verbluten.

Das LG hat den Angekl. wegen Mordes sowie wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit versuchter Nötigung zur Gesamtfreiheitsstrafe von elf Jahren und sechs Monaten verurteilt und seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet. Dagegen wendet sich der Beschwerdeführer mit seiner auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revision. Hat das Rechtsmittel Erfolg?

Der Angekl. könnte einen Mord nach §§ 212, 211 II StGB begangen haben.

- I. Es ist ein anderer Mensch getötet worden.
- II. Der Angekl. hat auch mit dem Ziel und Willen gehandelt, Frau K zu töten. Vorsatz bezüglich der Tötung liegt also vor.
- III. **Vorliegen subjektiver Mordmerkmale**

Fraglich ist, ob subjektive Mordmerkmale angenommen werden können. Hier kommt lediglich ein Mord mit Verdeckungsabsicht in Betracht.

1. **Vollendung einer schon begonnenen Tötung**

Der Angekl. hat sich in der Hauptverhandlung durch eine schriftliche Erklärung seines Verteidigers dahin eingelassen, er habe bei den ersten Stichen die Situation beenden wollen und damit gerechnet, dass diese Stiche tödlich sein könnten.



„Auf der Grundlage dieser Einlassung kommt in Betracht, dass der Angekl., als er sein Opfer mit direktem Tötungsvorsatz würgte und sodann erneut auf es einstach, **lediglich die bereits** – mit bedingtem Tötungsvorsatz – **begonnene Tötung vollenden**, nicht aber eine andere Straftat verdecken wollte (vgl. BGH Ur. v. 08.05.1990 – 5 StR 102/90, BGHR StGB § 211 II Verdeckung 5 m.w.N.; Beschl. v. 10.05.2000 – 1 StR 617/99, NStZ 2000, 498). In diesem Fall würde die Annahme eines Verdeckungsmordes jedenfalls mit der gegebenen Begründung ausscheiden.“ (BGH aaO.)

Die StrK hatte jedoch in ihrer Beweiswürdigung angenommen, dass der Angekl. habe entgegen seiner Einlassung erst später, nachdem er sich mit Frau K auf dem Bett unterhalten hatte, den Vorsatz gefasst, sie zu töten.

„Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob dem Tatrichter bei der **Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen** sind. Dies ist etwa der Fall, wenn die Beweiswürdigung lückenhaft, widersprüchlich oder unklar ist oder gegen Gesetze der Logik oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt, namentlich aber auch dann, wenn die Beweiswürdigung von einem rechtlich unzutreffenden Ansatz ausgeht, etwa hinsichtlich des **Umfangs und der Bedeutung des Zweifelssatzes** (st. Rspr.; vgl. BGH Ur. v. 16.03.2011 – 2 StR 521/10, juris Rn 10 m.w.N.). Der Zweifelssatz ist eine Entscheidungsregel, die dem Gericht vorschreibt, wie zu entscheiden ist, wenn es bei der Tatsachenfeststellung Zweifel hat (LR/StPO-Kühne 26. Aufl., Einl. I Rn 49 m.w.N.). **Verurteilt es den Angekl., obwohl es Zweifel an seiner Täterschaft hat, ist der Grundsatz „in dubio pro reo“ verletzt** (LR/StPO-Franke aaO., § 337 Rn 133 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Dies könnte hier der Fall sein, indem die StrK bei Befassen mit der Einlassung des Angekl. zunächst ausführt, es habe „(zumindest bedingten) Tötungsvorsatz“ bei Ausführung der ersten Stiche nicht feststellen können. Im Anschluss daran befasst es sich mit den für und **gegen einen Tötungsvorsatz sprechenden Beweisanzeichen** und legt dabei unter anderem dar, wegen der Unmöglichkeit festzustellen, welche Stiche der Angekl. mit welcher Stichtiefe seinem Opfer vor dem Würgevorgang zugefügt hatte, könne „eine den **Tötungsvorsatz** nahelegende Heftigkeit der Tatausführung [...] **nicht mit der notwendigen Sicherheit angenommen** werden“. Abschließend legt die StrK das Ergebnis nieder, dass sie „aus den vorgenannten Gründen [...] bei Vornahme der **Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Tatumstände** nicht die für eine Verurteilung notwendige Sicherheit dafür“ habe erlangen können, dass der Angekl. bereits die ersten Stiche mit (bedingtem) Tötungsvorsatz führte.

Damit hat die StrK das **anfängliche Vorliegen des Tötungsvorsatzes in Anwendung des Zweifelssatzes verneint**. Dies ist rechtsfehlerhaft: Das LG hat so den Grundsatz „in dubio pro reo“ verletzt, indem es auf einer Tatsachengrundlage, von deren Vorliegen es nicht zweifelsfrei überzeugt war, nicht etwa zu dem für den Angekl. günstigeren Schuldspruch wegen einer einheitlichen Tat des Totschlags gelangt ist, sondern zu der **für den Angekl. nachteiligen rechtlichen Würdigung**, er habe bei dem Würgevorgang und bei den späteren Stichen die vorangegangene gefährliche Körperverletzung verdecken wollen und so ein Mordmerkmal verwirklicht.“ (BGH aaO.)

Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass der Angekl. nur eine schon begonnene Tötung vollenden wollte.

## 2. Handeln mit Verdeckungsabsicht

Er könnte aber gleichwohl mit Verdeckungsabsicht gehandelt haben.

„Zwar kann die **zu verdeckende Tat** auch eine solche sein, die **gegen Leib und Leben gerichtet** ist (vgl. BGH Ur. v. 02.12.1987 – 2 StR 559/87, BGHSt 35, 116). Um eine andere Straftat im Sinne von § 211 II Var. 9 StGB handelt es sich jedoch – wie dargelegt – nicht, wenn der **Täter nur diejenige Tat verdecken will, die er gerade begeht**, was etwa dann der Fall ist, wenn während einer einheitlichen Tötungshandlung die **Verdeckungsabsicht nur noch als weiteres Motiv für die Tötung** hinzutritt. Auch ein zäsurloser Übergang vom bedingten zum unbedingten Tötungsvorsatz würde die zeitlich davor liegenden Teile einer einheitlichen Tötungshandlung nicht als eine andere Straftat erscheinen lassen (BGH Beschl. v. 10.05.2000 – 1 StR 617/99, NStZ 2000, 498). **Voraussetzung der Annahme eines Verdeckungsmordes** ist in diesen Fällen deshalb in aller Regel, dass zwischen einem (erfolglosen) ersten, mit Tötungsvorsatz vorgenommenen Angriff und einer erneuten, nunmehr mit Verdeckungsabsicht begangenen Tötungshandlung eine **deutliche zeitliche Zäsur** liegt (vgl. MK/StGB-Schneider 2. Aufl., § 211 Rn 229 m.w.N.; BGH Ur. v. 12.06.2001 – 5 StR 432/00, NStZ 2002, 253; v. 12.12.2002 – 4 StR 297/02, NJW 2003, 1060).

Ob eine solche **Zäsur hier gegeben** ist, kann der Senat aufgrund der getroffenen Feststellungen **nicht abschließend beurteilen**.“ (BGH aaO.)

(OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2015, 611; Urteil vom 18.02.2015 – 2 L 22/13)

1. Ein **Anspruch des Nachbarn** auf bauordnungsbehördliches Einschreiben folgt aus §§ 79 S. 1, 57 II LSA BauO, wenn die bauliche Anlage **nicht durch eine bestandskräftige Baugenehmigung gedeckt** wird, die Anlage **materiell rechtswidrig** ist und den klagenden Nachbarn **in seinen Rechten verletzt**, dieser seine Abwehrrechte **nicht verwirkt** hat und das **Ermessen** der Behörde **auf Null reduziert** ist.
2. Die Vorschrift des § 12 I 2 LSA BauO, dass die Standsicherheit anderer baulicher Anlagen und die **Tragfähigkeit des Baugrundes des Nachbargrundstücks** nicht gefährdet werden darf, hat **nachbarschützende Wirkung**. Auch der Vorschrift des § 12 I 1 LSA BauO über die (eigene) Standsicherheit von Anlagen kann im Einzelfall nachbarschützende Wirkung zukommen.
3. Eine Verpflichtung zum bauaufsichtlichen Einschreiben besteht, wenn eine **unmittelbare Gefährdung besonders wichtiger Rechtsgüter (Leben, Gesundheit)** vorliegt, gerade wenn eine bauliche Anlage nicht (mehr) standsicher ist. Voraussetzung für einen bauaufsichtlichen Eingriff nach § 57 II 2 LSA BauO ist das **Vorliegen einer konkreten Gefahr** im Sinne der Regelungen des allgemeinen Polizei und Ordnungsrechts.
4. Macht ein Dritter gegenüber der Bauaufsichtsbehörde geltend, durch eine Anlage in seinen Rechten verletzt zu sein, so hat er einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über ein bauaufsichtliches Einschreiben der Bauaufsichtsbehörde sowie auf Art und Weise des Einschreitens. Besteht ein Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiben nicht, muss die Behörde ihr Ermessen unterhalb der Schwelle der Ermessensreduzierung auf Null ordnungsgemäß ausüben.
5. § 114 S. 2 VwGO ist auch bei Verpflichtungs- bzw. Bescheidungsklagen anwendbar.
6. Eine **erstmalige Ausübung von Ermessen im gerichtlichen Verfahren** ist zulässig, wenn sich aufgrund neuer Umstände die Notwendigkeit einer Ermessensausübung erst nach Klageerhebung ergibt. § 114 S. 2 VwGO lässt aber keine erstmalige Ermessensausübung zu, wenn es von vornherein einer Ermessensentscheidung bedurfte, die Behörde dies aber verkannt hat.

**Fall:** Der Kläger begehrt vom Beklagten ein bauaufsichtliches Einschreiben gegen die Beigeladenen.

Er ist seit 1998 Eigentümer des Grundstücks R-Straße 24 im Ortsteil (...) der Stadt E. Die Beigeladenen sind Eigentümer des nordwestlich angrenzenden, mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks A-Straße 4a, das auf einem von Südwesten nach Nordosten ansteigenden Berghang gelegen ist. Das Grundstück grenzt im östlichen Teil in einer Länge von ca. 8 m an das im Eigentum des Klägers stehende Grundstück, auf dem sich etwa parallel zur Grundstücksgrenze Teile der Grundmauern eines ehemaligen Scheunengebäudes befinden.

In den Jahren 2003/2004 errichteten die Beigeladenen eine u-förmig angeordnete Stützmauer mit Umwehrgang im südlichen Teil ihres Grundstücks. Auf dem von der Mauer abgestützten Gelände befindet sich eine mit Rasen bewachsene Fläche. Der nach Südwesten errichtete Mauerteil verläuft parallel zum Nachbargrundstück R-Straße 23.

Am 17.05.2006 beantragten die Beigeladenen für diesen (nach Südwesten zeigenden) Teil der Stützmauer beim Beklagten nachträglich die Erteilung einer Baugenehmigung zur Böschungssicherung. Die beiden anderen Mauerteilstücke nahmen sie von ihrem Baugenehmigungsantrag aus, da sie der Auffassung waren, diese seien genehmigungsfrei.

Mit Bescheid vom 23.11.2006 ließ der Beklagte für dieses Vorhaben auf entsprechenden Antrag der Beigeladenen eine Abweichung von § 6 II BauO LSA zu. Zur Begründung führte er aus, die Abweichung werde erteilt, weil das vorhandene Gelände auf dem Baugrundstück selbst und zum Nachbargrundstück (Flurstück 70) sehr stark abfalle. Mit Bescheid vom 23.11.2006 erteilte der Beklagte den Beigeladenen die beantragte Baugenehmigung. Die dagegen vom Kläger erhobene Klage (2 A 76/07 HAL) wies das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 25.11.2008 ab. Zur Begründung führte es u.a. aus, der entlang der südöstlichen Grenze des Grundstücks der Beigeladenen parallel zur Grenze des klägerischen Grundstücks verlaufende Teil der Stützmauer sei von der Baugenehmigung nicht erfasst.

Mit Schreiben vom 17.05.2009 beantragte der Kläger beim Beklagten, bauordnungsrechtliche Verfügungen zur Herstellung eines baurechtmäßigen Zustandes gegen die Beigeladenen zu erlassen. Die auf dem Grundstück der Beigeladenen errichtete Aussichtsterrasse sei ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet worden, verkörpere einen rechtswidrigen Zustand und führe durch Grenzüberbauung, Bodenerhöhung und Pressungen zu

Einwirkungen auf sein Grundstück. Mit Schreiben vom 10.06.2009 forderte der Kläger den Beklagten nochmals zum Einschreiten auf, und mit weiterem Schreiben vom 03.09.2009 bat der Kläger um Bescheidung bis zum 10.09.2009. Daraufhin teilte der Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 07.09.2009 - ohne Rechtsbehelfsbelehrung - mit: Die Stützmauer einschließlich der aus Sicherheitsgründen erforderlichen Umwehrung sei mit Bescheid vom 23.11.2003 genehmigt worden und diene der Böschungs- und Absturzsicherung der Grundstücksfläche. Anlass für ein bauaufsichtliches Einschreiten seitens der Bauaufsichtsbehörde bestehe deshalb nicht. Aus den genannten Gründen lehne er den Antrag des Klägers „wegen fehlender Sachbescheidung“ ab.

Nachdem der Kläger hiergegen Widerspruch erhoben hatte, teilte ihm der Beklagte mit Schreiben vom 15.09.2009 mit, dass das behördliche Schreiben vom 07.09.2009 objektiv kein Verwaltungsakt und demzufolge ein Widerspruch nicht statthaft sei. In Beantwortung der Schreiben des Klägers vom 17.05.2009 und 14.09.2009 verweise er auf die Ausführungen in dem behördlichen Schreiben vom 07.09.2009, da keine neue Sach- und Rechtslage entstanden sei.

Am 28.07.2010 hat der Kläger (Untätigkeits-)Klage erhoben und zur Begründung vorgetragen: Die Beigeladenen hätten ohne Genehmigung eine Aussichtsterrasse im Grenzbereich zu seinem Grundstück errichtet, die bis weit über 4 m über der Geländeoberkante seines Grundstücks liege. Das Bauwerk verfüge nicht über ein hinreichendes Fundament und übe seitlichen Druck auf die auf seinem Grundstück stehende Stützmauer eines ehemaligen Scheunengebäudes aus. Durch die Lastabtragung sei mit einem baldigen Einsturz der Scheunenmauer zu rechnen. Dieser Umstand sei auch nach Anordnung der Zwangsversteigerung seines Grundstücks zu berücksichtigen, weil er zu einer Wertminderung führe und potentielle Erwerber abschrecke. Ihm sei nicht zuzumuten, die Standsicherheit der Aussichtsterrasse auf dem Nachbargrundstück durch seine Scheunenmauer zu gewährleisten. Wird die Klage Erfolg haben?

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

## I. Zulässigkeit der Klage

Da um öffentliches Baurecht gestritten wird, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Die Verpflichtungsklage in Gestalt der Untätigkeitsklage ist auch statthaft.

*„Gemäß § 75 S. 1 VwGO ist die Klage, wenn über einen Widerspruch oder über einen Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsakts ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden worden ist, abweichend von § 68 zulässig. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Dabei kann in diesem Zusammenhang offen bleiben, ob im Schreiben des Beklagten vom 07.09.2009 ein mit Widerspruch angreifbarer Verwaltungsakt in Gestalt eines Ablehnungsbescheides zu sehen ist. Der Beklagte hat **entweder über den Antrag des Klägers auf bauaufsichtliches Einschreiten oder über seinen Widerspruch vom 14.09.2009 innerhalb angemessener Frist nicht entschieden. Ein zureichender Grund für die Nichtbescheidung des Klägers ist nicht ersichtlich.**“ (OVG Magdeburg aaO.)*

Auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor, so dass die Klage zulässig ist.

## II. Begründetheit der Klage

### 1. Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten

#### a) Rechtsgrundlage

Nach § 79 S. 1 BauO LSA kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung von Anlagen anordnen, wenn diese im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert werden und nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Hieraus könnte sich ein Anspruch des Klägers ergeben.

Er kann sich aber auch aus der allgemeinen Ermächtigungsgrundlage des § 57 II BauO LSA ergeben, wonach die Bauaufsichtsbehörden bei der Errichtung, der Änderung, der Nutzung, der Nutzungsänderung, der Instandhaltung und der Beseitigung von Anlagen darüber zu wachen haben, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften und die aufgrund dieser Vorschriften erlassenen Anordnungen eingehalten werden, soweit nicht andere Behörden zuständig sind. Sie können in Wahrnehmung dieser Aufgaben die erforderlichen Maßnahmen treffen.

*„Die Regelung ermächtigt die Bauaufsichtsbehörde damit **zu anderen Maßnahmen** als Anordnungen zur vollständigen oder teilweisen Beseitigung von (baulichen) Anlagen. Ein Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften setzt bei einer genehmigungsbedürftigen Anlage regelmäßig die **formelle und materielle Rechtswidrigkeit** der Anlage und bei einer nicht genehmigungsbedürftigen Anlage deren materielle Rechtswidrigkeit voraus (vgl. Jäde, in: Jäde/Dirnberger, Bauordnungsrecht Sachsen-Anhalt, § 79 Rn. 1 f., m.w.N.). **Liegt eine Baugenehmigung vor und entspricht die errichtete Anlage dieser Baugenehmigung, so kann eine Beseitigungsanordnung nur ergehen, wenn zuvor die Baugenehmigung **unanfechtbar oder sofort vollziehbar zurückgenommen oder widerrufen** worden ist (vgl. Jäde, aaO., Rn. 3 ff., m.w.N.).“ (OVG Magdeburg aaO.)***

**b) Formelle Anspruchsvoraussetzungen**

Einen entsprechenden Antrag bei der zuständigen Behörde hatte der Kläger gestellt, so dass die formellen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen.

**c) Materielle Anspruchsvoraussetzungen**

„Ein Anspruch des Nachbarn auf bauordnungsbehördliches Einschreiben folgt aus den vorgenannten Eingriffsermächtigungen, wenn

- die bauliche Anlage **nicht durch eine bestandskräftige Baugenehmigung gedeckt** wird,
- die Anlage **materiell rechtswidrig** ist und
- den klagenden **Nachbarn in seinen Rechten verletzt**,
- dieser seine **Abwehrrechte nicht verwirkt** hat und
- das **Ermessen der Behörde auf Null reduziert** ist (vgl. OVG NW, Urt. v. 22.08.2005 - 10 A 3611/03 -, BauR 2006, 342 [343], Rn. 35 in juris).“ (OVG Magdeburg aaO.)

**aa) Fehlen einer bestandskräftigen Baugenehmigung**

Zunächst stellt sich also die Frage, ob die bauliche Anlage von einer bestandskräftigen Baugenehmigung gedeckt wird.

„Die „Aussichtsterrasse“ einschließlich der u-förmigen Stützmauer, insbesondere auch der entlang der klägerischen Grundstücksgrenze verlaufende Teil der Stützmauer, sind **nicht durch** die vom Beklagten erteilte **Baugenehmigung vom 23.11.2006 formell legalisiert**. Nach der entscheidungstragenden Auffassung des Verwaltungsgerichts in seinem rechtskräftigen Urteil vom 25.11.2008 im Verfahren 2 A 76/07 HAL umfasst diese Baugenehmigung nur den parallel zum südwestlich angrenzenden Grundstück (R-Straße 23, Flurstück 70) verlaufenden Teil der Stützmauer, weil die Beigeladenen ihren Bauantrag vom 17.05.2006 ausdrücklich auf diesen Teil beschränkten.“ (OVG Magdeburg aaO.)

**bb) Materielle Rechtswidrigkeit**

Nach § 12 I 1 BauO LSA muss jede Anlage im Ganzen und in ihren einzelnen Teilen für sich allein standsicher sein.

„Die Forderung nach der **Standssicherheit** von baulichen Anlagen ist eine **Grundforderung** und stellt eine Konkretisierung der Generalklausel des § 3 BauO LSA dar. Gemäß § 3 I BauO LSA sind Anlagen so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und instand zu halten, dass die **öffentliche Sicherheit und Ordnung**, insbesondere Leben und Gesundheit und die natürlichen Lebensgrundlagen, **nicht gefährdet** werden. Als Standssicherheit bezeichnet werden kann die Eigenschaft einer baulichen Anlage, die die vorgesehene Beanspruchung der baulichen Anlage gewährleistet, ohne dass derart starke physische Veränderungen an der baulichen Anlage entstehen können, die eine Gefährdung bedeuten würden, insbesondere eine Einsturzgefahr hervorrufen könnte, die insbesondere **Leben oder Gesundheit von Menschen und Tieren gefährden** würde (Jäde, aaO., § 12 Rn. 6). In den Begriff der Standssicherheit müssen außer dem Tragwerk selbst weitere Faktoren einbezogen werden, insbesondere ist der **Baugrund für die Standssicherheit von Bedeutung** (Jäde, aaO., § 12 Rn. 9). Die Vorschrift des § 12 II BauO LSA korrespondiert mit der Regelung nach § 3 II BauO LSA, wonach Bauprodukte und Bauarten nur verwendet oder angewendet werden dürfen, wenn bei ihrer Verwendung oder Anwendung die Anlagen bei ordnungsgemäßer Instandhaltung **während einer dem Zweck entsprechenden angemessenen Zeitdauer** die Anforderungen dieses Gesetzes oder aufgrund dieses Gesetzes erlassener Vorschriften erfüllen und gebrauchstauglich sind. Für die Standssicherheit bedeutet dies, dass die **geplante Standzeit des Tragwerkes** bei zweckentsprechender Nutzung und bei ordnungsgemäßer Instandhaltung erreicht werden kann (Jäde, aaO., § 12 Rn. 10).

§ 12 I 2 BauO LSA bestimmt ferner, dass die Standssicherheit anderer baulicher Anlagen und die **Tragfähigkeit des Baugrundes des Nachbargrundstücks** nicht gefährdet werden darf. Beim Nachweis der Standssicherheit müssen alle baulichen Anlagen berücksichtigt werden, auf die durch die bauliche Maßnahme Einwirkungen ausgeübt werden, insbesondere auch Nachbargebäude (Jäde, aaO., § 12 Rn. 21). Die Kräfte, die aufgrund der Last einer baulichen Anlage auf den Baugrund wirken, bewirken Verformungen, die abhängig von der Zusammendrückbarkeit und der Scherfestigkeit des Baugrundes unterschiedliche Auswirkungen haben; die als Setzungen bezeichneten lotrechten Verschiebungen beruhen vor allem aus den lotrecht wirkenden Fundamentlasten; wird die Last größer, treten auch seitliche Verformungen auf (vgl. Jäde, aaO., Rn. 23).“ (OVG Magdeburg aaO.)

Gegen diese Vorgaben müsste verstoßen worden sein.

„Es bestehen hier Anhaltspunkte dafür, dass die von den Beigeladenen errichtete Stützmauer den Anforderungen des § 12 I 1 und 2 BauO LSA nicht genügt [wird ausgeführt]“ (OVG Magdeburg aaO.)

### cc) Verletzung nachbarlicher Rechte

Fraglich ist, ob § 12 I BauO LSA zumindest auch dem Nachbarschutz dient.

„Die Vorschrift des **§ 12 I 2 BauO LSA** hat **nachbarschützende Wirkung** (vgl. Beschl. d. Senats v. 23.08.2004 - 2 M 35/08 -, JMBI LSA 2006, 341; HambOVG, Beschl. v. 13.07.2012 - 2 Bs 142/12 -, BRS 79 Nr. 93, Rn. 13 in juris; Beschl. v. 20.02.2012 - 2 Bs 14/12 -, BRS 79 Nr. 186, Rn. 18 in juris; OVG NW, Urt. v. 09.06.2011 - 7 A 1494/09 -, juris, Rn. 54; SaarOVG, Beschl. v. 22.10.1996 - 2 W 34/96 -, BRS 58 Nr. 181; OVG Berlin, Beschl. v. 02.06.1998 - 2 S 4.98 -, BRS 60 Nr. 118; Große/Suchsdorf/Lindorf/Schmaltz/Wiechert, NBauO, 7 Aufl., § 18 Rn.13, m.w.N.). Entsteht durch ein Bauvorhaben, das dieser Vorschrift nicht entspricht, eine Gefahr für geschützte Rechtsgüter eines Nachbarn, kann sich daraus für den Nachbarn ein **Anspruch auf ordnungsrechtliches Einschreiten** ergeben (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 10.10.2000 - 2 Bs 220/00 -, juris, Rn. 4).

Auch **§ 12 I 1 BauO LSA** kann im Einzelfall **nachbarschützende Wirkung** zukommen (vgl. OVG Berlin, Beschl. v. 02.06.1998 aaO.; Jäde. aaO., Rn. 53; Franz, in: Simon BayBauO, Art. 13 Rn. 1; Große/Suchsdorf/Lindorf/Schmaltz/Wiechert, NBauO, 7 Aufl., § 18 Rn.8; a.A.: OVG NW, Urt. v. 09.06.2011, aaO.; HambOVG Hamburg, Beschl. v. 13.07.2012, aaO.). Die Frage, ob eine baurechtliche Vorschrift ausschließlich objektiv-rechtlichen Charakter hat oder ob sie (**auch**) dem **Schutz individueller Interessen** dient, ob sie also Rücksichtnahme auf Interessen Dritter gebietet, ist, wenn sich dies nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Norm ergibt, im Regelfall durch Auslegung der Norm nach Sinn und Zweck zu beantworten (vgl. BVerwG, Urt. v. 19.09.1986 - BVerwG 4 C 8.84 -, NVwZ 1987, 409, Rn. 11 in juris). Da die Forderung nach der Standsicherheit von baulichen Anlagen nach § 12 I 1 BauO LSA eine **Konkretisierung der Generalklausel des § 3 I BauO LSA** darstellt, wonach Anlagen so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und instand zu halten sind, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere auch **Leben und Gesundheit nicht gefährdet** werden, dient § 12 I 1 BauO insoweit auch dem Nachbarschutz, als vermieden werden soll, dass Leben und Gesundheit von sich auf dem Nachbargrundstück regelmäßig aufhaltenden Menschen oder von Eigentum gefährdet werden. Dem entsprechend kommt § 12 I 1 BauO LSA nachbarschützende Wirkung zu, soweit die fehlende eigene Standsicherheit der Anlage zu einer Gefährdung von Leben, Gesundheit oder Eigentum des Nachbarn führen können.“ (OVG Magdeburg aaO.)

### dd) Verwirkung der Nachbarrechte

Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger die Geltendmachung seiner Nachbarrechte verwirkt haben könnte, bestehen nicht.

### ee) Ermessenreduzierung auf Null

Ein Anspruch des Klägers auf bauaufsichtliches Einschreiben kommt jedoch nur in Betracht, wenn das Ermessen der Beklagten „auf Null“ reduziert ist.

„Eine Verpflichtung zum Einschreiten besteht, wenn eine **unmittelbare Gefährdung besonders wichtiger Rechtsgüter** (Leben, Gesundheit) vorliegt, gerade wenn eine bauliche Anlage nicht (mehr) standsicher ist (vgl. Jäde, aaO., § 12, Rn. 52, m.w.N.).

Voraussetzung für einen bauaufsichtlichen Eingriff nach § 57 II 2 BauO LSA ist das **Vorliegen einer konkreten Gefahr** im Sinne der Regelungen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts (vgl. Beschl. d. Senats v. 22.07.2013 - 2 M 82/13 -, BauR 2014, 819, Rn. 8 in juris; Jäde, aaO., § 3 Rn. 4, m.w.N.). Eine konkrete Gefahr im ordnungsrechtlichen Sinne wird in § 3 Nr. 3a SOG LSA definiert als eine **Sachlage, bei der im Einzelnen Falle die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird.**

Eine solche konkrete Gefahr für das Grundstück des Klägers und von sich dort aufhaltenden Personen aufgrund der nicht abschließend geklärten eigenen Standsicherheit der Stützmauer ist derzeit nicht erkennbar. [wird ausgeführt]

Auch der Umstand, dass die **Aussichtsterrasse Auswirkungen auf die Standsicherheit der Scheunenrestwand** auf dem Grundstück des Klägers hat, führt nicht dazu, dass die Beklagte verpflichtet wäre, gegen die Beigeladenen bauaufsichtlich einzuschreiten.“ (OVG Magdeburg aaO.)

Hinsichtlich der Scheunenrestwand kommen auf Maßnahmen auf dem Grundstück des Klägers in Betracht, die eine mindestens ebenso gute, wenn nicht gar effektivere Maßnahme der Gefahrenbeseitigung darstellen. Hierbei kommt es

nicht darauf an, dass der Kläger wirtschaftlich möglicherweise nicht in der Lage ist, die in Betracht kommenden Maßnahmen durchzuführen.

*„[Dies] führt nicht dazu, dass allein die Inanspruchnahme der Beigeladenen ermessensfehlerfrei wäre. Bei der **Auswahl unter mehreren Störern** ist zwar die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verpflichteten ein wesentliches Entscheidungskriterium (vgl. Urt. d. Senats v. 21.08.2008 - 2 L 76/07 -, juris, Rn. 41, m.w.N.). Zu beachten sind daneben aber auch die **Grundsätze der Effektivität** und der **Zumutbarkeit** sowie das **Verursacherprinzip** (vgl. NdsOVG, Beschl. v. 03.12.2009 - 7 ME 55/09 -, NJW 2010, 1546, Rn. 8 in juris, m.w.N.). Im konkreten Fall darf der Beklagte insbesondere in Rechnung stellen, dass selbst im Fall der Beseitigung der Aussichtsterasse durch die Beigeladenen die Gefahr des Einsturzes der Scheunrestmauer auf dem Grundstück des Klägers fortbestünde und dort unabhängig vom Vorhandensein der Aussichtsterasse Sicherungsmaßnahmen durchzuführen sind.“* (OVG Magdeburg aaO.)

Mangels Ermessensreduzierung auf Null hat der Kläger keinen Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiben.

## 2. Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung

Der Kläger könnte aber gegen den Beklagten einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung seines Antrages auf bauaufsichtliches Einschreiben haben. Nach § 113 V 2 VwGO spricht das Gericht die Verpflichtung aus, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden, soweit die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Dies könnte hier der Fall sein.

*„Macht ein Dritter gegenüber der Bauaufsichtsbehörde geltend, durch eine Anlage in seinen Rechten verletzt zu sein, so hat er einen **Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung** über ein bauaufsichtliches Einschreiben der Bauaufsichtsbehörde sowie auf Art und Weise des Einschreitens; dabei gelten für die Ermessensausübung der Bauaufsichtsbehörde die allgemeinen Grundsätze (vgl. BayVGH, Urt. v. 04.12.2014 - 15 B 12.1450 -, juris, Rn. 21, m.w.N.; vgl. auch Beschl. d. Senats v. 10.10.2006 - 2 L 680/04 -, juris, Rn. 8). Besteht ein Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiben nicht, muss die Behörde ihr **Ermessen unterhalb der Schwelle der Ermessensreduzierung auf Null ordnungsgemäß ausüben** (vgl. BVerwG, Urt. v. 04.06.1996 - BVerwG 4 C 15.95 -, NVwZ-RR 1997, 271 [273], Rn. 31 in juris). Diesen Anspruch hat der Beklagte bislang nicht erfüllt.“* (OVG Magdeburg aaO.)

Zwar auch entgegen der Auffassung der Beklagten auch das Schreiben vom 07.09.2009 ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. In diesem Bescheid stellte der Beklagte aber keine Ermessenserwägungen an. Der Beklagte ist davon ausgegangen, dass bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein bauaufsichtliches Einschreiben fehlen, insbesondere weil die Stützmauer (insgesamt) baurechtlich genehmigt sei. Dieses Fehlen von Ermessenserwägung könnte jedoch durch die im gerichtlichen Verfahren nachgeschobenen Erwägungen nach § 114 S. 2 VwGO geheilt worden sein.

*„Nach § 114 S. 2 VwGO kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren „ergänzen“. Diese Vorschrift ist **auch bei Verpflichtungs- bzw. Bescheidungsklagen anwendbar** (vgl. Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl., § 114 Rn. 206; Eyermann, VwGO, 14. Aufl., § 114 Rn. 87; VGH BW, Urt. v. 22.07.2009 - 11 S 1622/07 -, juris, Rn. 70; wohl auch BVerwG, Beschl. v. 16.07.2010 - BVerwG 5 B 2.10. 5 PKH 3.10 -, juris, Rn. 13; Urt. v. 07.04.2009 - BVerwG 1 C 17.08 -, BVerwGE 133, 329 [347], Rn. 42; VGH BW, Urt. v. 18.12.2006 - 12 S 2474/06 -, VBIBW 2007, 294 [301], Rn. 82 in juris; a.A.: Kopp/Schenke, 20. Aufl., § 114 Rn. 50; Gerhard, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 114 Rn. 12d und § 113 Rn. 74; Schenke, DVBl. 2014, 285 [294]). Die Grenzen des § 114 Satz 2 VwGO sind indes dann überschritten, wenn die Behörde ihr **Ermessen erstmals ausübt** (vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.07.2010, aaO., m.w.N.). Der Beklagte hat - wie oben bereits dargelegt - **im Verwaltungsverfahren keine Ermessensentscheidung** getroffen, die im gerichtlichen Verfahren ergänzt werden könnte. Eine erstmalige Ausübung von Ermessen im gerichtlichen Verfahren ist zwar zulässig, wenn sich aufgrund neuer Umstände die Notwendigkeit einer Ermessensausübung erst nach Klageerhebung ergibt (BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 - BVerwG 1 C 14.10 -, BVerwGE 141, 253 [256], Rn. 8). Dabei kann das Ermessen auch hilfsweise ausgeübt werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 22.10.2009 - BVerwG 1 C 26.08 -, juris, Rn. 27). **Neue Umstände sind hier aber im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht eingetreten.** [wird ausgeführt]“* (OVG Magdeburg aaO.)

Der Kläger hat daher einen Anspruch auf ermessensfehlerfrei Neubescheidung.

## III. Ergebnis

Die Klage ist zulässig. Sie ist hinsichtlich des Verpflichtungsantrags unbegründet, jedoch hinsichtlich eines Bescheidungsbegehrens begründet.

GewO  
§ 15 II**Untersagung eines Spielhallenbetriebs  
Gewerbefähigkeit einer Personengesellschaft**

POR

(OVG Lüneburg in DÖV 2015, 712; Beschluss vom 12.05.2015 – 7 ME 1/15)

1. Eine **Personengesellschaft** (z.B. GmbH & Co. KG) ist **nicht gewerbefähig** und kann daher **nicht Träger einer Erlaubnis** zum Betrieb einer Spielhalle nach § 33 i GewO sein.
2. Wird durch eine **formwechselnde Umwandlung** gem. §§ 190 ff. UmwG eine Kapitalgesellschaft (hier: GmbH) in eine Personengesellschaft (hier: GmbH & Co. KG) umgewandelt, **erlischt** die der Kapitalgesellschaft **erteilte Erlaubnis** nach § 33 i GewO.
3. Wird in einem **Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes** von dem Antragsteller die **Aussetzung bzw. das Ruhen** des Verfahrens beantragt, bestehen **Bedenken an dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis**.

**Fall:** Die Ast. wandte sich gegen die im Bescheid der Ag. vom 23.12.2013 verfügte und am 06.05.2014 für sofort vollziehbar erklärte Untersagung der Fortsetzung des Betriebs der Spielhalle 2 (rechter Eingang) in der C. in D. wiederherzustellen.

Der Fa. A.- GmbH E wurde unter dem 27.09.1990 eine Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle erteilt. Die GmbH wurde im Jahre 2005 in die A.-GmbH & Co. KG umgewandelt. Mit Schreiben vom 26.09.2012 hat sich die Ag. an die Ast. gewandt und darauf hingewiesen, dass nach ihrer Auffassung auf Grund der Neuregelungen im Glücksspielstaatsvertrag nur noch eine der beiden Spielhallen erlaubnisfähig und der Betrieb der zweiten Spielhalle zu verhindern sei. Die Ast. hat daraufhin nichts unternommen.

Im Rahmen des Verfahrens auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hat die Ast. beantragt, die Verhandlung auszusetze, hilfsweise ruhend zu stellen, bis über die anhängigen Verfassungsbeschwerden gegen das aus § 25 Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) folgende Verbot des Betriebs von Mehrfachspielstätten entschieden sei.

Wie wird das Gericht entscheiden?

**I. Entscheidung über den Antrag auf Aussetzung des Verfahrens**

Im Hinblick auf die anhängigen Verfassungsbeschwerden hat die Ast. eine Aussetzung des Verfahrens nach § 94 VwGO beantragt.

Nach § 94 VwGO kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den **Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits** bildet, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits auszusetzen sei.

„Die Ast. verweist darauf, dass eine Vielzahl von Verfassungsbeschwerden gegen das aus § 25 Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) folgende Verbot des Betriebs von Mehrfachspielstätten anhängig sei. Eine unmittelbare Anwendung des § 94 VwGO kommt danach nicht in Betracht. Die Frage der **Gültigkeit bzw. Verfassungsgemäßheit einer Rechtsnorm** betrifft **kein vorgreifliches Rechtsverhältnis**. Vielmehr geht es um die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2001, 483 m.w.N.). Die Aussetzung kann auch nicht auf eine entsprechende Anwendung von § 94 VwGO gestützt werden. Eine solche **entsprechende Anwendung** wird für die Fälle vertreten, in denen die Entscheidung des Rechtsstreits von der **Gültigkeit einer Norm** abhängt, deren Prüfung bereits **Gegenstand eines Verfahrens vor dem BVerfG** ist. Die von der Ast. aufgeführten Verfassungsbeschwerden betreffen zunächst nicht direkt den § 25 GlüStV. Gegenstand der Verfassungsbeschwerden sind die Regelungen des Berliner Spielhallengesetzes und des Saarländischen Spielhallengesetzes sowie die in § 29 IV 3 GlüStV geregelte einjährige Übergangsfrist. Des Weiteren ergibt sich aus dem von der Ast. vorgelegten Schreiben des BVerfG vom 09.03.2015 in dem Verfahren (1 BvR 1694/13), dass die Sache der zuständigen Kammer oder dem Senat **noch nicht zur Entscheidung über die Annahme der Verfassungsbeschwerde** vorgelegen hat (vgl. § 93 a BVerfGG). Die Aussetzung des Verfahrens in entsprechender Anwendung des § 94 VwGO wegen einer anhängigen Verfassungsbeschwerde gegen die entscheidungserhebliche Norm **setzt jedoch die Annahme der Verfassungsbeschwerde voraus**. Nur in diesen Fällen ist nämlich **mit hinreichender Sicherheit zu erwarten**, dass das **BVerfG eine Entscheidung über die Gültigkeit der Norm** oder ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz trifft, die für das aussetzende Gericht bindend ist und Gesetzeskraft hat (vgl. OVG Bremen, NVwZ-RR 2009, 273 m.w.N.). Schließlich macht § 94 VwGO, auch wenn die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, es dem Gericht nicht zur Pflicht, die Verhandlung auszusetzen. Die Entscheidung liegt vielmehr **im richterlichen Ermessen**. Eine Ermessensreduktion kommt nur dann in Betracht, wenn anders eine sachgerechte Entscheidung nicht möglich ist (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2001, 483). Der Senat hält eine Aussetzung des Beschwerdeverfahrens nicht für sachdienlich: Es handelt sich um ein Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, das eine gewisse Eilbedürftigkeit impliziert. Eine Aussetzung liefe dem Sinn und Zweck eines solchen Verfahrens zuwider.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Darüber hinaus kommt aber auch ein **Ruhen des Verfahrens** nach § 173 S. 1 VwGO, § 251 S. 1 ZPO nicht in Betracht.

„Nach § 251 S. 1 ZPO hat das Gericht das **Ruhen des Verfahrens** anzuordnen, wenn **beide Parteien dies beantragen** und anzunehmen ist, dass wegen Schwebens von Vergleichsverhandlungen oder aus sonstigen wichtigen Gründen diese Anordnung zweckmäßig ist. Unabhängig davon, dass der Senat die **Anordnung des Ruhens eines Beschwerdeverfahrens im vorläufigen Rechtsschutz** nicht für zweckmäßig hält, hat die Ag. mit Schriftsatz vom 22.04.2015 mitgeteilt, dass sie keinen Anlass für die Beantragung des Ruhens des Beschwerdeverfahrens sieht.“ (OVG Lüneburg aaO.)

## II. Zulässigkeit des Antrags

Die Normen der GewO, nach welchen die Untersagung erfolgt ist, sind solche des öffentlichen Rechts, so dass der **Verwaltungsrechtsweg** nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist. Bei der Schließungsverfügung handelt es sich um einen **belastenden Verwaltungsakt** nach § 35 S. 1 VwVfG, dessen **sofortige Vollziehbarkeit** nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO angeordnet wurde, so dass der Antrag auf **Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung** nach § 80 V VwGO statthaft ist. Auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor. Allerdings bestehen Bedenken hinsichtlich des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses der Ast.

„Die Ast. hat mit Schriftsatz vom 26.03.2015 eine Aussetzung des Beschwerdeverfahrens, hilfsweise ein **Ruhen des Beschwerdeverfahrens** beantragt. Mit diesem Begehren macht die Ast. deutlich, dass sie sich – insbesondere auch wirtschaftlich – darauf eingestellt hat, für die Dauer der Verfahren vor dem BVerfG der für sofort vollziehbar erklärten Untersagung der Fortsetzung des Spielhallenbetriebs zu folgen. Vor dem Hintergrund der durchschnittlichen Verfahrensdauer von Verfassungsbeschwerden (vgl. dazu die im Internet veröffentlichte Jahresstatistik 2014 des BVerfG) gibt sie damit zugleich zu erkennen, dass es vor dem voraussichtlichen Abschluss des Klageverfahrens (11 A 391/14) einer **Entscheidung im Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nicht bedarf**.“ (OVG Lüneburg aaO.)

## III. Begründetheit des Antrags nach § 80 V VwGO

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist begründet, wenn die **Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtswidrig** ist. Rechtsgrundlage für die Anordnung ist § 80 II 1 Nr. 4 VwGO. Hier hat auch die zuständige Behörde gehandelt, nämlich die Behörde, welche die Schließungsverfügung erlassen hat. Es kann davon ausgegangen werden, dass diese die sonstigen **formellen Vorgaben eingehalten** und die Anordnung der sofortigen Vollziehung insbesondere mit der nach § 80 III VwGO erforderlichen **einzelfallbezogenen Begründung versehen** hat. Fraglich ist allerdings, ob hier ein über das öffentliche Interesse am Erlass der Schließungsverfügung hinausgehendes **besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung** besteht.

### 1. Summarische Prüfung des Grund-VA

Dies setzt zunächst voraus, dass der Verwaltungsakt, dessen sofortige Vollziehung angeordnet wird, nach summarischer Prüfung rechtmäßig ist, da kein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung rechtswidriger Verwaltungsakte bestehen kann.

#### a) Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Schließungsverfügung ist § 15 II GewO.

#### b) Formelle Rechtmäßigkeit

Von der formellen Rechtmäßigkeit der Schließungsverfügung kann ausgegangen werden.

#### c) materielle Rechtmäßigkeit der Schließungsverfügung

Eine Entscheidung nach § 15 II GewO setzt voraus, dass ein erlaubnispflichtiges Gewerbe ohne Erlaubnis betrieben wird. Zudem muss die Entscheidung ermessensgerecht erfolgen.



**aa) Betrieb eines Gewerbes ohne Erlaubnis**

Fraglich ist, ob der Spielhallenbetrieb des Ast. ohne erforderliche Erlaubnis betrieben wurde.

Der **Betrieb einer Spielhalle** ist nach § 33i GewO, § 24 I GlüStV **erlaubnispflichtig**. Die Fa. A.-GmbH E war zwar Inhaberin einer Erlaubnis nach § 33i GeO, die nach der **Übergangsregelung** des § 29 IV 2 GlüStV **bis zum Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten** dieses Vertrags als mit §§ 24 und 25 vereinbar gilt. Fände diese Vorschrift Anwendung, so gälte der Betrieb der Ast. als bis zum 30.06.2017 genehmigt, da der GlüStV am 01.07.2017 in Kraft getreten ist (vgl. zur Verfassungsmäßigkeit dieser Stichtagsregelung die Entscheidung des Staatsgerichtshofs für das Land Baden vom 17.06.2014, GBl. S. 339). Fraglich ist jedoch, ob diese Erlaubnis der A.-GmbH E. auf die Ast. übergegangen ist.

Vor dem Hintergrund der **Umwandlung im Wege des Formwechsels** nach Maßgabe der §§ 190 ff. UmwG könnte eine Neukonzessionierung entbehrlich sein. Mit der Eintragung des Formwechsels besteht der ursprüngliche Rechtsträger in der durch den Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter. **Öffentlich-rechtliche Erlaubnisse und Genehmigungen** bleiben dabei **grundsätzlich rechtswirksam**. Dies könnte auch für gewerberechtliche Zulassungen gelten.

*„Der Senat verkennt nicht das die formwechselnde Umwandlung bestimmende **Prinzip der rechtlichen und wirtschaftlichen Identität des Rechtsträgers alter und neuer Rechtsform**. Grundsätzlich bleiben daher öffentlich-rechtliche Erlaubnisse und Genehmigungen auch nach dem Formwechsel erhalten. Etwas anderes gilt jedoch für Erlaubnisse, die **nur Unternehmen mit bestimmter Rechtsform erteilt werden können** oder die personenbezogen sind (vgl. Eckert, ZIP 1998, 1950 – zum Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft und seine Auswirkungen auf öffentlich-rechtliche Erlaubnisse). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor. Die **Erlaubnis nach § 33 i GewO ist persönlicher und sachlicher Natur**, d.h. sie ist an eine bestimmte Person, an bestimmte Räume und an eine bestimmte Betriebsart gebunden (vgl. Marcks in Landmann/Rohmer, GewO, Bd. I, Stand: Okt. 2014, § 33 i Rn. 20). Entscheidend kommt hinzu, dass im **Gewerberecht** – soweit keine anderweitigen speziellen Regelungen bestehen – **nur natürliche oder juristische Personen Gewerbetreibende** sein können. Eine Personengesellschaft – d.h. auch eine GmbH & Co. KG – kann nicht selbst Gewerbetreibende sein, sondern **nur ihre Gesellschafter** (vgl. BVerwGE 22, 16 = BeckRS 1965, 30441841; BVerwGE 37, 130 = BeckRS 1971, 30428801; BVerwG, NJW 1993, 1346 = GewA 1993, 156 = NVwZ 1993, 584 Ls.; VGH München, Urt. v. 26.11.1991 – 22 B 90.440, GewA 1992, 181; VGH Kassel, NVwZ-RR 1991, 552 = GewA 1991, 343; OVG Lüneburg, Beschl. v. 31.07.2008 – 7 LA 53/08, GewA 2009, 32; Marcks in Landmann/Rohmer, § 33 i Rn. 19, § 35 Rn. 64 f. m.w.N.).*

*Diese im Gewerberecht überkommene Rechtsauffassung hat zur Konsequenz, dass **gewerberechtliche Erlaubnisse nur dann erhalten** bleiben können, wenn es sich sowohl bei dem formwechselnden Rechtsträger als auch bei dem **Rechtsträger neuer Rechtsform um Gewerbetreibende** handelt (vgl. VG Gießen, Urt. v. 30.08.2000 – 8 E 592/99, GewA 2001, 80; Gaiser, DB 2000, 361 – zur Umwandlung und Auswirkungen auf personenbezogene öffentlich-rechtliche Erlaubnisse – Ein unlösbarer Konflikt zwischen Umwandlungsrecht und Gewerberecht?; a.A.: BFHE 203, 553 = NZG 2004, 439 – zur Eintragung in die Handwerksrolle; kritisch: Odenthal, GewA 2005, 132 – zum Schicksal personenbezogener gewerberechtlicher Erlaubnisse bei der Umwandlung von Gesellschaften). Der **Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG** führt danach zum **Erlöschen bestehender gewerberechtlicher Erlaubnisse**, da die GmbH & Co. KG nicht Gewerbetreibende sein kann.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

Die Ast. kann sich nicht darauf berufen, dass die der Firma „A.-GmbH E.“ unter dem 27.09.1990 erteilte Erlaubnis unabhängig von der Umwandlung im Jahr 2005 weitergilt. Der Betrieb wird daher ohne Erlaubnis betrieben.

**bb) Ermessenausübung**

Die Ag. müsste sein Ermessen auch pflichtgemäß ausgeübt haben. Fraglich ist aber, ob hierbei nicht ein zugunsten der Ast. streitender **Vertrauensschutz** hätte berücksichtigt werden müssen. Selbst wenn die Ag. Kenntnis von der Umwandlung hatte, was zweifelhaft ist, würde dies jedoch nicht zu einem Ermessensfehler führen.

„[Die] bloße Untätigkeit der Ag. hinsichtlich der formellen Illegalität des Betriebs der Spielhalle ab dem Jahr 2005 [vermag] kein Vertrauen der Ast. in den Fortbestand der im Jahr 1990 erteilten Erlaubnis zu begründen. Zunächst lag es **nicht im Verantwortungsbereich der Ag.**, die Ast. **zu einer Neubeantragung** der Erlaubnis nach § 33 i GewO **aufzufordern**; insoweit ist der Gewerbetreibende selbst in der Pflicht. Des Weiteren ist aus dem Nichterlass einer Verfügung nach § 15 II GewO nicht zu folgern, dass ihre tatbestandlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen hätten. Bei der **Verhinderung des Weiteren Betriebs** eines Gewerbes nach § 15 II GewO handelt es sich um eine **Ermessensentscheidung**, bei der hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahme zwischen einer **bloß formellen und einer materiellen Illegalität zu unterscheiden** ist. Nach dem Erlöschen der ursprünglich im Jahr 1990 erteilten Erlaubnis gem. § 33 i GewO durch den Umwandlungsvorgang im Jahr 2005 **lag bis zum Inkrafttreten des neuen Glücksspielstaatsvertrags im Jahr 2012 zunächst nur eine formelle Illegalität** vor. Dieser formelle Rechtsverstoß hätte durch die Beantragung einer neuen Erlaubnis beseitigt werden können, so dass **ermessensfehlerfrei von dem Erlass einer Verfügung nach § 15 II GewO abgesehen** werden konnte.

Aus diesem Grund kann der **Nichterlass** einer entsprechenden Verfügung **weder ein Vertrauen in den Fortbestand** der ursprünglichen Erlaubnis noch dahingehend begründen, dass auch in Zukunft – etwa bei Hinzutreten einer materiellen Illegalität – **keine Verfügung nach § 15 II GewO ergehen** würde. Die Situation hat sich durch die Einführung der zwingenden Abstandsvorschriften in § 25 GlüStV geändert. Damit ist der Betrieb der hier streitigen Spielhalle 2 auch **materiell rechtswidrig** geworden.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Die für sofort vollziehbar erklärte Schließungsverfügung ist daher nach summarischer Prüfung rechtmäßig.

## 2. Besondere Vollzugsinteresse

Gleichwohl setzt die Anordnung der sofortigen Vollziehung ein **besonderes öffentliches Interesse** an dem Entzug des Suspensiveffekts voraus. Gegen die Annahme eines solchen Vollzugsinteresses könnte der Umstand sprechen, dass die Ag. zwar mit Schreiben vom 26.09.2012 auf die rechtswidrige Situation aufmerksam gemacht, aber erst am 23.12.2013 weitere Schritte ergriffen hat, so dass eine Eilbedürftigkeit fehlen könnte.

„Den wirtschaftlichen Interessen der Ast. steht das **hohe Gewicht des Interesses der Allgemeinheit** an einem **zeitnahen Wirksamwerden** der mit dem Glücksspielstaatsvertrag zur Eindämmung der Spielsucht vorgenommenen **Rechtsänderungen** gegenüber. Der **Gesetzeszweck**, die Spielmöglichkeiten zu beschränken und damit im Hinblick auf das **hohe Suchtpotenzial bei Geldspielgeräten** die Gefahren der Spielsucht einzudämmen, stellt einen **bedeutsamen öffentlichen Belang** dar, der es rechtfertigt, private – insbesondere wirtschaftliche – Belange einzelner Spielhallenbetreiber geringer zu gewichten (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.04.2014 – 7 ME 121/13, BeckRS 2014, 50142 = NdsVBl 2014, 286; Beschl. v. 07.01.2014 – 7 ME 90/13, BeckRS 2014, 46129 = DÖV 2014, 352 Ls.). Dies gilt hier umso mehr, als die Ast. mit ihrem Antrag auf Aussetzung bzw. Ruhen des Beschwerdeverfahrens zum Ausdruck gebracht hat, dass sie sich **wirtschaftlich auf ein vorübergehendes Nichtbetreiben der Spielhalle eingestellt** hat.

Das dargestellte öffentliche Interesse ist nicht durch das von der Ast. geltend gemachte Zuwarten der Ag. entfallen. Die Tatsache, dass die Ag. die angegriffene Verfügung erst **15 Monate nach ihrem Anhörungsschreiben** vom 26.09.2012 erlassen hat, ist dem Umstand einer umfangreichen internen Prüfung auf der Grundlage des Vortrags der Ast., der Gewährung von Akteneinsicht und der erneuten Anhörung der Ast. geschuldet. Aus dem Umstand, dass die Ag. den angefochtenen Bescheid vom 23.12.2013 nicht unmittelbar mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung verbunden hat, kann ebenfalls nicht gefolgert werden, dass ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung nicht besteht. Vielmehr stand es der Ag. **frei, zunächst abzuwarten, ob überhaupt ein Rechtsbehelf gegen die getroffene Verfügung eingelegt** wird. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist nämlich nur dann erforderlich, wenn mit einer Bestandskraft der Grundverfügung nicht in absehbarer Zeit zu rechnen ist. Nachdem durch die Klageerhebung und die mehrfachen Fristverlängerungsanträge der Ast. im gerichtlichen Klageverfahren feststand, dass eine solche Bestandskraft nicht in naher Zukunft eintreten würde, hat die Ag. – insoweit zeitnah – am 06.05.2014 die sofortige Vollziehung angeordnet.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Auch ein besonderes Vollzugsinteresse ist daher gegeben.

## IV. Ergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist rechtmäßig. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist unbegründet.

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  
§§ 133, 2084

**Auslegung eines Testaments**  
Ermittlung des wahren Willens

ErbR

(OLG Hamm in MDR 2015, 523; Urteil vom 26.02.2015 – 23 U 2301/14)

**Fall:** Am 09.03.1995 wurde dem Beklagten ein Erbschein als Alleinerbe erteilt. Der Nachlass bestand im Wesentlichen aus dem bäuerlichen Anwesen mit Gastwirtschaft; finanzielle Mittel oder Wertgegenstände waren nicht vorhanden. Die Klägerin behauptet, die Erblasserin habe vor Abfassung des Testaments v. 26.12.1980 beabsichtigt, ihrem Sohn Josef das bäuerliche Anwesen nach dem Tod zu übereignen. Sie habe dies ihrem Sohn Josef mitgeteilt und ihn darüber informiert, dass er dann seine Geschwister abfinden müsse, indem er ihnen bebaubare Grundstücksflächen übereigne. Da Josef A. das Anwesen nicht übernehmen wollte, habe die Erblasserin sodann entschieden, dass der Beklagte Erbe werden und die Geschwister abfinden solle. Vor ihrem Tod habe die Erblasserin in mehreren Gesprächen bestätigt, dass der Beklagte aufgrund des Testaments verpflichtet sei, der Klägerin ein bebaubares Grundstück zu übereignen. Die Klägerin ist der Ansicht, maßgeblich für die Auslegung des Testaments sei der wahre Wille der Erblasserin. Dieser sei im Testament durch die Worte „finanziell abfinden“ auch hinreichend angedeutet.

**I. Auslegungsmaßstäbe für Testamente**

„Maßgeblich bei der Auslegung eines Testaments ist nach §§ 133, 2084 BGB die **Erforschung des wahren Willens des Erblassers**. Hierfür ist nicht nur die Analyse des Wortlauts maßgeblich. Vielmehr sind alle auch **außerhalb der Urkunde liegenden Umstände** heranzuziehen. Auch bei nach dem Wortlaut scheinbar eindeutigen Willenserklärungen ist die Auslegung nicht an den Wortlaut gebunden, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Erblasser mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht (BGH v. 08.12.1982 – IVa ZR 94/81, MDR 1983, 293 f. = NJW 1983, 672 f.; Urt. v. 28.01.1987 – IVa ZR 191/85 – Rn. 17, juris; Leipold in MüKo/BGB, 6. Aufl., § 2084 Rn. 10). Nach Ermittlung des wahren Willens des Erblassers muss entschieden werden, ob der **so ermittelte Wille eine hinreichende Stütze im Testament selbst findet**; denn nur dann ist der Wille formgültig erklärt (BGH v. 08.12.1982, aaO.; v. 28.01.1987, aaO. – Rn. 17; Leipold, aaO., § 2084 Rn. 14).“ (OLG Hamm aaO.)

**II. Anwendung auf den Fall**

„Vorliegend kann zugunsten der Klägerin unterstellt werden, dass die Erblasserin vor bzw. bei Errichtung des Testaments den Willen hatte, dass ihr ältester Sohn Franz als Alleinerbe seinen enterbten Geschwistern als Abfindung jeweils ein 1.000 qm großes, bebaubares Grundstück übereignen sollte. Ein solcher Wille ist jedoch in keiner Weise im Testament v. 26.12.1980 angedeutet, mithin jedenfalls **nicht formgültig nach § 2247 I BGB erklärt**.“

Nach dem Testament sollen die Geschwister des Beklagten eine „finanzielle“ Abfindung erhalten. Die Bezeichnung als „**finanzielle**“ Abfindung ist gerade **kein Indiz für eine Abfindung in Grundstücken**, sondern für eine solche in Geld. Zudem soll bei Tod der Erblasserin das „ganze Anwesen A. in S. mit allem lebenden und toten Inventar, einschließlich aller Immobilien“ auf den Beklagten übergehen und die finanzielle Abfindung in der Weise erfolgen, dass „das Anwesen erhalten“ bleibe. Ginge man davon aus, dass der Beklagte den Geschwistern als Abfindung jeweils Grundstücke von 1.000 qm herausmessen und übereignen sollte, wäre dies das Gegenteil zu den im Testament enthaltenen Erklärungen. Noch weniger ist an irgendeiner Stelle des Testaments angedeutet, dass diese Grundstücke eine Größe von 1.000 qm haben sollten.“ (OLG Hamm aaO.)

StVG  
§ 7

**Betrieb eines Kraftfahrzeugs**  
Einsatz als reine Arbeitsmaschine

SR BT

(BGH in NJW 2015, 1681; Urteil vom 24.03.2015 – VI ZR 265/14)

1. Ein Schaden ist dann gem. § 7 I StVG „**bei dem Betrieb**“ eines Kraftfahrzeugs entstanden, wenn sich in ihm die von dem Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren ausgewirkt haben, das heißt wenn bei der insoweit gebotenen wertenden Betrachtung das Schadensgeschehen durch das Kraftfahrzeug (mit-)geprägt worden ist.
2. Erforderlich ist stets, dass es sich bei dem Schaden, für den Ersatz verlangt wird, um eine **Auswirkung derjenigen Gefahren handelt**, hinsichtlich derer der Verkehr nach dem Sinn der Haftungsvorschrift schadlos gehalten werden soll, das heißt die Schadensfolge muss in den Bereich der Gefahren fallen, um **derentwillen die Rechtsnorm erlassen worden ist**.
3. Ein Schaden, der dadurch entsteht, dass ein Grashäcksler durch den Metallzinken, der von einem zuvor auf demselben Grundstück eingesetzten Kreiselschwader abgefallen war, beschädigt wird, ist nicht der Betriebsgefahr des Traktors zuzurechnen, der den Kreiselschwader gezogen und angetrieben hat.

**Fall:** Der Kl. verlangt von den Bekl. Schadensersatz i.H.v. 26.137 € für die Beschädigung eines Grashäckslers. Der Kl. und der Bekl. zu 1, beide Landwirte, leisteten sich wechselseitig Hilfe mit ihren landwirtschaftlichen Maschinen. Am 07.05.2011 bearbeitete der Bekl. zu 1 eine zuvor von ihm gemähte Wiese mit seinem bei dem Bekl. zu 2 haftpflichtversicherten Traktor mit angehängtem Kreiselschwader. Der Kreiselschwader wird über die Zapfwelle des ziehenden Traktors angetrieben. Dabei wird ein Kreiselschwader mit den daran befestigten, senkrecht nach unten stehenden Metallzinken in Rotation versetzt und so das geschnittene Gras zu Schwaden zusammengeschoben. Am nächsten Tag fuhr der Kl. mit seinem Grashäcksler absprachegemäß auf die zuvor vom Bekl. zu 1 bearbeitete Wiese und begann mit dem Häcksler die zusammengeschwadeten Spuren aufzunehmen und

weiterzuverarbeiten. Dabei wird das Gras von dem Vorsatzgerät aufgenommen und über die Einzugswalzen in das Häckselwerk der Maschine eingezogen. Kurz nach Beginn der Arbeiten kam es zu einer massiven Beschädigung der Häckseltrommel und des Häckselwerks durch einen von der Maschine aufgenommenen Fremdkörper. Der Kl. hat vorgetragen, dass es sich bei dem den Schaden verursachenden Fremdkörper um einen 35 cm langen Metallzinken des Kreiselschwaders gehandelt habe, den dieser verloren habe, als der Traktor in Bewegung gewesen sei. Er ist der Auffassung, dass sich das Schadensereignis bei dem Betrieb des Traktors mit dem Kreiselschwader i.S.v. § 7 I StVG ereignet habe. Trifft diese Rechtsauffassung zu?

Voraussetzung des § 7 I StVG ist, dass eines der dort genannten Rechtsgüter „bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs“ verletzt bzw. beschädigt worden ist.

### I. Betrieb eines Kraftfahrzeugs

„Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats ist dieses **Haftungsmerkmal** entsprechend dem umfassenden Schutzzweck der Norm **weit auszulegen**. Denn die Haftung nach § 7 I StVG ist der Preis dafür, dass durch die Verwendung eines Kraftfahrzeugs erlaubterweise eine **Gefahrenquelle eröffnet** wird; die Vorschrift will daher alle durch den Kraftfahrzeugverkehr beeinflussten Schadensabläufe erfassen.

Ein Schaden ist demgemäß bereits dann „bei dem Betrieb“ eines Kraftfahrzeugs entstanden, wenn sich in ihm die **von dem Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren ausgewirkt** haben, das heißt wenn bei der insoweit gebotenen wertenden Betrachtung das Schadensgeschehen durch das Kraftfahrzeug (mit-)geprägt worden ist (vgl. Senat, NJW 1988, 3018; NJW 1988, 2802; NJW 1989, 2616; NJW 1990, 2885; NJW-RR 2008, 764; NJW 2012, 1951 Rn. 17 und NJW 2013, 1679). Erforderlich ist aber stets, dass es sich bei dem Schaden, für den Ersatz verlangt wird, um eine Auswirkung derjenigen Gefahren handelt, hinsichtlich derer der Verkehr nach dem Sinn der Haftungsvorschrift schadlos gehalten werden soll, das heißt die **Schadensfolge muss in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen worden ist** (vgl. Senat, NJW 1962, 1676; NJW 1981, 983; NJW 1989, 2616; NJW 1990, 2885 = VersR 1991, 111 [112]; NJW 2005, 2081; NJW 2012, 1951 Rn. 17 und NJW 2013, 1679 und NJW 2014, 1182 Rn. 5). Für die Zurechnung der Betriebsgefahr kommt es damit maßgeblich darauf an, dass der Unfall in einem nahen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kraftfahrzeugs steht (vgl. Senat, NJW 1972, 1808; NJW 1973, 44; NJW 2004, 1375, VersR 2004, 529, 531; NJW-RR 2008, 764; VersR 2013, 599 Rn. 15 und NJW 2014, 1182 Rn. 5).“ (BGH aaO.)

### II. Besonderheiten bei Kraftfahrzeugen mit Arbeitsfunktion

„Bei Kraftfahrzeugen mit Arbeitsfunktionen ist es erforderlich, dass ein Zusammenhang mit der **Bestimmung des Kraftfahrzeugs als eine der Fortbewegung und dem Transport dienende Maschine** (vgl. § 1 II StVG) besteht. Eine Haftung nach § 7 I StVG entfällt daher, wenn die Fortbewegungs- und Transportfunktion des Kraftfahrzeugs keine Rolle mehr spielt und das **Fahrzeug nur noch als Arbeitsmaschine** eingesetzt wird (vgl. Senat, NJW 1988, 3019; NJW 1978, 1582 und NJW 1975, 1886; sowie NJW 1991, 1171) oder bei Schäden, in denen sich eine **Gefahr aus einem gegenüber der Betriebsgefahr eigenständigen Gefahrenkreis** verwirklicht hat (vgl. Senat, NJW 1991, 2568 m.w.N.). Eine Verbindung mit dem „Betrieb“ als Kraftfahrzeug kann jedoch zu bejahen sein, wenn eine „fahrbare Arbeitsmaschine“ gerade während der Fahrt bestimmungsgemäß Arbeiten verrichtet (vgl. Senat, NVwZ-RR 2005, 381; NJW 1991, 1171; vgl. auch OLG Stuttgart, NVwZ-RR 2004, 10; OLG Rostock, DAR 1998, 474 [475]).“ (BGH aaO.)

### III. Anwendung auf den Fall

„Der erkennende Senat hat Schäden als vom Schutzzweck des § 7 StVG erfasst angesehen, die bei dem Auswerfen von **Streugut aus einem Streukraftfahrzeug** (vgl. Senat, NJW 1988, 3019) und beim **Hochschleudern eines Steins durch ein Mähfahrzeug** (Senat, NVwZ-RR 2005, 381) entstanden waren: im ersten Fall, weil das Streugut während der Fahrt verteilt worden sei, sich ein durch den Einsatz im Straßenverkehr mitgeprägtes spezifisches Gefahrenpotenzial ergebe und sich das Auswerfen des Streuguts von der Eigenschaft des Streuwagens als Kraftfahrzeug und Beförderungsmittel nicht sinnvoll trennen lasse; im zweiten Fall, weil der Unimog mit seiner Motorkraft nicht nur den Antrieb für das Mähwerk gebildet habe, sondern auch auf dem Seitenstreifen entlanggefahren sei und dadurch das Mähfahrzeug fortbewegt habe.

[Es]...lässt sich nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände entscheiden, wann haftungsrechtlich nur noch die Funktion als Arbeitsmaschine in Frage steht (vgl. Senat, NJW 1975, 1886). Ist dies der Fall, ist der Zurechnungszusammenhang unter Schutzzweckgesichtspunkten enger zu sehen. Dabei ist im Streitfall maßgeblich, dass der Schaden **weder auf einer öffentlichen noch einer privaten Verkehrsfläche**, sondern auf einer zu dieser Zeit nur landwirtschaftlichen Zwecken dienenden Wiese eingetreten ist und die Transportfunktion lediglich dem Bestellen der landwirtschaftlichen Fläche diene. Hinzu kommt, dass der Schaden nach Abschluss des Arbeitsvorgangs entstanden ist.

Bei der notwendigen Gesamtbetrachtung ergibt sich, dass bei dem **Einsatz der landwirtschaftlichen Maschine** – hier der Kombination eines Traktors mit angehängtem, von diesem betriebenen Arbeitsgerät – **zur Bestellung einer landwirtschaftlichen Fläche** die Funktion als Arbeitsmaschine im Vordergrund stand und der Schadensablauf nicht durch den Betrieb des Kraftfahrzeugs geprägt wurde (vgl. im Ergebnis auch VGH München, Urt. v. 07.05.2009 – 4 BV 08.166, BeckRS 2009, 43264; OLG Brandenburg, NZV 2011, 193 [194]; OLG Hamm, NJW 1996, 1354).“ (BGH aaO.)

**Ergebnis:** § 7 StVG greift als Anspruchsgrundlage nicht, da der Schaden nicht beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs entstanden ist.

BGB  
§§ 281, 323

**Fristsetzung zur Nacherfüllung**  
Inhaltliche Anforderungen

SR BT

(BGH in MDR 2015, 576; Urteil vom 18.03.2015 – VIII-ZR 176/14)

### I. Anforderungen an eine Fristsetzung

„Für eine Fristsetzung im Sinne der vorgenannten Vorschriften genügt es, wenn der Gläubiger durch das **Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung** oder durch vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht. Der **Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins bedarf es nicht**.

Weder lässt sich dem Begriff der Fristsetzung entnehmen, dass die maßgebliche Zeitspanne nach dem Kalender bestimmt sein muss oder in konkreten Zeiteinheiten anzugeben ist, noch erfordert es der Zweck der Fristsetzung

gem. § 437 Nr. 2, § 323 I oder nach §§ 437 Nr. 3, 281 I BGB, dass der Gläubiger für die Nacherfüllung einen bestimmten Zeitraum oder einen genauen (End-)Termin angibt. Dem Schuldner soll mit der Fristsetzung **vor Augen geführt werden**, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken kann, sondern dass ihm hierfür eine zeitliche **Grenze gesetzt** ist. Dieser Zweck wird durch eine Aufforderung, sofort, unverzüglich oder umgehend zu leisten, hinreichend erfüllt (BGH, Urt. v. 12.08.2009 – VIII ZR 254/08 – Rn. 10 f., MDR 2009, 1329 = NJW 2009, 3153, zu § 281 BGB).“ (BGH aaO.)

## II. „Austausch oder rechtliches Vorgehen“ als Fristsetzung

„Daran gemessen hat das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, das ... Vorbringen der Klägerin ... nicht hinreichend erfasst, der Zeuge habe dem Vater der Beklagten ... nicht nur gesagt, das Tier sei ihm zu gefährlich und er fürchte um die Gesundheit seiner Lebensgefährtin, sondern habe auch wörtlich oder wortähnlich erklärt: „Entweder wird das Pferd ausgetauscht oder wir gehen rechtlich gegen Euch vor.“

Diese Äußerung trägt den Anforderungen an eine Fristsetzung gem. §§ 281 I 1, 323 I BGB Rechnung. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen besorgen, dass es eine ordnungsgemäße Nacherfüllungsaufforderung von der Nennung eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins abhängig machen will. Dessen bedarf es jedoch nicht. Bereits in dem Verlangen, das Pferd „auszutauschen“, verbunden mit der **die Ernsthaftigkeit der Erklärung verdeutlichenden Warnung**, andernfalls rechtliche Schritte zu ergreifen, liegt bei verständiger Würdigung unmissverständlich die Aufforderung, **umgehend Abhilfe** durch Übergabe eines gesunden Pferdes zu schaffen. [Rn. 14-16] ...“ (BGH aaO.)

StGB  
§ 24

## Beendeter Versuch Für-Möglich-Halten des Erfolgsintritts

StrR AT

(BGH in NSTZ 2015, 261; Urteil vom 18.02.2015 – 4 StR 38/14)

**Fall:** Die Angekl. unterhielt mit dem aus K. stammenden Zeugen M seit Anfang des Jahres 2010 eine Liebesbeziehung. Mitte des Jahres 2011 erfuhr sie, dass der Zeuge M mit der ebenfalls aus K. stammenden und zu diesem Zeitpunkt dort noch wohnhaften Zeugin Mb, dem späteren Tatopfer, verheiratet war. Die Angekl. sah in der Zeugin Mb eine Konkurrentin um den Zeugen M, die ausgeschaltet werden musste, wenn eine Beziehung zwischen ihr und dem Zeugen M überhaupt noch eine Chance haben sollte. Sie beschloss daher, die Zeugin Mb zu töten. Zur Tatausführung kaufte sie ein Hackmesser mit einer 16 cm langen Klinge und eine Flasche chlorhaltigen Sanitärreinigers. Nachdem sie sich vergewissert hatte, dass sie den Zeugen M in dessen – ihr bekannten – Wohnung nicht antreffen werde, verschaffte sie sich unter einem Vorwand Zugang zu dem Mehrfamilienhaus, in dem die Zeugen M und Mb wohnten, und drückte die defekte Wohnungstür auf.

Die Zeugin Mb hielt sich allein in der Wohnung auf und bemerkte, dass die ihr unbekanntes Angekl. in die Wohnung eindrang. Mit dem mitgeführten Hackmesser griff diese sodann in Tötungsabsicht die Zeugin Mb an und stach in Richtung deren linker Oberkörperhälfte. Der Geschädigten gelang es, diesen Stich mit der linken Hand abzuwehren. Dabei kam es zur fast vollständigen Abtrennung des linken Daumens. In Tötungsabsicht brachte sie der Geschädigten sodann eine 13 cm lange Schnittverletzung quer über die Vorderseite des Halses bei, die bis an die Luftröhre heranreichte, diese aber nicht öffnete; die Hauptschlagader verfehlte die Angekl. nur knapp. Zwei weitere Stichverletzungen im Oberkörper der Geschädigten führten zu weiterem Blutverlust.

Die Zeugin Mb verlor etwa ein Drittel ihres Blutes und wurde kurzzeitig bewusstlos. Die Angekl. ging davon aus, die Geschädigte lebensgefährlich verletzt zu haben. Sie begann nun, die auf ihre Person hindeutenden Tatspuren in der Wohnung zu verwischen. Währenddessen gelang es der Geschädigten, die Blutung an der linken Hand mit einem Handtuch zu stillen. Als die Angekl. sah, dass die Geschädigte innerhalb des etwa 2 Stunden dauernden Geschehens entgegen ihrer ursprünglichen Erwartung noch nicht gestorben, sondern immer noch zu Reaktionen fähig war und erkannte, dass diese möglicherweise durch zeitnah alarmierte Rettungskräfte noch gerettet werden könnte, fragte sie die Zeugin Mb „Wenn Du nicht stirbst, wirst Du mich erkennen?“, woraufhin diese erwiderte, „ich kenne Dich doch nicht“. Angesichts des festgestellten Verletzungsbildes der Zeugin Mb, des hohen Blutverlustes und der festgestellten schlechten körperlichen Verfassung der Zeugin ging die Angekl. allerdings weiter davon aus, die Zeugin Mb lebensgefährlich verletzt zu haben. In Anbetracht des zwischenzeitlich eingetretenen Aggressionsabbaus wirkte die Angekl. nicht weiter mit dem Messer auf die Geschädigte ein, sondern nahm die aus ihrer Sicht eher unwahrscheinliche Möglichkeit in Kauf, dass die Zeugin Mb die Tat überleben würde. Um zu verhindern, dass die Geschädigte Hilfe herbeiholen konnte, zog die Angekl. das Festnetz Kabel des Telefons heraus und entfernte die SIM-Karte aus dem Mobiltelefon. Sie ging davon aus, dass die Zeugin Mb ohne baldige medizinische Versorgung sicher sterben und sie damit nicht als Täterin identifizieren könnte. Die Zeugin Mb überlebte. Liegt ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch vor?

„Der Schuldspruch ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des GBA in seiner Antragschrift vom 10.02.2014 verwiesen. Insbesondere hat das LG ohne Rechtsfehler einen beendeten Versuch angenommen, von dem die Angekl. **nicht mit strafbefreiender Wirkung zurückgetreten** ist.

Die in diesem Zusammenhang vorgenommene Beweismwürdigung des LG ist nicht zu beanstanden. Die StrK hat dabei in den Blick genommen, dass die Angekl. angesichts des vor dem Verlassen der Wohnung erfolgten Wortwechsels mit der Geschädigten die „Möglichkeit“ gesehen hat, die Geschädigte könnte überleben. Dass die Angekl. in Anbetracht des Verletzungsbildes der Geschädigten – fast vollständige Amputation des linken Daumens, herunterlappende Wunde im Halsbereich, die die Luftröhre und den Unterkiefer erkennen ließ, und zwei Verletzungen im Brustbereich -, des damit einhergehenden hohen Blutverlustes und deren kurzzeitiger Bewusstlosigkeit **davon ausgegangen ist, diese lebensgefährlich verletzt zu haben, und billigend in Kauf genommen habe**, die Geschädigte werde **sterben**, ist ein naheliegender Schluss, der revisionsrechtlich hinzunehmen ist.

Anders als die Revision meint, ist den Urteilsgründen auch hinreichend deutlich zu entnehmen, dass das LG seiner Bewertung, es liege ein **beendeter Versuch** vor, einen zutreffenden Maßstab zu Grunde gelegt hat. Ein Versuch ist beendet, wenn der Täter nach der **letzten Ausführungshandlung** die tatsächlichen Umstände, die einen Erfolgseintritt nahe legen, erkennt oder wenn er – wie hier – den Erfolgseintritt in Verkennung der tatsächlichen Ungeeignetheit der Handlung bereits für möglich hält (vgl. BGH Urt. v. 22.08.1985 – 4 StR 326/85, BGHSt 33, 295, 299; Beschl. v. 29.05.2007 – 3 StR 179/07, NSTZ 2007, 634 f.; Urt. v. 19.03.2013 – 1 StR 647/12, NSTZ-RR 2013, 273, 274; Urt. v. 17.07.2014 – 4 StR 158/14, NSTZ 2014, 569 f.). Das gilt **auch bei einem mehrstündigen und mehraktigen Tatgeschehen**, wenn es sich – wie hier – um eine Tat im Rechtssinne handelt (vgl. BGH Urt. v. 19.03.2013 – 1 StR 647/12, NSTZ-RR 2013, 273, 274).“ (BGH aaO.)

(OLG Bamberg in BeckRS 2015, 04844; Beschluss vom 25.02.2015 – 3 Ss Owi 160/15)

Der gegen die Vorwerfbarkeit einer auf einer Autobahn festgestellten Unterschreitung des nach § 4 I 1 StVO gebotenen Sicherheitsabstands vorgebrachte Einwand, die Abstandsunterschreitung sei durch das **gefährvolle Auffahren des Führers des nachfolgenden Fahrzeugs** verursacht worden, ist regelmäßig unbeachtlich, wenn auf der sog. Beobachtungsstrecke ein **plötzliches Abbremsen** oder ein **unerwarteter Spurwechsel** des vorausfahrenden Fahrzeugführers **auszuschließen** ist.

**Fall:** Das AG hat den Betr. wegen fahrlässiger Nichteinhaltung des Mindestabstandes von einem vorausfahrenden Fahrzeug (§§ 4 I 1 i.V.m. 49 I Nr. 4 StVO) zu einer Geldbuße von 320 € verurteilt und gegen ihn ein einmonatiges Fahrverbot verhängt. Nach den Feststellungen steuerte der Betr. am 05.06.2014 einen Pkw auf der BAB auf der linken von drei Fahrspuren. Bei Kilometer 2.706 hielt er bei einer Geschwindigkeit von 116 km/h zum vorausfahrenden Fahrzeug einen Abstand von nur 16,43 m und damit von weniger als 3/10 des halben Tachowertes ein. Auf einer Strecke von etwa 300 m vor der Messstrecke war der Abstand zum vorausfahrenden Fahrzeug in etwa gleich, wobei es weder zu einer Verkürzung des Abstands durch ein Abbremsen des Vordermannes noch zu einem Ein- oder Ausscheren der beteiligten Fahrzeuge kam. Im Rahmen der Beweiswürdigung wird ferner ausgeführt, die Behauptung des Betr., er habe - in einer „Kolonne“ fahrend - nicht gefahrlos abbremsen können, sei durch die Inaugenscheinnahme des Tatvideos widerlegt. Vielmehr könne sicher ausgeschlossen werden, dass es dem Betr. nicht möglich gewesen sei, den erforderlichen Abstand einzuhalten. Ist der Betr. zu Recht verurteilt worden?

### I. Nicht nur ganz vorübergehende Unterschreitung

„Nach den Urteilsfeststellungen ist auch hinreichend ausgeschlossen, dass eine nur ganz vorübergehende Unterschreitung des zulässigen Abstands vorlag, was **nach herrschender Meinung erforderlich** ist (vgl. die Nachweise bei Burhoff [Hrsg.]/Gieg, Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 4. Aufl., Rn. 173). Das Postulat einer nicht nur ganz vorübergehenden Unterschreitung des Abstandes hat **keinen Selbstzweck**, sondern soll gewährleisten, dass der Verstoß auch vorwerfbar begangen wurde, was etwa bei einem **plötzlichen Abbremsen** oder einem **unerwarteten Spurwechsel** durch den Vordermann fraglich sein könnte (Burhoff [Hrsg.]/Gieg aaO.). Nachdem der Tatrichter ein solches (Fehl-) Verhalten des Vordermannes des Betr. auf einer **Beobachtungsstrecke von ca. 300 m** ausgeschlossen hat, kann von einer nur ganz vorübergehenden Unterschreitung des zulässigen Abstands nicht die Rede sein.“ (OLG Bamberg aaO.)

### II. Abbremsen gefahrlos möglich

„Soweit die Rechtsbeschwerde beanstandet, die Urteilsgründe seien lückenhaft, weil nicht näher belegt werde, weshalb - im Hinblick auf das hinter dem Betr. fahrende Fahrzeug - ein Abbremsen durch den Betr. nicht mehr gefahrlos möglich gewesen sei, ist dies für die Entscheidung ohne Bedeutung. Erkennbar soll der Vortrag, der freilich nicht näher spezifiziert ist, darauf gerichtet sein, die Unterschreitung des Mindestabstands zum Vordermann durch den Betr. sei **wegen Notstands gem. § 16 OWiG gerechtfertigt**. Dies wäre aber selbst dann nicht der Fall, wenn im Zeitpunkt der Abstandsmessung bei einer Reduzierung der Geschwindigkeit des Betr. die Gefahr eines Auffahrunfalles im Hinblick auf den nachfolgenden Pkw bestanden hätte. Denn auch dann hätte der Betr. in vorwerfbarer und pflichtwidriger Weise die Ursache für die Unterschreitung des Abstands zum vorausfahrenden Fahrzeug gesetzt, nachdem - wie dargelegt - das AG innerhalb der Beobachtungsstrecke ein Abbremsen oder ein plötzliches Einscheren durch den Vordermann ausgeschlossen hat. Sollte die Situation so gewesen sein, dass das dem Betr. **nachfolgende Fahrzeug erst zu einem Zeitpunkt aufschloss**, als der Betr. die **Abstandsunterschreitung bereits verwirklicht** hatte, lag von vornherein keine Notstandssituation vor. Denn der Tatbestand der Abstandsunterschreitung wurde bereits verwirklicht, als noch gar keine Gefahrsituation bestanden hatte. Sollte dagegen das hinter dem Betr. fahrende Fahrzeug diesem schon vorher unter Verletzung des gebotenen Abstands gefolgt sein, so hätte der Betr. nicht auf das vor ihm fahrende Fahrzeuge aufschließen dürfen, sondern durch **maßvolle Verzögerung der Geschwindigkeit eine Abstandsunterschreitung verhindern** oder notfalls bei passender Gelegenheit rechtzeitig einen Spurwechsel vornehmen müssen. Der nicht näher präzisierter und im Übrigen auch urteilsfremde Vortrag, ein Ausweichen auf die mittlere Fahrspur sei nicht möglich gewesen, weil sich „in dem maßgeblichen Streckenabschnitt auf der rechten Spur ebenfalls Fahrzeuge“ befunden hätten, steht dem schon deswegen nicht entgegen, weil er sich lediglich auf den „maßgeblichen Streckenabschnitt“ beschränkt, die Alternative einer umsichtigen Annäherung an das vor dem Betr. fahrende Fahrzeug deshalb gänzlich aus dem Blick lässt.“ (OLG Bamberg aaO.)

(BVerfG in StV 2015, 548; Beschluss vom 26.02.2015 – 1 BvR 1036/14)

**Fall:** Im Juli 2013 wurde die Bf. von einer Polizeistreife in ihrem Wohnort angetroffen, als sie einen Anstecker trug, der mit der Buchstabenkombination »FCK CPS« beschriftet war. Sie war auf Aufforderung nicht bereit, ihn abzunehmen. Einige Wochen zuvor war es zu einem ähnlichen Vorfall gekommen, bei dem die Bf. ein T-Shirt mit der genannten Buchstabenfolge getragen hatte und anlässlich dessen die kontrollierenden Polizeibeamten geäußert hatten, das Tragen dieses Schriftzugs stelle eine Beleidigung dar, die in Zukunft nicht mehr toleriert werde. Die Bf. wurde wegen Beleidigung verurteilt. Hiergegen richtet sich Ihre Verfassungsbeschwerde.

Die Verurteilung verletzt die Bf. in ihrem Grundrecht auf Meinungsfreiheit.

### I. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 5 I GG

„Das Tragen des Ansteckers mit der Aufschrift »FCK CPS« fällt in den **Schutzbereich des Grundrechts**. Meinungen sind im Unterschied zu Tatsachenbehauptungen durch die subjektive Einstellung des sich Äußernden zum Gegenstand der Äußerung gekennzeichnet. Sie enthalten sein **Urteil über Sachverhalte, Ideen oder Personen** (BVerfGE 93, 266 [289]). Sie genießen den Schutz des Grundrechts, ohne dass es darauf ankommt, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird (BVerfGE 90, 241 [247]; 124, 300 [320]). Der Aufdruck »FCK CPS« ist **nicht von vornherein offensichtlich inhaltlos**, sondern bringt eine **allgemeine Ablehnung der Polizei** und ein Abgrenzungsbedürfnis gegenüber der staatlichen Ordnungsmacht zum Ausdruck. Es handelt sich um eine Meinungsäußerung i.S.d. Art. 5 I GG. Die an die Äußerung anknüpfende strafrechtliche Verurteilung greift in das Grundrecht ein.“ (BVerfG aaO.)

## II. Rechtfertigung

### 1. Beschränkbarkeit des Grundrechts

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ist nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern unterliegt nach Art. 5 II GG den Schranken, die sich aus den allg. Gesetzen sowie den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre ergeben.

„§ 185 StGB ist als allgemeines Gesetz geeignet, der freien Meinungsäußerung Schranken zu setzen (vgl. BVerfGE 93, 266 [290 f.]).“ (BVerfG aaO.)

### 2. Grenzen der Beschränkbarkeit

Der Eingriff in die Meinungsfreiheit ist nicht gerechtfertigt, weil die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Anwendung und Auslegung des § 185 StGB als Schranke der freien Meinungsäußerung nicht gewahrt sind.

#### a) Wechselwirkungslehre

„Die Auslegung und Anwendung der Strafgesetze ist **grundsätzlich Aufgabe der Fachgerichte**. Gesetze, die in die Meinungsfreiheit eingreifen, müssen dabei jedoch so interpretiert werden, dass der prinzipielle Gehalt dieses Rechts in jedem Fall gewahrt bleibt. Es findet eine **Wechselwirkung** in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen (vgl. BVerfGE 7, 198 [208 f.]; 124, 300 [324]; st. Rspr.).“ (BVerfG aaO.)

Allerdings findet die Meinungsfreiheit in den allg. Gesetzen und der durch diese geschützten Rechte Dritter ihre Grenze. Dies ist der Fall, wenn eine Meinungsäußerung die Betroffenen **ungerechtfertigt in ihrem allg. Persönlichkeitsrecht** und der durch sie geschützten **persönlichen Ehre** verletzt.

„Dabei kann eine herabsetzende Äußerung, die weder bestimmte Personen benennt noch erkennbar auf bestimmte Personen bezogen ist, sondern **ohne individuelle Aufschlüsselung** ein Kollektiv erfasst, unter bestimmten Umständen auch ein **Angriff auf die persönliche Ehre der Mitglieder des Kollektivs** sein (vgl. BVerfGE 93, 266 [299]).

**Je größer das Kollektiv** ist, auf das sich die herabsetzende Äußerung bezieht, **desto schwächer** kann auch die persönliche Betroffenheit des einzelnen Mitglieds werden, weil es bei den Vorwürfen an große Kollektive meist nicht um das individuelle Fehlverhalten oder individuelle Merkmale der Mitglieder, sondern um den aus der Sicht des Sprechers bestehenden Unwert des Kollektivs und seiner sozialen Funktion sowie der damit verbundenen Verhaltensanforderungen an die Mitglieder geht. Auf der imaginären Skala, deren eines Ende die **individuelle Kränkung** einer namentlich bezeichneten oder erkennbaren Einzelperson bildet, steht am anderen Ende die **abwertende Äußerung über menschliche Eigenschaften** schlechthin oder die **Kritik an sozialen Einrichtungen** oder Phänomenen, die nicht mehr geeignet sind, auf die persönliche Ehre des Individuums durchzuschlagen (BVerfGE 93, 266 [301 f.]). Es ist verfassungsrechtlich nicht zulässig, eine auf Angehörige einer Gruppe im Allgemeinen bezogene Äußerung allein deswegen als auf eine hinreichend überschaubare Personengruppe bezogen zu behandeln, weil eine solche Gruppe eine Teilgruppe des nach der allgemeineren Gattung bezeichneten Personenkreises bildet (vgl. BVerfGE 93, 266 [302 f.]).“ (BVerfG aaO.)

Es bedarf hier keiner Entscheidung, wieweit die Verwendung des **bewusst kryptischen und damit bewusst unklar oder mehrdeutig gehaltenen Kürzels** einer Beurteilung zugänglich ist, als ob der diesen Kürzeln unterliegende Sinn ausdrücklich geäußert worden wäre. Denn das AG hat die verfassungsrechtlichen Maßstäbe jedenfalls dadurch verkannt, dass es eine **hinreichende Individualisierung des negativen Werturteils** angenommen hat.

„Es fehlt an hinreichenden Feststellungen zu den Umständen, die die Beurteilung tragen könnten, dass sich die **Äußerung auf eine hinreichend überschaubare und abgegrenzte Personengruppe** bezieht. Es reicht nach den dargelegten Maßstäben nicht aus, dass die Kräfte des örtlichen Polizeikommissariats eine Teilgruppe aller Polizisten und Polizistinnen sind. Vielmehr bedarf es einer **personalisierenden Zuordnung**, für die hier nichts ersichtlich ist. Es kann nicht angenommen werden, dass die dem Anstecker zu entnehmende Äußerung **allein durch das Aufeinandertreffen der Bf. mit den kontrollierenden Polizeibeamten** einen objektiv auf diese konkretisierten Aussagegehalt gewonnen hat. Auch die Feststellung des AG, die Konkretisierung sei wegen des **Vorfalles einige Wochen früher** eingetreten, ist nicht tragfähig. Es liegen keinerlei Feststellungen dazu vor, dass sich die Bf. vorwiegend in eine Situation begeben hätte, in der sie damit rechnen musste, **mit einiger Sicherheit auf bestimmte Polizeibeamte** zu treffen. Der bloße Aufenthalt im öffentlichen Raum reicht nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Benennung der Umstände nicht aus, die eine aus dem Wortlaut einer Äußerung nicht erkennbare Konkretisierung bewirken.“ (BVerfG aaO.)

GG  
Art. 34

## Amtshaftung Hundebisse bei Festnahme

öfFR

(OLG Karlsruhe in becklink 2000448; Urteil vom 18.06.2015 – 9 U 23/14)

Wird bei einer polizeilichen Fahndung ein Polizeihund eingesetzt, so muss der polizeiliche Hundeführer den Hund auch in einer Festnahmesituation so beherrschen und kontrollieren, dass ein willkürliches Beißen des Tieres ausgeschlossen ist.

**Fall:** Die Polizei fahndete im November 2012 gegen 23 Uhr auf dem Seeparkgelände in Freiburg nach dem Täter eines kurz zuvor begangenen Raubüberfalls. Der Kläger und einige andere Jugendliche rannten davon, als sie die Polizeifahrzeuge sahen, um einer polizeilichen Kontrolle zu entgehen. Aufgrund dieses verdächtigen Verhaltens entschloss sich die Polizei zur Festnahme der Flüchtenden unter Einsatz eines Diensthundes. Der von der Leine gelassene Diensthund stürzte sich auf den Kläger und

fügte ihm zahlreiche Bissverletzungen an beiden Unterarmen, am rechten Oberarm, am Rücken und an den Beinen zu. Nach der Festnahme stellte sich heraus, dass der Kläger mit dem vorausgegangenen Raub nichts zu tun hatte. Er konnte aufgrund der Verletzungen mehrere Tage seine Hände nicht benutzen, mehrere Wochen war eine Wundversorgung erforderlich.

Der Kläger forderte, vertreten durch seine Eltern, in einem Prozess gegen das Land Baden-Württemberg Schmerzensgeld und Schadenersatz. Er ist der Ansicht, dass der Einsatz des Polizeihundes rechtswidrig war.

Es liegt zumindest eine fahrlässige Amtspflichtverletzung vor. Zwar waren die Polizeibeamten damals berechtigt, den Jugendlichen vorläufig festzunehmen. Denn zunächst bestand der Verdacht einer Straftat gegen ihn.

Der Hundeeinsatz entsprach aber nicht den gesetzlichen Voraussetzungen der Anwendung des sogenannten unmittelbaren Zwangs. Für die Vielzahl der Bissverletzungen, die der Kläger erlitten hat, gibt keinen nachvollziehbaren Grund.

Das Ausmaß der Verletzungen ist unverhältnismäßig. Der Hundeführer war verpflichtet dafür zu sorgen, dass es - maximal - bei einem einzelnen, der Festnahme dienenden Biss bleibt. Der polizeiliche Hundeführer den Hund auch in einer Festnahmesituation so beherrschen und kontrollieren, dass ein willkürliches Beißen des Hundes ausgeschlossen ist.

Für die zumindest fahrlässige Amtspflichtverletzung des Polizeibeamten hat das Land Baden-Württemberg als Dienstherr einzustehen.

PoIG NRW  
§ 34a

### Polizeiliche Wohnungsverweisung Anforderungen an Rechtmäßigkeit

POR

(VG Köln in FamRZ 2015, 1406; Gerichtsbescheid vom 15.12.2014 – 20 K 3164/13)

Eine gemäß § 34a PoIG NRW wegen häuslicher Gewalt erteilte polizeiliche Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot ist rechtswidrig, wenn die verwiesene **Person nicht in der betroffenen Wohnung wohnt**, also dort nicht ihren Lebensmittelpunkt hat.

**Fall:** Der Kläger ist der Vater der 2007 geborenen E., die bei der Mutter und der früheren Lebensgefährtin des Klägers, Frau D. N., lebt. Das Sorge- und Aufenthaltsbestimmungsrecht liegt derzeit bei der Mutter. Bis Mitte März 2012 bewohnte der Kläger zusammen mit der Mutter und seiner Tochter eine gemeinsame Wohnung in B. Seit dem 03.04.2013 ist er unter der Anschrift in Rheinbach gemeldet. Am 20.04.2013 um ca. 15:00 Uhr begab sich der Kläger zu der Wohnung der Mutter, um dort seine Tochter abzuholen. An der Wohnungstür kam es zu einem Streit mit der Mutter, auf deren Bitte hin Mitbewohner des Hauses die Polizei herbeiriefen. Dem Kläger wurde eine bis zum Ablauf des 30.04.2013 befristete Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot für den räumlichen Bereich der Wohnung und des Hauses erteilt. Am 15.05.2013 hat der Kläger Klage erhoben. Er beantragt festzustellen, dass die polizeiliche Verfügung der Beklagten vom 20.04.2013 rechtswidrig war. Ist der Antrag begründet?

Der Antrag ist begründet, wenn die auf § 34 a PoIG NRW gestützte Wohnungsverweisung und das Rückkehrverbot der Beklagten vom 20.04.2013 sind rechtswidrig waren und haben den Kläger in seinen Rechten verletzt

Nach § 34a PoIG kann die Polizei eine Person zur Abwehr einer von ihr ausgehenden gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer anderen Person aus einer Wohnung, in der die gefährdete Person wohnt, sowie aus deren unmittelbaren Umgebung verweisen und ihr die Rückkehr in diesen Bereich untersagen.

„Zwar erfordert der Begriff der „**häuslichen Gewalt**“ keine Tatbegehung in den Räumlichkeiten der gemeinsamen Wohnung. Jedoch kommen die Verweisung aus einer Wohnung bzw. die Erteilung eines Verbotes zur Rückkehr dorthin nur in Betracht, wenn die **verwiesene Person in der Wohnung wohnt**, also ihren Lebensmittelpunkt dort hat oder sich in ihr zumindest für einen gewissen Zeitraum aufhält. Vgl. VG Göttingen, Urteil vom 24.02.2012 - 1 A 69/10 -, juris; Tegtmeyer/Vahle, Kommentar zum PoIG NRW, 10. Aufl., § 34 a Rn. 4, S. 286.

Das Erfordernis einer **gemeinsamen Wohnung** ergibt sich auch anhand der andernfalls überflüssigen Regelung des § 34a II PoIG NRW, nach der dem Betroffenen die **Gelegenheit zur Mitnahme der dringend benötigten Gegenstände** des persönlichen Bedarfs zu geben ist. Ferner trifft der (ungebilligte) Aufenthalt in einer fremden Wohnung nicht das in § 34 a PoIG NRW geregelte Thema der „häuslichen Gewalt“. Eine gleichwohl ergehende Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot wäre darüber hinaus **nicht verhältnismäßig**, da die Gefahr, die von einer Person in einer für sie fremden Wohnung bereits durch weniger einschneidende Maßnahmen abgewendet werden kann, so zum Beispiel durch einen **Platzverweis nach § 34 PoIG NRW**.“

Der Kläger wohnte im Zeitpunkt des polizeilichen Einsatzes jedoch schon seit längerer Zeit nicht mehr in der Wohnung, denn er war dort bereits Mitte März 2012 ausgezogen und lebt nunmehr - seit dem 01.04.2013 - in R.

„Soweit sich der Beklagte zur Stützung seiner **hiervon abweichenden Rechtsauffassung**, nämlich dass Gewalt in Beziehungen auch dann angenommen werde, wenn die **häusliche Gemeinschaft seit einiger Zeit aufgelöst** sei, aber gewisse Gemeinsamkeiten oder Kontakte, wie zum Beispiel die gemeinsame Sorge um das Kindeswohl, noch fortbeständen, auf die Kommentierung von Tegtmeyer/Vahle, 10. Aufl., S. 287 stützt, geht dies fehl. An dieser Kommentarstelle wird lediglich - zu Recht - ausgeführt, dass die Maßnahmen nach § 34a PoIG NRW auslösende **Gewaltanwendung auch außerhalb der Wohnung geschehen** kann. Zu der sich vorliegend bietenden Problematik wird an der oben zitierten Kommentarstelle auf S. 286 hingegen ausdrücklich ausgeführt, dass häusliche Gewalt dann vorliegt, „wenn zwei oder mehrere Personen in einer Wohnung leben, und zwar in häuslicher Gemeinschaft, und es im Rahmen dieser Beziehung von mindestens einer Person gegenüber einer anderen Person zu gewalttätigen Handlungen kommt“. (VG Köln aaO.)

Nach alledem fehlt es vorliegend an einem Anknüpfungspunkt für eine Wohnungsverweisung und ein Rückkehrverbot. Es kommt auch ein Austausch der Rechtsgrundlage - dies ist von Beklagtenseite auch gar nicht zum Gegenstand des Verfahrens gemacht worden - nicht in Betracht, da es sich bei § 34a PoIG NRW und § 34 PoIG NRW um Ermessensnormen handelt.



## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 520 III 2 Nr. 2, 4

**Justizgewährungsanspruch**  
Anforderungen an Berufungsbegründung

ZivilProzR

(BaWüStGH in BeckRS 2015, 46641; Urteil vom 23.03.2015 – 1 VB 1/15)

1. Zur Wahrung des Justizgewährungsanspruches (Art. 2 I LV und Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 23 I LV) darf der Richter ein von der Verfahrensordnung eröffnetes **Rechtsmittel nicht durch eine übermäßig strenge Handhabung der Zulässigkeitsanforderungen ineffektiv machen** und faktisch leerlaufen lassen.
2. Der Justizgewährungsanspruch gebietet es, bei der Auslegung von Rechtsmittelbegründungen **dasjenige als gewollt anzusehen, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist**, was also dem recht verstandenen Interesse des Rechtsmittelführers entspricht und am ehesten geeignet ist, seinem Begehren zum Erfolg zu verhelfen.
3. Im **arbeitsgerichtlichen Berufungsverfahren** entfalten diese Grundsätze ein **besonderes Gewicht**, weil der Vorsitzende die Entscheidung über die Zurückweisung der Berufung gemäß § 66 II 2 ArbGG allein treffen kann und dieser Beschluss nur dann nach § 77 ArbGG mit der Rechtsbeschwerde angegriffen werden kann, wenn sie ausnahmsweise ausdrücklich zugelassen wurde.

**Fall:** Im Rahmen eines Kündigungsrechtsstreits, zu dem sich der Arbeitgeber in keiner Instanz verhielt, machte der Beschwerdeführer auch die Zahlung seines Gehalts für den Monat März 2014 in Höhe von 3.000 € brutto und die Erstattung von Spesen und Aufwendungen in Höhe von weiteren 848,97 € für Dienstreisespesen in den Monaten Februar und März 2014, Telefon- und Fahrtkosten geltend. Die Klage wurde als unbegründet, weil unschlüssig abgewiesen. Hinsichtlich der Gehaltszahlung werde keine Anspruchsgrundlage behauptet. Eine durchgehende Arbeitsleistung sei nicht vorgetragen. Soweit der Kläger die Erstattung der monatlichen Kosten seines auch dienstlich genutzten privaten Mobiltelefons und eine pauschalierte Nutzungsentschädigung für dienstliche Fahrten mit seinem privaten Fahrzeug beanspruche, bleibe offen, ob diese Zahlungen brutto oder netto geschuldet sind.

Die fristgerechte Berufung des Klägers wurde auch fristgerecht begründet, mit der er seinen Anspruch auf Zahlung des Entgelts für März 2014 weiterverfolgte und seinen erstinstanzlichen Antrag hinsichtlich der geltend gemachten Spesen und weiteren Zahlungsansprüche dahin präzisierete, dass der erstinstanzlich schon geltend gemachte Betrag in Höhe von 848,97 € brutto nebst Zinsen zu zahlen sei. Er wies darauf hin, dass sein Vortrag zur Erstattung von Spesen, Telefon- und Fahrtkosten sei unbestritten geblieben sei, so dass diese als zugestanden behandelt werden müssten. Zu dem ebenfalls als unschlüssig abgewiesenen Anspruch auf Zahlung des Gehalts für März 2014 trug der Beschwerdeführer vor, die Beklagte habe ihm gegenüber das Gehalt für diesen Monat mit Gehaltsabrechnung vom 02.04.2014 in der geltend gemachten Höhe abgerechnet, die der Kläger nun auch vorlegte. Er habe seine Arbeitsleistung in diesem Monat vertragsgemäß erbracht, bis er vom 24.03. bis einschließlich 14.04.2014 arbeitsunfähig erkrankt sei. Der von der Beklagten mit der Erteilung der Gehaltsabrechnung anerkannte Betrag werde also aufgrund erbrachter Arbeitsleistung und teilweise als Entgeltfortzahlung geltend gemacht. Er trug weiter vor, dass das Gericht zu keinem Zeitpunkt einen Hinweis nach § 139 ZPO erteilt habe, dass es den Vortrag des Klägers für unschlüssig halte. Zu einem solchen Hinweis sei es jedoch verpflichtet gewesen.

Mit Verfügung vom 08.10.2014 wies das Landesarbeitsgericht den Beschwerdeführer darauf hin, dass die Berufungsbegründung den gesetzlichen Anforderungen nicht genüge. Hinsichtlich eines Verfahrensfehlers i.S.d. § 139 ZPO fehle es an der Darlegung, was der Kläger auf Hinweis des Gerichts erklärt hätte. In Bezug auf die Vergütung für März 2014 und die Erstattung der Spesen und Telefon- und Fahrtkosten setze sich die Berufungsbegründung nicht mit der Rechtsansicht des Arbeitsgerichts auseinander und begründe nicht, warum diese fehlerhaft sein solle.

Mit Schriftsatz vom 14.10.2014 räumte der Bf. ein, dass die Klagebegründung hinsichtlich des Gehaltsanspruchs unvollständig gewesen sei, verwies jedoch darauf, dass er bei entsprechendem Hinweis die Anspruchsgrundlage bereits in erster Instanz genauer dargelegt und die - nunmehr nachgereichte - Gehaltsabrechnung vorgelegt hätte. Diese sei in der Berufungsinstanz als Beweismittel zuzulassen, weil das Arbeitsgericht keine Frist zur Erklärung über bestimmte Punkte nach § 67 II ArbGG gesetzt habe und die Zulassung der Gehaltsabrechnung den Rechtsstreit auch nicht verzögere. Sein Vortrag hinsichtlich der geltend gemachten Spesen sei entgegen der Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts schlüssig gewesen. Hinsichtlich der Telefon- und Fahrtkosten wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass diese bei entsprechendem Hinweis durch das Arbeitsgericht bereits in erster Instanz als Bruttobeträge geltend gemacht worden wären.

Mit Beschluss vom 17.10.2014 verwarf das Landesarbeitsgericht die Berufung ohne mündliche Verhandlung als unzulässig. Die Berufungsbegründung des Beschwerdeführers genüge den Anforderungen nicht. Die Berufungsbegründung des Beschwerdeführers lasse nicht erkennen, weshalb die „Begründungsgebäude“ des Arbeitsgerichts rechtsfehlerhaft sein sollten. Der Beschwerdeführer habe sich in der Stellungnahme zur Verfügung vom 08.10.2014 mit ihrem Inhalt nicht auseinandergesetzt und lasse nicht erkennen, warum die Rechtsauffassung

des Arbeitsgerichts fehlerhaft sein solle. Nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist erstmals vorgebrachte Ausführungen seien zudem „bekanntlich unerheblich“.

Mit der am 30.12. beim Staatsgerichtshof eingegangenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Justizgewährungsanspruchs und seines Grundrechts auf rechtliches Gehör. Zu Recht?

Der Beschwerdeführer könnte in seinem Justizgewährungsanspruch (Art. 2 I LV und Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 23 I LV) verletzt sein.

## I. Inhalt des Justizgewährungsanspruchs

„Die **Garantie wirkungsvollen Rechtsschutzes** ist ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaates. Rechtsschutz vor den Gerichten wird nicht nur durch die in Art. 67 Abs. 1 LV verankerte Rechtsweggarantie gewährleistet, sondern darüber hinaus im Rahmen des **allgemeinen Justizgewährungsanspruchs**. Dieser ist **Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips** (Art. 23 I LV) in Verbindung mit den Grundrechten, insbesondere Art. 2 I LV im Verbindung mit Art. 2 I GG (vgl. StGH, Urteil vom 03.11.2014 - 1 VB 8/14 -, Juris Rn. 47; BVerfGE 93, 99 - Juris Rn. 29; BVerfGE 107, 395 - Juris Rn. 16 ff.). Der Justizgewährungsanspruch beinhaltet das Recht auf Zugang zu den Gerichten und auf eine **grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitbegehrens** in einem förmlichen Verfahren sowie die verbindliche gerichtliche Entscheidung (vgl. StGH, Urteil vom 03.11.2014 - 1 VB 8/14 -, Juris Rn. 48; BVerfGE 117, 71 - Juris Rn. 151 f.; BVerfGE 107, 395 - Juris Rn. 16 ff.). Ein Anspruch auf einen Instanzenzug ergibt sich daraus nicht (vgl. BVerfGE 87, 48 - Juris Rn. 36; BVerfGE 92, 365 - Juris Rn. 161, st. Rspr.). Auch ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, im Rahmen der ihm obliegenden normativen Ausgestaltung des Rechtswegs besondere formelle Voraussetzungen aufzustellen (vgl. BVerfGE 88, 118 - Juris Rn. 21; BVerfGE 112, 185 - Juris Rn. 89). Wird ein Instanzenzug aber von den Prozessordnungen eröffnet, gewährleisten die genannten Garantien wirksamen Rechtsschutz in allen von der Prozessordnung zur Verfügung gestellten Instanzen (vgl. BVerfGE 74, 228 - Juris Rn. 25; BVerfGE 112, 185 - Juris Rn. 91 st. Rspr.).

Der Justizgewährungsanspruch richtet sich auch an **den die Verfahrensordnung anwendenden Richter**. Ihm obliegt in erster Linie die Auslegung der einschlägigen Normen. Der Staatsgerichtshof ist kein Revisionsgericht, sondern beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Rechtsanwendung Verfassungsrecht verletzt.“ (BaWüStGH aaO.)

## II. Verletzung des Justizgewährungsanspruchs

Fraglich ist, wann dieser Justizgewährungsanspruch durch ein Gericht verletzt wird.

„Verfassungsrecht in Gestalt des Justizgewährungsanspruchs ist dann verletzt, wenn das Gericht durch eine **übermäßig restriktive Handhabung** der Verfahrensvorschriften den **Zugang zu den** in den Verfahrensordnungen vorgesehenen **Instanzen** von Voraussetzungen abhängig macht, die **unerfüllbar oder unzumutbar** sind oder den Zugang in einer aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise erschweren (vgl. StGH, Urteil vom 03.11.2014 - 1 VB 8/14 - Juris Rn. 49; BVerfGE 112, 185 - Juris Rn. 92; BVerfGE 78, 88 - Juris Rn. 23 f.). Das Gericht darf ein **von der Verfahrensordnung eröffnetes Rechtsmittel nicht ineffektiv machen** und für den Beschwerdeführer „leer laufen“ lassen (vgl. StGH, Beschluss vom 17.07.2014 - 1 VB 131/13 u.a., Juris Rn. 32; BVerfGE 74, 228 - Juris Rn. 25; BVerfGE 96, 27 - Juris Rn. 48) und dadurch den Anspruch auf die gerichtliche Durchsetzung des materiellen Rechts unzumutbar verkürzen (vgl. BVerfGE 84, 366 - Juris Rn. 14). Zur Wahrung des Justizgewährungsanspruches und des Grundrechts auf rechtliches Gehör dürfen daher **keine unnötig strengen und damit überspannten Anforderungen** an den Inhalt von Berufungsbegründungen gestellt werden.

Diese Anforderungen entfalten **im arbeitsgerichtlichen Berufungsverfahren** ein besonderes Gewicht, weil dort der Vorsitzende die Entscheidung über die Zurückweisung der Berufung allein, also **ohne Beteiligung der ehrenamtlichen Richter** und durch einen nur im Ausnahmefall anfechtbaren Beschluss treffen kann (vgl. § 66 II 2 ArbGG). Insofern weicht das arbeitsgerichtliche Verfahren von dem Zivilprozess ab, in welchem eine Verwerfung der Berufung im Beschlusswege die Entscheidung des gesamten Spruchkörpers voraussetzt. Hinzu kommt, dass im arbeitsgerichtlichen Verfahren eine Rechtsbeschwerde nur dann statthaft ist, wenn diese in dem Beschluss über die Verwerfung der Berufung ausdrücklich zugelassen wurde (vgl. § 77 ArbGG). Der aus dieser gesetzlichen Regelung erwachsenden **besonderen Verantwortung für die Wahrung der Prozessgrundrechte** der Rechtsuchenden hat der Vorsitzende bei der Anwendung dieser Vorschriften Rechnung zu tragen (vgl. StGH, Urteil vom 03.11.2014 - 1 VB 8/14 -, Juris Rn. 50; BAG, Beschluss vom 06.01.2015, 6 AZB 105/14). Wie auch in anderen Verfahrensordnungen gebieten es der Justizgewährungsanspruch und das Recht auf rechtliches Gehör auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren, bei der Auslegung von Rechtsmittelbegründungen dasjenige als gewollt anzusehen, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist, was also dem recht verstandenen Interesse des Rechtsmittelführers entspricht und am ehesten geeignet ist, seinem Begehren zum Erfolg zu verhelfen (vgl. Rimmelspacher, in: Münchener Kommentar ZPO, 4. Auflage 2012, § 520 Rn. 67).“ (BaWüStGH aaO.)

## III. Anwendung auf den Fall

Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts müsste diesen Vorgaben gerecht werden. Es könnte allerdings die **Bedeutung und Tragweite des Justizgewährungsanspruchs** erkannt haben, indem es die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Berufungsbegründung überspannt und den Gebrauch des Rechtsmittels der Berufung in einer unzumutbaren, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise erschwert.

„Nach der auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren geltenden Vorschrift des § 520 III 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung durch das angefochtene Urteil

und deren Erheblichkeit für das Ergebnis der Entscheidung ergibt. Für die Zulässigkeit des Rechtsmittels **kommt es nicht darauf an**, dass die geltend gemachten **Berufungsgründe im Ergebnis schlüssig oder rechtlich haltbar** sind. Erforderlich, aber auch ausreichend ist in diesem Zusammenhang eine hinreichende Darstellung der Gründe, aus denen sich die Rechtsfehlerhaftigkeit der angefochtenen Entscheidung ergeben soll. Diese Regelung soll gewährleisten, dass der Rechtsstreit für die Berufungsinstanz durch eine **Zusammenfassung und Beschränkung des Rechtsstoffs** ausreichend vorbereitet wird. Der Berufungsführer muss die Beurteilung des Streitfalls durch den Erstrichter überprüfen und darauf hinweisen, in welchen Punkten und aus welchem Grund er das angefochtene Urteil für unrichtig hält (vgl. BAG, Urteil vom 28.05.2009 - 2 AZR 223/08 -, Juris Rn. 14; BAGE 105, 200 - Juris Rn. 13).“ (BaWüStGH aaO.)

Die Berufungsbegründung des Beschwerdeführers vom 06.10.2014 hat die Voraussetzungen des § 64 IV ArbGG in Verbindung mit § 520 III 2 Nr. 2 und Nr. 4 ZPO erfüllt.

## 1. Hinreichende Rüge der Hinweispflichtverletzung

Der Beschwerdeführer hat das erstinstanzliche Urteil insbesondere mit der Rüge angegriffen, das Arbeitsgericht habe seine aus § 139 ZPO folgende Pflicht verletzt, vor Erlass des klageabweisenden Urteils einen Hinweis auf die angeblich fehlende Schlüssigkeit des Klagevortrags zu erteilen. Das Landesarbeitsgericht hat dieser Rüge den Erfolg mit der Begründung versagt, der Beschwerdeführer habe nicht dargelegt, was er auf einen solchen Hinweis des Arbeitsgerichts vorgetragen hätte.

„Zwar ist das Landesarbeitsgericht im Einklang mit der obergerichtlichen Rechtsprechung davon ausgegangen, dass die Rüge einer Verletzung der Prozessleitungsspflicht aus § 139 I bis III ZPO neben der Darlegung, inwiefern das erstinstanzliche Gericht seine Hinweispflicht verletzt hat, auch aufzeigen muss, welcher Vortrag in Verkennung der Rechtslage unterlassen wurde (vgl. BAGE 121, 18 - Juris Rn. 11). Seine Auffassung aber, es bedürfe einer **ausdrücklichen Anführung dieses Vortrags im unmittelbaren Zusammenhang mit der Verfahrensrüge** in der Berufungsbegründung, stellt eine **verfassungsrechtlich nicht hinnehmbare Überspannung der Zulässigkeitsanforderungen** dar, wenn sich dieses Vorbringen an anderer Stelle der Berufungsbegründung findet. Der Justizgewährungsanspruch gebietet somit, die Anforderungen an eine Rüge der Verletzung des § 139 ZPO dahingehend einzuschränken und als erfüllt anzusehen, wenn **nach dem Inhalt der Berufungsbegründung ohne Zweifel ersichtlich ist**, was aufgrund des gerichtlichen Hinweises vorgetragen worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 09.10.2003 - I ZR 17/01 -, Juris Rn. 21; Schwab in: Schwab/Weth [Hrsg.], ArbGG, 4. Auflage 2015, § 64 Rn. 150), wäre er erteilt worden. Dies ist hier der Fall. [wird ausgeführt]

Die **formalistische Betrachtungsweise** des Landesarbeitsgerichts, das letztlich allein einen **expliziten Hinweis auf bei sachgerechter Würdigung Offensichtliches** vermisst und daran das Rechtsmittel des Beschwerdeführers scheitern lässt, widerspricht Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungen über die Anforderungen an eine Berufungsbegründung und verkürzt den Rechtsschutz im Berufungsverfahren in sachlich nicht mehr zu rechtfertigender Weise.“ (BaWüStGH aaO.)

## 2. Zulassung neuen Vorbringens

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung auch im Hinblick auf das neue Vorbringen für unzureichend begründet und damit für unzulässig erachtete.

„[Das] Landesarbeitsgericht hat selbst bei Zugrundelegung eines strengen Maßstabs auch in diesem Zusammenhang die Anforderungen an die Berufungsbegründung überspannt. Bei **verständiger Würdigung der Berufungsbegründung** erschließt sich ohne weiteres, dass diese auch Ausführungen dazu enthält, weshalb das neue Vorbringen nach Auffassung des Beschwerdeführers in zweiter Instanz zuzulassen sei, die Voraussetzungen des § 67 II und III ArbGG also erfüllt seien.

Der Beschwerdeführer hatte in seiner Berufungsbegründung beanstandet, das erstinstanzliche Gericht habe hinsichtlich aller Zahlungsansprüche seine aus § 139 ZPO folgende Hinweispflicht verletzt. Damit machte er nicht nur einen **Verfahrensfehler des erstinstanzlichen Gerichts** geltend, sondern bezeichnete zugleich den **Grund**, aus dem das **neue Vorbringen** in der zweiten Instanz unabhängig von einer hierdurch möglicherweise eintretenden Verzögerung **zwingend zuzulassen** gewesen wäre. Denn eine Präklusion neuen Vortrags in zweiter Instanz ist von vornherein ausgeschlossen, wenn **durch die Verletzung der Hinweispflicht in erster Instanz** nicht allein das Verhalten des Rechtsmittelführers, sondern auch ein Fehler des Gerichts dazu geführt hat, dass das neue Angriffsmittel erst in der Berufungsinstanz vorgebracht wird (vgl. BVerfGE 75, 183 - Juris Rn. 20, 22; Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting [Hrsg.], Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Auflage 2013, § 67 Rn. 8). Dass der Beschwerdeführer daher **mit seiner Verfahrensrüge zugleich den Grund für die Zulassung seines neuen Vorbringens** in zweiter Instanz dargetan hat, hat das Landesarbeitsgericht verkannt. Durch seine auch hier verfehlte, rein formalistische Betrachtung hat es sich einer interessengerechten Gesamtwürdigung des Vortrags des Beschwerdeführers verschlossen und auch hierdurch dessen Rechtsschutz im Berufungsverfahren und damit seinen Justizgewährungsanspruch in sachlich nicht zu rechtfertigender Weise verkürzt.“ (BaWüStGH aaO.)

Entgegen der Rechtsauffassung des Landesarbeitsgerichts **genügt die Berufungsbegründung** offensichtlich den im Lichte des Justizgewährungsanspruchs auszulegenden **Erfordernissen** der § 64 VI ArbGG und § 520 III 2 Nr. 2 und Nr. 4 ZPO.

ZPO  
§ 688 II Nr. 2

## Verjährungshemmung durch Mahnbescheid Bewusst falsche Angaben im Mahnantrag

ZivilVerfR

(BGH in WM 2015, 1461; Urteil vom 23.06.2015 – XI ZR 536/14)

Die § 688 II Nr. 2 ZPO widerstreitende Geltendmachung des "großen" Schadensersatzes, der nur Zug um Zug gegen Herausgabe eines erlangten Vorteils zu gewähren ist, stellt, wenn der Antragsteller **entgegen § 690 I Nr. 4 ZPO bewusst falsche Angaben** macht, grundsätzlich einen **Missbrauch des Mahnverfahrens** dar, der es dem Antragsteller nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Hemmung der Verjährung durch Zustellung des Mahnbescheids zu berufen.

**Fall:** Der Kläger begehrt von der beklagten Bank Schadensersatz wegen angeblich fehlerhafter Aufklärung im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Eigentumswohnung.

Der Kläger erwarb im Jahr 1992 Wohnungseigentum in G. Den Kaufpreis finanzierte er über Darlehen der Beklagten, die noch nicht vollständig zurückgeführt sind.

Der Kläger, der (spätestens) im Jahr 2005 von den anspruchsbegründenden Umständen einer Haftung der Beklagten aus dem Gesichtspunkt einer vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung Kenntnis hatte, hat am 30.12.2008 durch seinen vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids gestellt, mit dem er in der Hauptsache Zahlung in Höhe von 134.198,62 € verlangt hat. Dabei hat er als geldwerten Vermögensschaden ohne Anrechnung des Werts des Wohnungseigentums 75.000 € veranschlagt. Dem hat er die noch offene Darlehensforderung der Beklagten in Höhe von 59.198,62 € zugeschlagen.

In dem Antrag auf Erlass des Mahnbescheids hat der Kläger erklärt, dass der Anspruch von einer Gegenleistung nicht abhängen. Der antragsgemäß erlassene Mahnbescheid ist der Beklagten im Januar 2009 zugestellt worden. Nach Widerspruch der Beklagten und Abgabe an das Landgericht hat der Kläger seinen Anspruch unter dem 06.05.2010 begründet.

In der Anspruchs begründungsschrift hat der Kläger beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 75.000 € und Freigabe bestellter Sicherheiten Zug um Zug gegen Übertragung des Wohnungseigentums zu verurteilen. Seinen Zahlungsantrag hat er im Laufe des landgerichtlichen Verfahrens auf 104.936,97 € erhöht. Die Beklagte hat sich auf die Verjährung des Anspruchs berufen. Zu Recht?

### I. Lauf der Verjährungsfrist

Der Schadensersatzanspruch des Klägers unterliegt der allgemeinen Verjährung von 3 Jahren nach § 195 BGB. Die Verjährungsfrist beginnt nach § 199 BGB mit dem Schluss des Jahres zu laufen, dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

Hier hatte der Kläger die anspruchsbegründenden Umstände jedenfalls im Jahre 2005 erfahren, so dass die Verjährungsfrist am mit dem Schluss des Jahre 2005 zu laufen begann und am 31.12.2008 endete.

### II. Hemmung der Verjährung

Fraglich ist jedoch, ob der Lauf der Verjährungsfrist durch die Beantragung des Mahnbescheides am 30.12.2008 gehemmt wurde. Die Verjährungsfrist wird nach § 204 I Nr. 3 BGB gehemmt durch die Zustellung des Mahnbescheides. Der Mahnbescheid ist aber erst im Januar 2009 und danach nach Ablauf der Verjährungsfrist zugestellt worden. Hier könnte allerdings § 167 ZPO zugunsten des Klägers wirken, wonach auf den Eingang des Antrags bei Gericht abzustellen ist, wenn die Zustellung demnächst erfolgt, wovon hier bei einer Zustellung um Januar 2009 ausgegangen werden kann.

Allerdings könnte der Eintritt dieser Hemmung ausgeschlossen sein, weil der Kläger im Mahnbescheidsantrag fälschlicher Weise angegeben hatte, dass der geltend gemachte Anspruch von keiner Gegenleistung abhängen, obwohl der Zahlungsanspruch nur Zug-um-Zug geltend gemacht werden kann.

*„Richtig hat das Berufungsgericht dabei zum Ausgangspunkt genommen, die Zustellung des Mahnbescheids hemme trotz eines Verstoßes gegen § 688 II Nr. 2 ZPO (dazu sogleich unter bb 2) nach § 204 I Nr. 3 BGB die Verjährung (vgl. nur BGH, Urteil vom 21.12.2011 - VIII ZR 157/11, WM 2012, 560 Rn. 8; OLG Koblenz, OLGR 2005, 349, 350; OLG München, 11 Urteil vom 04.12.2007 - 5 U 3479/07, juris Rn. 84 f.; OLG Stuttgart, ZIP 2014, 2447, 2449).“ (BGH aaO.)*

Der Lauf der Verjährung wurde daher trotz der falschen Angaben nach § 204 I Nr. 3 BGB gehemmt.

### III. Ausschluss der Berufung auf die Hemmung der Verjährung

Allerdings könnte es dem Kläger gem. § 242 BGB nach Treu und Glauben verwehrt sein, sich auf die Hemmung der Verjährung zu berufen, wenn er durch seine fehlerhaften Angaben das Mahnverfahren missbraucht hat.

#### 1. Prüfungsbefugnis in der Revisionsinstanz

*„Die Anwendung des § 242 BGB unterliegt der uneingeschränkten Überprüfung durch den Senat. Die Frage, ob ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt, ist keine reine Tat-, sondern zugleich eine der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegende Rechtsfrage (BGH, Urteile vom 29.09.1960 - II ZR 25/59, BGHZ 33, 216, 219, vom 18.05.1966 - IV ZR 105/65, BGHZ 45, 258, 266 und vom 14.12.1965 - V ZR 116/64, LM Nr. 22 zu § 242 [Ca] BGB).“ (BGH aaO.)*

#### 2. Missbrauch des Mahnverfahrens

##### a) Ausschluss des Mahnverfahrens bei ausstehender Gegenleistung

Nach § 688 II Nr. 2 ZPO findet das Mahnverfahren nicht statt, wenn die Geltendmachung des Anspruchs von einer noch nicht erbrachten Gegenleistung abhängt.

*„Das gilt auch dann, wenn sich der Antragsgegner hinsichtlich der Gegenleistung in Annahmeverzug befindet (OLG Hamm, BKR 2015, 125 Rn. 18; Lechner, NJW-aktuell 19/2014, S. 10; Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl., § 688 Rn. 7a; a.A. Reinthaler, Die Hemmung der Verjährung durch Mahnbescheid bei Ansprüchen aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds, 2010, S. 157).*

*Macht ein Geschädigter als Antragsteller "großen" Schadensersatz geltend, den er nur Zug um Zug gegen Herausgabe eines von ihm durch das schädigende Ereignis adäquat kausal erlangten Vorteils beanspruchen darf, ist die Geltendmachung des Anspruchs in diesem Sinne von einer Gegenleistung abhängig.*

*In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist geklärt, dass nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dem Geschädigten neben einem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben dürfen, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind (vgl. Senatsurteil vom 13.11.2012 - XI ZR 334/11, WM 2013, 24 Rn. 21; BGH, Urteile vom 15.01.2009 - III ZR 28/08, WM 2009, 540 Rn. 14 und vom 18.12.1981 - V ZR 207/80, WM 1982, 428, 429). Solange Ersatzanspruch und Vorteil - wie hier bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz - nicht gleichartig sind, muss der Schädiger Schadensersatz nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Vorteils leisten (st. Rspr.; vgl. Senatsurteil vom 13.11.2012 aaO.; BGH, Urteile vom 12.05.1958 - II ZR 103/57, BGHZ 27, 241, 248 f. und vom 15.01.2009 aaO. m.w.N.). Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten ist nur mit dieser Einschränkung begründet.“ (BGH aaO.)*

Unerheblich ist dabei, ob sich die Beklagte hierauf beruft (vgl. schon BGH, Urteil vom 12.05.1958 - II ZR 103/57, BGHZ 27, 241, 248 f.). Die Abhängigkeit von der Gegenleistung ist auch ohne besonderen Antrags oder einer Einrede des Schädigers zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteile vom 12.05.1958 aaO., vom 18.12.1981 - V ZR 207/80, WM 1982, 428, 429 und vom 15.01.2009 - III ZR 28/08, WM 2009, 540 Rn. 14).

*„Die Verknüpfung des Schadens mit dem Vorteil ist mithin unter diesem Aspekt stärker als in den Fällen, in denen sich der Schuldner auf §§ 320, 322, 348 BGB berufen muss, um eine Verbindung zwischen Leistung und Gegenleistung herzustellen, und in denen ein Mahnverfahren ebenfalls nicht stattfindet (das übersieht Reinthaler, Die Hemmung der Verjährung durch Mahnbescheid bei Ansprüchen aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds, 2010, S. 148 ff.).“ (BGH aaO.)*

##### b) Rechtsmissbräuchlichkeit

Werden gleichwohl entgegen § 690 I Nr. 4 ZPO bewusst falsche Angaben gemacht, so stellt dies einen Missbrauch des Mahnverfahrens dar.

*„[Dem] Antragsteller [ist es] nach § 242 BGB grundsätzlich verwehrt, sich auf die Hemmung der Verjährung durch Zustellung des Mahnbescheids zu berufen (vgl. Senatsurteil vom 05.08.2014 - XI ZR 172/13, WM 2014, 1763 Rn. 11; BGH, Urteile vom 06.07.1993 - VI ZR 306/92, BGHZ 123, 337, 345, vom 28.09.2004 - IX ZR 155/03, BGHZ 160, 259, 266 und vom 21.12.2011 - VIII ZR 157/11, WM 2012, 560 Rn. 9 ff.; OLG Bamberg, BKR 2014, 334 Rn. 53 ff.; OLG Hamm, BKR 2015, 125 Rn. 14 ff.; OLG Stuttgart, ZIP 2014, 2447, 2448 f.; Aurich, GWR 2014, 352; Geisler, jurisPR-BGHZivilR 20/2014*

Anm. 2; Guski, EWIR 2014, 779, 780; Harnos, ZBB 2015, 176, 188; Klose, NJ 2012, 384, 385; Lechner, NJW-aktuell 19/2014, S.10; Mahler, AG 2014, R 335 f.; MüKo-ZPO/Schüler, 4. Aufl., § 688 Rn. 12 aE; Sujecki, NJW 2014, 3436; a.A. Corzelius, EWIR 2014, 763, 764; Maier, VuR 2014, 358, 359; Reinthaler, Die Hemmung der Verjährung durch Mahnbescheid bei Ansprüchen aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds, 2010, S. 149 ff.; Schultz, NJW 2014, 827, 828 f.). Denn der Antragsteller, dem der Gesetzgeber eine Erleichterung auf dem Weg zu einem vollstreckungsfähigen Titel nur gegen eine klare Festlegung zu den Voraussetzungen des Mahnverfahrens gewährt, **überspielt damit zielgerichtet die Sicherungen**, die das Mahnverfahren als **Kompensation für die lediglich begrenzte Schlüssigkeitsprüfung** (vgl. dazu BGH, Urteil vom 24.09.1987 - III ZR 187/86, BGHZ 101, 380, 382 ff.; BT-Drucks. 7/2729, S. 47 f., 97, 103) zugunsten des Antragsgegners vorsieht.“ (BGH aaO.)

Hätte der Kläger seinen Anspruch auf Leistung des "großen" Schadensersatzes im Klageverfahren geltend, so könnte er bei Säumigkeit des Beklagten wegen des von Amts wegen zu berücksichtigenden Grundsatzes der Vorteilsausgleichung nach § 331 I 1, II ZPO lediglich eine Verurteilung Zug um Zug erlangen.

„Die **Schlüssigkeit seines Begehrens setzt im Klageverfahren** die Schilderung des schädigenden Ereignisses, hier des darlehensfinanzierten Erwerbs von Wohnungseigentum aufgrund einer vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung der Bank als Schädigerin, voraus. Damit ist das **Erlangen eines schadensersatzrechtlich beachtlichen Vorteils** Teil des nach § 331 II Halbsatz 1 ZPO zu berücksichtigenden Vortrags. Der Richter wird deshalb von Amts wegen, sollte der Klageantrag nicht schon auf eine Verurteilung Zug um Zug gegen Herausgabe des Vorteils lauten, einen Zug-um-Zug-Vorbehalt aussprechen (Lechner, NJW-aktuell 19/2014, S. 10; a.A. offenbar Corzelius, EWIR 2014, 763, 764).

Wählt der Geschädigte stattdessen das **Mahnverfahren** und gibt **im Bewusstsein der die Vorteilsausgleichung beherrschenden Grundsätze** eine nach § 690 I Nr. 4 ZPO falsche Erklärung ab, erreicht er, weil im Mahnverfahren nur eine begrenzte Schlüssigkeitsprüfung stattfindet, ein **vorbehaltloses Erkenntnis zulasten des Schädigers**. Er nutzt damit - anders als ein Antragsteller, der etwa mangels juristischer Vorbildung die Vorteilsausgleichung in ihren Rechtsfolgen nicht einzuordnen weiß - die gegenüber dem Klageverfahren andere Verfahrensgestaltung des Mahnverfahrens mit der Aussicht, sich einen geldwerten Vorteil gegenüber der ansonsten von Amts wegen zu berücksichtigenden materiellen Rechtslage zu verschaffen.“ (BGH aaO.)

### c) Zurechnung der Angaben an den Kläger

Der Mahnantrag wurde vom Prozessbevollmächtigten des Klägers gestellt. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass dem Kläger die Vorteilsausgleichung schlicht unbekannt war. Vielmehr kann angenommen werden, dass dies dem Prozessbevollmächtigten sehr wohl bewusst war und er zur Erreichung der Verjährungshemmung kurz vor Fristablauf trotz Rechtskenntnis fehlerhafte Angaben im Antrag gemacht hat.

„Dass der Kläger, der sich das **Verhalten seines Prozessbevollmächtigten zurechnen** lassen muss (§ 166 BGB, § 85 II ZPO), nach § 690 I Nr. 4 ZPO bewusst wahrheitswidrige Angaben gemacht hat, hat das Berufungsgericht festgestellt. Dass diese Feststellung im Revisionsverfahren beachtliche Rechtsfehler aufwies, zeigt die Revision nicht auf und ist auch sonst nicht ersichtlich. Der Kläger hat den Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids, auf dessen verjährungshemmende Zustellung er sich beruft, **durch einen Rechtsanwalt stellen** lassen, der durch **seinen Zug-um-Zug-Vorbehalt in der Anspruchsbegründungsschrift** deutlich zu erkennen gegeben hat, um die Unvereinbarkeit seiner Verfahrensweise mit § 688 II Nr. 2, § 690 I Nr. 4 ZPO zu wissen. Im Übrigen wurden die aus der oben zitierten älteren höchstrichterlichen Rechtsprechung für § 688 II Nr. 2 ZPO zu ziehenden Konsequenzen bereits im Jahr 2005 in der Literatur dargestellt (vgl. Wagner, ZfIR 2005, 856, 857). Damit ist die **Behauptung widerlegt**, der Prozessbevollmächtigte des Klägers habe bis zur Entscheidung des VIII. Zivilsenats vom 21.12.2011 (VIII ZR 157/11, WM 2012, 560 Rn. 9 ff.) **von der Statthaftigkeit seiner Verfahrensweise ausgehen dürfen**.“ (BGH aaO.)

## IV. Ausschluss der Hemmung auch für den „kleinen“ Schadensersatz

Die Frage, ob der Geschädigte "kleinen" oder "großen" Schadensersatz geltend macht, ist nur eine solche der Schadensberechnung. Wechselt der Geschädigte die Art der Schadensberechnung, ohne seinen Antrag auf einen abgewandelten Lebenssachverhalt zu stützen, liegt keine Klageänderung vor (Senatsurteil vom 05.08.2014 - XI ZR 172/13, WM 2014, 1763 Rn. 11; BGH, Urteile vom 09.10.1991 - VIII ZR 88/90, BGHZ 115, 286, 289 ff. und vom 09.05.1990 - VIII ZR 237/89, WM 1990, 1748, 1749 f.).

„Der Geschädigte hat sich, was Voraussetzung dafür ist, dass er sich auf die Hemmungswirkung der Zustellung des Mahnbescheids nicht berufen kann, im Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit seines Handelns gegen eine Beschränkung seines Begehrens auf das zulässige Maß entschieden. Damit stünde es nach § 242 BGB nicht in Übereinstimmung, wenn ihm die Früchte seines Tuns - gleichsam risikolos - in dem Umfang erhalten blieben, der einer redlichen Vorgehensweise entspräche.“ (BGH aaO.)

1. Aus Art. 13 GG ergibt sich die Verpflichtung des Staates, eine **effektive Durchsetzung des grundrechtssichernden Richtervorbehalts** zu gewährleisten.
2. Mit der Befassung des zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichters durch die **Stellung eines Antrags auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung** und der dadurch eröffneten Möglichkeit präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richter **endet die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden**.
3. Die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden kann nur dann neu begründet werden, wenn nach der Befassung des Richters **tatsächliche Umstände eintreten oder bekannt werden**, die sich nicht aus dem Prozess der Prüfung und Entscheidung über diesen Antrag ergeben, und hierdurch die Gefahr eines Beweismittelverlusts in einer Weise begründet wird, die der Möglichkeit einer rechtzeitigen richterlichen Entscheidung entgegensteht.
4. Auf die Ausgestaltung der justizinternen Organisation kann die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden nicht gestützt werden.

**Fall:** Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist die Frage, ob und inwieweit Durchsuchungen durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen gemäß § 102, § 105 I Satz 1, 2. Halbsatz StPO wegen Gefahr im Verzug angeordnet werden dürfen, obwohl der zuständige Ermittlungs- oder Eilrichter bereits mit der Sache befasst ist, über den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses aber noch nicht entschieden hat.

Am 10.05.2010 leitete die Staatsanwaltschaft Hamburg ein Ermittlungsverfahren gegen den Bf. wegen des Verdachts des Verstoßes gegen das Waffengesetz (§ 52 I Nr. 2b WaffG) ein, nachdem ein Anzeigerstatter gegen 16:30 Uhr mitgeteilt hatte, der Bf. sei im Besitz einer „silberfarbenen Pistole“ und dessen Mutter habe ihm gedroht, dass sie den Bf. damit beauftragen werde, ihn umzubringen.

Auf einen durch die Staatsanwaltschaft gestellten Durchsuchungsantrag gemäß §§ 102, 105 StPO erklärte der am 10.05.2010 gegen 17:25 Uhr telefonisch erreichte Ermittlungsrichter, ohne Vorlage einer Ermittlungsakte keine Entscheidung über die beantragte Durchsuchung treffen zu können. Daraufhin ordnete die Staatsanwaltschaft um 17:30 Uhr fernmündlich gegenüber den ermittelnden Polizeibeamten die Durchsuchung der Wohn- und Nebenräume sowie eventuell vorhandener Kraftfahrzeuge, der Person des Bf. und der ihm gehörenden Sachen gemäß § 102, § 105 I S. 1, 2. Halbsatz StPO wegen Gefahr im Verzug selbst an. Da ein Protokoll über die Vernehmung des Anzeigerstatters noch nicht angefertigt sei und die Erstellung und Übersendung der angeforderten Akte drei bis vier Stunden in Anspruch nehme, könne angesichts der akuten Bedrohungslage für den Anzeigerstatter bis zu einer Entscheidung des Ermittlungsrichters nicht zugewartet werden. Die Durchsuchung wurde sodann am selben Tag in der Zeit von 18:20 Uhr bis 18:50 Uhr durchgeführt. Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft wurde in allen Instanzen bestätigt. Der Bf. sieht sich durch die angegriffenen Beschlüsse des Amtsgerichts Hamburg vom 30.08.2010 und des Landgerichts Hamburg vom 21.10.2010 in seinen Grundrechten aus Art. 13 I und II GG verletzt. Zu Recht?

Der Bf. könnte durch die angegriffenen Beschlüsse in seinem Grundrecht aus Art. 13 I und II GG verletzt sein. Dies könnte sich daraus ergeben, dass dem Richtervorbehalt des Art. 13 II nicht Genüge geleistet wurde.

Der präventive Richtervorbehalt des Art. 13 II, 1. Halbsatz GG dient der Gewährung effektiven Grundrechtsschutzes in den Fällen des mit einer Durchsuchung verbundenen schwerwiegenden Eingriffs in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung.

### **I. Gewährleistungsgehalt des Art. 13 I GG**

Art. 13 I GG garantiert die Unverletzlichkeit der Wohnung.

*„Damit wird dem Einzelnen im Hinblick auf seine Menschenwürde und im Interesse der **freien Entfaltung der Persönlichkeit** ein **elementarer Lebensraum** gewährleistet (vgl. BVerfGE 42, 212 [219]). In seinen Wohnräumen hat er das Recht, in Ruhe gelassen zu werden (vgl. BVerfGE 27, 1 [6]; 51, 97 [107]). In diese grundrechtlich geschützte Lebenssphäre greift eine Durchsuchung schwerwiegend ein (vgl. BVerfGE 51, 97 [107]; 59, 95 [97]; 96, 27 [40]; 103, 142 [150 f.]; BVerfGK 2, 310 [314]). Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, dass Art. 13 II, 1. Halbsatz GG die **Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält** (vgl. BVerfGE 103, 142 [151]; BVerfGK 5, 74 [77]). Der präventive Richtervorbehalt, der der verstärkten Sicherung des Grundrechts des Art. 13 I GG dient (vgl. BVerfGE 57, 346 [355]; 103, 142 [152]), zielt auf eine **vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine***

**unabhängige und neutrale Instanz** (vgl. BVerfGE 20, 162 [223]; 57, 346 [355 f.]; 76, 83 [91]; 103, 142 [151]; BVerfGK 5, 74 [77]).“ (BVerfG aaO.)

Zwar ist die **Staatsanwaltschaft** als zur Objektivität verpflichtetes Rechtspflegeorgan (§ 160 II StPO) **Garantin für Rechtsstaatlichkeit und gesetzmäßige Verfahrensabläufe** und als „Wächter des Gesetzes“ gerade auch dazu berufen, bei Grundrechtseingriffen im Ermittlungs- und Strafverfahren die Rechte aller Betroffenen zu wahren und die strikte Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu garantieren (vgl. BVerfGE 133, 168 [200, 219 f.]). Das Grundgesetz geht [jedoch] davon aus, dass der **Richter** in Anbetracht seiner persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und seiner strikten Unterwerfung unter das Gesetz (Art. 97 GG) die **Rechte des Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren** kann (vgl. BVerfGE 77, 1 [51]; 103, 142 [151]; BVerfGK 7, 392 [395]). Im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, das die Staatsanwaltschaft in eigener Verantwortung führt (§§ 158 ff. StPO), ist er unbeteiligter Dritter, der nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft tätig wird (§ 162 StPO). Durch seine Einschaltung soll **von vornherein, nicht erst nach geschehener Durchsuchung, sichergestellt** werden, dass die **Interessen des Betroffenen angemessen berücksichtigt** werden (vgl. BVerfGE 9, 89 [97]; 103, 142 [151]; BVerfGK 2, 310 [314]; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 03.12.2002 - 2 BvR 1845/00 -, NJW 2003, S. 2303 [2304]) und in den Rechtskreis des Einzelnen nicht in weiterem Umfang eingegriffen wird, als es der Zweck der Durchsuchung erfordert (vgl. BVerfGE 20, 162 [223]).“ (BVerfG aaO.)

## II. Umsetzung des Gewährleistungsgehalts

Aus den genannten Gründen ergibt sich aus Art. 13 GG daher die Verpflichtung der staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass die **effektive Durchsetzung des grundrechtssichernden Richtervorbehalts** gewährleistet ist.

„Daher haben die für die Organisation der Gerichte und die Rechtsstellung der dort tätigen Ermittlungsrichter zuständigen Organe der Länder und des Bundes für eine **sachliche und personelle Ausstattung** der Gerichte zu sorgen, die eine wirksame präventive richterliche Kontrolle von Wohnungsdurchsuchungen sicherstellt (vgl. BVerfGE 103, 142 [152]).

Zu den Anforderungen an einen dem Gebot der praktischen Wirksamkeit des Richtervorbehalts entsprechenden richterlichen Bereitschaftsdienst gehört die **uneingeschränkte Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters bei Tage, auch außerhalb der üblichen Dienststunden** (vgl. BVerfGE 103, 142 [152, 156]; 105, 239 [248]; BVerfGK 2, 176 [178]; 5, 74 [78]; 7, 392 [395]; 9, 287 [290]), **sowie während der Nachtzeit** (§ 104 III StPO) jedenfalls bei einem Bedarf, der über den Ausnahmefall hinausgeht (vgl. BVerfGK 2, 176 [178]; 5, 74 [78]).“ (BVerfG aaO.)

## III. Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden

Allerdings sieht Art. 13 II, 2. HS GG vor, dass Durchsuchungen außer durch den zuständigen Richter bei Gefahr im Verzug auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe - bei der **strafprozessualen Durchsuchung** gemäß § 105 I, 2. Halbsatz StPO durch die **Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen** (§ 152 GVG) - angeordnet werden.

### 1. Zweck der Eilkompetenz

Die Eilkompetenz bezweckt die Ermöglichung eines **schnellen und situationsgerechten Handelns** durch die Ermittlungsbehörden (vgl. BVerfGK 7, 392 [395]).

„Sie trägt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung einer rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege Rechnung, die sich, bei nachhaltiger Sicherung der Rechte des Beschuldigten, zugleich auf eine **effektive und funktionstüchtige Strafverfolgung** erstreckt (vgl. BVerfGE 77, 65 [76 f.]; 103, 142 [154]; 130, 1 [27]; 133, 168 [200 f.]). Dementsprechend soll den Ermittlungsbehörden durch Art. 13 II, 2. HS GG im Interesse effektiver Strafverfolgung die Möglichkeit der Anordnung einer Durchsuchung von Wohnräumen eröffnet werden, wenn dies notwendig ist, um dem drohenden Verlust von Beweismitteln entgegenzuwirken (vgl. BVerfGE 103, 142 [154]).“ (BVerfG aaO.)

Allerdings besteht zwischen richterlicher und nichtrichterlicher Durchsuchungsanordnung ein Regel-Ausnahme-Verhältnis besteht.

„Demgemäß ist der Begriff „**Gefahr im Verzug**“ im Sinne des Art. 13 II GG eng auszulegen. Gefahr im Verzug ist **nur anzunehmen, wenn die richterliche Anordnung nicht mehr eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme (regelmäßig die Sicherstellung von Beweismitteln) gefährdet wird** (vgl. BVerfGE 51, 97 [111]; 103, 142 [153 f.]). Kann hingegen der Richter mit dem Durchsuchungsbegehren befasst werden und über dieses entscheiden, ohne dass damit ein Risiko des Verlusts von Beweismitteln verbunden ist, ist für einen Rückgriff auf die Eilkompetenz der Strafverfolgungsbehörden kein Raum. Vielmehr hat dann allein der zuständige Richter über den Eingriff in das Grundrecht aus Art. 13 I GG zu entscheiden und dabei auch dem aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Verfassungsgebot effektiver Strafverfolgung Rechnung zu tragen.“ (BVerfG aaO.)

Fraglich ist jedoch, wann von einem angemessenen Zeitraum ausgegangen werden kann, binnen dessen eine richterliche Entscheidung eingeholt werden kann. Dies haben



die Ermittlungsbehörden nach der Konzeption des Art. 13 II GG zunächst selbst zu prüfen.

*„Dabei haben sie die von der Verfassung vorgesehene „Verteilung der Gewichte“, nämlich die **Regelzuständigkeit des Richters**, zu beachten (vgl. BVerfGE 95, 1 [15]; 103, 142 [155]). [Bei] der Beurteilung der Frage, ob der Versuch, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen, unterbleiben darf, weil bereits die damit verbundene zeitliche Verzögerung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde, [sind] die **konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalles** in Rechnung zu stellen“ (BVerfG aaO.)*

Hierbei ist zu beachten, dass die Vorlage schriftlicher Unterlagen nicht stets erforderlich ist, sondern der zuständige Richter auch befugt ist, allein aufgrund mündlich übermittelter Informationen eine Entscheidung zu treffen und die Durchsuchung auch mündlich anzuordnen, sofern er diese Anordnung zeitnah schriftlich dokumentiert und damit den sich aus Art. 19 IV GG ergebenden Erfordernissen Rechnung trägt.

## 2. Ende der Eilkompetenz

Haben die Ermittlungsbehörden - nach Abwägung der Umstände des konkreten Einzelfalles - das Vorliegen der Voraussetzungen für die Annahme von Gefahr im Verzug verneint und eine richterliche Durchsuchungsanordnung beantragt, endet mit der Befassung des Gerichts und der dadurch eröffneten Möglichkeit präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richter die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden.

*„Soweit abweichend hiervon in der **Rechtsprechung** von einem Fortbestehen oder „Wiederaufleben“ der Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen im Fall der nicht rechtzeitigen Entscheidung durch den zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichter ausgegangen wird (vgl. BGH, Beschluss vom 11.08.2005 - 5 StR 200/05 -, NStZ 2006, S. 114 [115]; BGH, Urteil vom 28.06.2001 - 1 StR 198/01 -, NStZ 2001, S. 604 [605 f.] im Zusammenhang mit der Prüfung eines Beschlagnahmeantrags; so auch: Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 13.03.2013 - 2 Ss 3/13 (5/13) -, juris, Rn. 12 ff.; a.A. LG Berlin, Beschluss vom 30.11.2009 - 522a 2/09 -, NStZ 2010, S. 415; LG Cottbus, Beschluss vom 11.02.2005 - 22 Qs 3/04 -, juris) **und im Schrifttum** auf der Grundlage einer Unterscheidung zwischen dem „mutwillig“ nicht entscheidenden und dem „umfassend prüfenden“ Ermittlungs- oder Eilrichter differenzierende Lösungen vertreten werden (vgl. Brocke/Herb, StraFo 2009, S. 46 ff.; dies., NStZ 2009, S. 671 ff. [jeweils zu § 81a II StPO]; Hofmann, NStZ 2003, S. 230 ff.; ders., NStZ 2010, S. 415 ff.; Schulz, NStZ 2003, S. 635 ff.; Trück, JZ 2010, S. 1106 ff.; Greven, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 98 Rn. 13; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 105 Rn. 2; siehe dazu aber auch: Beichel/Kieninger, NStZ 2003, S. 10 ff.; Jahn, NStZ 2007, S. 255 ff.; Mosbacher, JuS 2009, S. 124 f.; ders., JuS 2010, S. 127 ff.; Spaniol, in: Festschrift für Albin Eser, 2005, S. 473 ff.; Tsambikakis, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. 3, 26. Aufl. 2014, § 105 Rn. 94 f.), tragen diese Auffassungen weder der Bedeutung des Richtervorbehalts in Art. 13 II, 1. HS GG hinreichend Rechnung noch beachten sie die Verfassungsgarantie der richterlichen Unabhängigkeit in dem gebotenen Umfang.“ (BVerfG aaO.)*

Die Eilkompetenz kann nur neu begründet werden, wenn nachträglich Umstände neu bekannt werden oder eintreten, die sich nicht aus dem Prozess der Prüfung des Durchsuchungsantrags und der Entscheidung darüber ergeben.

*„**Entscheidend** ist dabei nicht der **Zeitpunkt**, zu dem die Staatsanwaltschaft den Entschluss fasst, eine richterliche Durchsuchungsanordnung zu beantragen, sondern der Zeitpunkt, in dem das **Gericht mit dem Antrag auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung befasst wird**. Nicht entscheidend für den Zeitpunkt des Entfallens der Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft ist dagegen der tatsächliche Beginn der sachlichen Prüfung durch das Gericht oder gar die endgültige gerichtliche Entscheidung.*

*Mit der Bedeutung des Richtervorbehalts und dessen grundrechtssichernder Schutzfunktion ist es nicht vereinbar, den zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichter durch die Bestimmung des Zeitpunkts des Eintritts in die Sachprüfung letztendlich über seine Zuständigkeit disponieren zu lassen. Auch soweit während des durch den Richter in Anspruch genommenen Entscheidungszeitraums nach dessen Befassung die **Gefahr eines Beweismittelverlusts** eintritt, etwa weil dieser auf ein mündlich gestelltes Durchsuchungsbegehren hin die Vorlage schriftlicher Antragsunterlagen oder einer Ermittlungsakte fordert, Nachermittlungen anordnet oder schlicht bis zum Eintritt der Gefahr eines Beweismittelverlusts noch nicht entschieden hat, **lebt die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden nicht wieder auf**. Dies gilt unabhängig davon, aus welchen Gründen die richterliche Entscheidung über den Durchsuchungsantrag unterbleibt. Mit seiner Befassung ist es Aufgabe des Richters, den durch Art. 13 II GG geforderten präventiven Grundrechtsschutz unter Beachtung des Verfassungsgebots effektiver Strafverfolgung zu gewähren.*

*Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Versuch der Befassung des Gerichts mit dem Antrag auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung scheitert, weil der zuständige Richter nicht erreicht werden kann und infolgedessen ein Beweismittelverlust droht. Hier ist sehr wohl ein Rückgriff auf die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden gemäß Art. 13 II, 2. HS GG möglich.“ (BVerfG aaO.)*

Jedoch kann die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden neu begründet werden, wenn nach der Befassung des Richters tatsächliche Umstände eintreten oder bekannt werden, die sich nicht aus dem Prozess der Prüfung und Entscheidung über diesen Antrag ergeben, und hierdurch die Gefahr eines Beweismittelverlusts in einer Weise begründet wird, die der Möglichkeit einer rechtzeitigen richterlichen Entscheidung entgegensteht (**überholende Kausalität**).

*„In solchen Fällen ist nach dem Konzept des Art. 13 II GG im Interesse effektiver Strafverfolgung die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden gegeben, weil ein Geschehensablauf vorliegt, der nicht Gegenstand der laufenden richterlichen Prüfung und daher geeignet ist, das Vorliegen von Gefahr im Verzug eigenständig (neu) zu begründen. Die bereits erfolgte Befassung des zuständigen Richters mit einem Durchsuchungsantrag steht der Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft schon deswegen nicht entgegen, da sie auf einer anderen tatsächlichen Grundlage beruht.“ (BVerfG aaO.)*

#### IV. Anwendung auf den Fall

Die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft für die Anordnung der Durchsuchung der Wohn- und Nebenräume des Bf. sowie eventuell vorhandener Kraftfahrzeuge, seiner Person und der ihm gehörenden Sachen gemäß § 102, § 105 I 1, 2. Halbsatz StPO könnte nach der am 10.05.2010 gegen 17:25 Uhr erfolgten Befassung des zuständigen Ermittlungsrichters entfallen sein, ohne wieder aufgelebt zu haben.

##### 1. Entfall der Eilkompetenz

*„Die Staatsanwaltschaft hatte am 10.05.2010 zunächst entschieden, dass **Gefahr im Verzug** und damit die Voraussetzungen ihrer Eilkompetenz gemäß § 105 I 1, 2. Halbsatz StPO und Art. 13 II, 2. HS GG für die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung **nicht vorlagen**.*

*Aus diesem Grund hatte sie versucht, **telefonischen Kontakt mit dem zuständigen Ermittlungsrichter** des Amtsgerichts Hamburg aufzunehmen, was ihr am selben Tag um 17:25 Uhr auch gelungen war. Mit diesem **mündlich gestellten Antrag** war der zuständige Ermittlungsrichter in einer die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft verdrängenden Weise mit dem Erlass der Durchsuchungsanordnung befasst. Soweit der zuständige Richter den Erlass dieser Anordnung von der Vorlage einer Ermittlungsakte abhängig machte, kann dahinstehen, worauf dieses Begehren beruhte, da die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden aufgrund der weder von Seiten des Gerichts noch von Seiten der Ermittlungsbehörden disponiblen, einmal begründeten Zuständigkeit des Richters nicht „wiederaufleben“ konnte.“ (BVerfG aaO.)*

##### 2. Kein Wiederaufleben

*„Die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft nach der erfolgten Befassung des zuständigen Ermittlungsrichters besteht auch **nicht aufgrund des Bekanntwerdens oder Eintretens neuer tatsächlicher Umstände**. Anhaltspunkte für ein nachträgliches Bekanntwerden oder Eintreten derartiger Umstände sind nicht ersichtlich. Dabei ist ohne Belang, ob und inwieweit die Anordnung mit dem Ziel erfolgte, möglicherweise bestehende Gefahren für Leib oder Leben des Anzeigereerstatters abzuwenden. **Allein der Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr** vermag eine strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme gemäß § 102, § 105 I 1, 2. Halbsatz StPO **nicht zu rechtfertigen**. Einer solchen Gefahr muss gegebenenfalls durch polizeirechtliche Maßnahmen begegnet werden.“ (BVerfG aaO.)*

#### V. Ergebnis

Die Staatsanwaltschaft war für die getroffene Durchsuchungsanordnung nicht zuständig. Es liegt eine nicht rechtfertigungsfähige Verletzung des Bf. in seinem Grundrecht aus Art. 13 I, II GG vor.

GG

**Rechtswegerschöpfung**

StrafVerfR

Art. 19 IV

**Sitzungspolizeiliche Anordnungen in Strafsachen**

(BVerfG in NJW 2015, 2175; Beschluss vom 17.04.2015 – 1 BvR 3276/08)

1. Zur Rechtswegerschöpfung muss ein Bf. zunächst die ihm **gesetzlich zur Verfügung stehenden, nicht offensichtlich unzulässigen Rechtsbehelfe** ergreifen; namentlich muss er den ihm nach der jeweiligen Verfahrensordnung eröffneten **Instanzenzug durchlaufen**.
2. Nicht zum Rechtsweg gehören jedoch offensichtlich unzulässige Rechtsmittel.
3. Im Hinblick auf § 90 II BVerfGG ist von einem Rechtsmittel **grundsätzlich auch dann Gebrauch machen, wenn zweifelhaft ist, ob es statthaft ist und im konkreten Fall in zulässiger Weise eingelegt werden kann**.
4. **Offensichtlich unzulässig** ist ein Rechtsmittel nur dann, wenn der Rechtsmittelführer nach dem Stand der Rechtsprechung und Lehre zum maßgebenden Zeitpunkt **über dessen Unzulässigkeit nicht im Ungewissen** sein konnte.

**Fall:** Die Bf. ist eine Verlagsgesellschaft, die mehrere Tageszeitungen herausgibt. In dem zu Grunde liegenden Strafverfahren vor der Strafkammer wurde dem Angekl. vorgeworfen, einen Holzklötz von einer Autobahnbrücke auf einen fahrenden Personenkraftwagen geworfen und dadurch die Beifahrerin getötet zu haben. Die Tat und die Strafverfolgung fanden bundesweit ein hohes mediales Interesse. Nachdem im Rahmen der Berichterstattung über den ersten Verhandlungstag mindestens eine Zeitung unverpixelte Bilder des Angekl. veröffentlicht hatte, erließ der Vorsitzende Richter die mit der Verfassungsbeschwerde angefochtene, auf die Vorschrift des § 176 VGG gestützte sitzungspolizeiliche Anordnung, nach der vom Angekl. und dem Nebenkläger nur anonymisierte („verpixelte“) Bilder veröffentlicht werden durften.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde machte die Bf. eine Verletzung ihres Grundrechts auf Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 GG geltend. Ferner rügte sie eine Verletzung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG, hilfsweise des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs aus Art. 20 III i.V.m. Art. 5 I 2 GG, weil es gegen die Verfügung des Vorsitzenden Richters keinen Rechtsschutz gebe. Wird sie damit Erfolg haben?

Die Verfassungsbeschwerde hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist. Hinsichtlich der Zulässigkeit ist fraglich, ob der Rechtsweg erschöpft wurde, wie § 90 II BVerfGG dies vorsieht. Die Bf. ist der Auffassung, dass gegen die sitzungspolizeiliche Anordnung ein Rechtsweg nicht eröffnet ist und sie daher die Anordnung unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde angreifen kann.

**I. Anforderungen an Rechtswegerschöpfung**

„Nach § 90 II 1 BVerfGG ist eine Verfassungsbeschwerde grundsätzlich erst nach Erschöpfung des Rechtsweges zulässig. Danach muss ein Bf. zunächst die ihm **gesetzlich zur Verfügung stehenden, nicht offensichtlich unzulässigen Rechtsbehelfe** ergreifen; namentlich muss er den ihm nach der jeweiligen Verfahrensordnung eröffneten **Instanzenzug durchlaufen** (BVerfGE 68, 376 [380] = NJW 1985, 2249). Durch die umfassende fachgerichtliche Vorprüfung der Beschwerdepunkte soll dem BVerfG ein regelmäßig **in mehreren Instanzen geprüftes Tatsachenmaterial** unterbreitet und ihm die Fallanschauung und Rechtsauffassung der Fachgerichte vermittelt werden. Zugleich entspricht es der grundgesetzlichen Zuständigkeitsverteilung und Aufgabenzuweisung, dass vorrangig die Fachgerichte Rechtsschutz gegen Verfassungsverletzungen selbst gewähren und etwaige im Instanzenzug auftretende Fehler durch Selbstkontrolle beheben (BVerfGE 68, 376 [380] = NJW 1985, 2249 m.w.N.).“ (BVerfG aaO.)

Nicht zum Rechtsweg gehören jedoch offensichtlich unzulässige Rechtsmittel. Fraglich ist, ob der Bf. im Rahmen der Rechtswegerschöpfung auch zugemutet werden kann, ein Rechtsmittel einzulegen, dessen Zulässigkeit zweifelhaft ist.

„[Der] Bf. [muss] vor der Erhebung der Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf § 90 II BVerfGG von einem Rechtsmittel **grundsätzlich auch dann Gebrauch machen, wenn zweifelhaft ist, ob es statthaft ist und im konkreten Fall in zulässiger Weise eingelegt werden kann** (vgl. BVerfGE 16, 1 [2 f.]; BVerfGE 91, 93 [106]; vgl. auch BVerfGE 5, 17 [19]; BVerfGE 107, 299 [309]). In derartigen Fällen ist es grundsätzlich die Aufgabe der Fachgerichte, über streitige oder noch offene Zulässigkeitsfragen nach einfachem Recht unter Berücksichtigung der hierzu vertretenen Rechtsansichten zu entscheiden. Der Funktion der Verfassungsbeschwerde würde es zuwiderlaufen, sie an Stelle oder gleichsam wahlweise neben einem möglicherweise statthaften Rechtsmittel zuzulassen. Es ist daher geboten und einem Beschwerdeführer auch zumutbar, vor der Einlegung einer Verfassungsbeschwerde die **Statthaftigkeit weiterer einfachrechtlicher Rechtsbehelfe sorgfältig zu prüfen und von ihnen auch Gebrauch zu machen, wenn sie nicht offensichtlich unzulässig sind** (BVerfGE 68, 376 [381] m.w.N.; s. auch BVerfGK 15, 484 [489]; BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 14.10.2009 – 1 BvR 2436/09, BeckRS 2009, 27650). **Offensichtlich unzulässig** ist ein Rechtsmittel nur dann, wenn der Rechtsmittelführer nach dem Stand der Rechtsprechung und Lehre zum maßgebenden Zeitpunkt **über dessen Unzulässigkeit nicht im Ungewissen** sein konnte (vgl. BVerfGE 28, 1 [6]; BVerfGE 48, 341 [344]; BVerfGE 49, 252 [255]; BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 14.10.2009 – 1 BvR 2436/09, BeckRS 2009, 27650).“ (BVerfG aaO.)

## II. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob hier gegen die sitzungspolizeiliche Anordnung ein Rechtsmittel der Bf. gegeben ist. In Betracht kommt hier eine Beschwerde nach § 304 I StPO, wonach die Beschwerde gegen **alle von den Gerichten im ersten Rechtszug erlassenen Beschlüsse und Verfügungen des Vorsitzenden** statthaft, soweit das Gesetz sie nicht ausdrücklich der Anfechtbarkeit entzieht.

„Gemäß § 304 II StPO steht die Beschwerde **grundsätzlich auch nicht verfahrensbeteiligten Personen** zu, die durch die richterliche Entscheidung betroffen sind (vgl. BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 14.10.2009 – 1 BvR 2436/09, BeckRS 2009, 27650; ferner BGH, Beschl. v. 18.01.2005 – StB 6/04, BeckRS 2005, 08523; Zabeck in KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 304 Rn. 28). Dass die hier angegriffene Verfügung des Vorsitzenden **auf Grundlage des § 176 GVG kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung einer Anfechtung entzogen** wäre, ist **nicht ersichtlich**. Dies gilt sowohl mit Blick auf § 305 S. 1 StPO als auch hinsichtlich § 181 I GVG. Denn **§ 305 S. 2 StPO** nimmt alle Entscheidungen vom Ausschluss der Beschwerde aus, durch die **dritte, nicht verfahrensbeteiligte Personen** betroffen werden, und § 181 I GVG enthält seinem Wortlaut nach ebenfalls keinen ausdrücklichen Ausschluss der Anfechtung sitzungspolizeilicher Anordnungen i.S.d. § 176 GVG.“ (BVerfG aaO.)

Der Rechtsweg wäre nur dann erschöpft, wenn nach der Auffassung in Rechtsprechung und Lehre die Anwendbarkeit dieser Regelungen auf Anordnungen der vorliegenden Art gegenüber Pressevertretern überwiegend abgelehnt würde.

### 1. Ältere fachgerichtliche Rechtsprechung und Teil der Lehre

„Zwar lehnte insbesondere die **ältere fachgerichtliche Rechtsprechung** eine Beschwerde gegen Verfügungen des Vorsitzenden nach § 176 GVG ab [m.w.N.] und folgt ein **Teil der Literatur** bis heute dieser Auffassung [m.w.N.].“ (BVerfG aaO.)

### 2. BGH und neuere fachgerichtliche Rechtsprechung

„Der **BGH** hat die Frage einer Beschwerde gem. § 304 I StPO gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen **bislang ausdrücklich offengelassen** (vgl. BGHSt 44, 23 [25]). Doch sprach sich ein **nicht unerheblicher Teil der neueren fachgerichtlichen Rechtsprechung** bereits im Zeitpunkt der Einlegung der Verfassungsbeschwerde für die Statthaftigkeit der Beschwerde aus [m.w.N.]. Voraussetzung sei, dass der sitzungspolizeilichen Anordnung eine **über die Dauer der Hauptverhandlung** oder sogar über die Rechtskraft des Urteils **hinausgehende Wirkung** zukommt und insbesondere **Grundrechte oder andere Rechtspositionen** des von einer sitzungspolizeilichen Maßnahme Betroffenen **dauerhaft tangiert und beeinträchtigt** werden. Auch die **Kommentarliteratur** hatte sich – bezogen auf den Zeitpunkt der Einlegung der Verfassungsbeschwerde – bereits dieser neuen obergerichtlichen Rechtsprechungslinie angeschlossen [m.w.N.] Dieser Ansicht folgen mittlerweile weitere Gerichte [m.w.N.].“ (BVerfG aaO.)

### 3. Frühere Entscheidungen des BVerfG

„Nach den **fachgerichtlich entwickelten Kriterien** wäre eine Beschwerde gegen die streitgegenständliche sitzungspolizeiliche Verfügung **nicht offensichtlich unzulässig** gewesen. Dass auch das **BVerfG** in der Vergangenheit und zuletzt im Jahr 2007 angenommen hat, ein **Rechtsweg gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen nach § 176 GVG sei nicht eröffnet** [m.w.N.], steht dem nicht entgegen. Denn im Zeitpunkt der Einlegung der Verfassungsbeschwerde war nach der weitgehenden Änderung der Auffassung in fachgerichtlicher Rechtsprechung und Literatur ein Rechtsmittel nach § 304 I StPO **nicht mehr offensichtlich unzulässig**.“ (BVerfG aaO.)

### 4. Zeitliche Wirkung der Entscheidung

„Die Verpixelungsanordnung reicht über die Dauer der Hauptverhandlung und sogar über die Rechtskraft des Urteils hinaus, denn sie untersagt das Veröffentlichen nicht anonymisierter Aufnahmen des Angekl. sowie des Nebenklägers vor und nach den Sitzungen der Strafkammer zeitlich unbeschränkt. Auch dient die Anordnung nicht lediglich der Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung, sondern vielmehr dem **Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Angeklagtem und Nebenkläger**.“ (BVerfG aaO.)

Die Verfassungsbeschwerde ist hinsichtlich der Grundrechtsverletzung durch die sitzungspolizeiliche Anordnung mangels Rechtswegerschöpfung unzulässig.

### 5. Rechtsschutzbedürfnis

„Soweit sich die **Verfassungsbeschwerde gegen die Versagung eines fachgerichtlichen Rechtsbehelfs gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen** nach § 176 GVG durch den Gesetzgeber richtet, ist sie wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Das Prozessrecht hält mit §§ 304, 306 StPO ein Rechtsmittel bereit, dessen Anwendungsbereich von den Fachgerichten – jedenfalls heute – in grundrechtsfreundlicher, der Garantie effektiven gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) Rechnung tragender Auslegung so weit gezogen wird, dass er die streitgegenständliche sitzungspolizeiliche Anordnung bereits erfasst.“ (BVerfG aaO.)

## III. Ergebnis: Die Verfassungsbeschwerde ist insgesamt unzulässig.

## Aufenthaltsverbot

### Feststellungsinteresse für Fortsetzungsfeststellungsklage

(OVG Lüneburg in DÖV 2015, 712; Beschluss vom 07.05.2015 – 11 LA 188/14)

1. Ist eine Klage - wie hier - als unzulässig und unbegründet abgewiesen und das Urteil damit auf **zwei selbstständig tragende Begründungen** gestützt worden, so kann ein Antrag auf Zulassung der Berufung nur dann Erfolg haben, wenn für **jedes** der die angefochtene Entscheidung selbstständig tragenden **Begründungselemente** ein **Zulassungsgrund dargelegt** worden ist und vorliegt.
2. Für die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines auf drei Monate befristeten Aufenthaltsverbotes in sechs näher bezeichneten städtischen Bereichen an bestimmten Wochentagen kann ein **berechtigtes Interesse in Gestalt eines Rehabilitationsinteresses** bestehen.

**Fall:** Der Kläger begehrt die Feststellung, dass der Bescheid der Beklagten vom 19.10.2012 rechtswidrig gewesen ist. Mit diesem Bescheid ist gegen den Kläger nach dessen Anhörung ein auf drei Monate befristetes Aufenthaltsverbot für sechs näher beschriebene und als Verbotszonen „Güterbahnhof (1)“, „T.-H.-Platz (2)“, „A-stadt (3)“, „B-straße (4)“, „P-straße (5)“ und „F.-Weg (6)“ bezeichnete Bereiche in der Stadt B. für die Wochentage Freitag und Samstag sowie den 24., 25. und 31.12.2012 jeweils von 20:00 Uhr bis 08:00 Uhr des Folgetages ergangen. Zur Begründung des Aufenthaltsverbotes führte die Beklagte aus, dass in den Bereichen der Verbotszonen eine Vielzahl von Gewalt- und Aggressionsstraftaten u.a. in Form von Rohheitsdelikten, Sachbeschädigungen und Verstößen gegen das Waffengesetz überwiegend in den Nachtstunden der Wochentage Freitag und Samstag sowie an Tagen vor gesetzlichen Feiertagen begangen werde. Um insbesondere die grundrechtlich geschützten Rechte Dritter zu gewährleisten, sei es erforderlich, die seit Jahren ansteigende Gewalt- und Aggressionskriminalität einzudämmen, indem anlassbezogenen Wiederholungstätern günstige Tatgelegenheiten genommen würden.

Gegen den Kläger, über den bereits einschlägige kriminalpolizeiliche Erkenntnisse vorlägen, werde als Tatverdächtiger zu einer am 07.07.2012 gegen 00:55 Uhr vor der Diskothek „C.“ begangenen (gefährlichen) Körperverletzung ermittelt. Er sei dringend verdächtig, zusammen mit drei anderen Personen das Opfer mit einer Flasche niedergeschlagen sowie mit Fäusten geschlagen und erheblich verletzt zu haben. Die Einschränkung der Freizügigkeit des Klägers diene wichtigen öffentlichen Interessen. Durch die von ihm zu erwartenden Straftaten sei die Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit sowie des Eigentums Dritter gegeben.

Der Kläger hat gegen den Bescheid der Beklagten am 20.11.2012 Klage erhoben. Nach Ablauf Sein Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes blieb in beiden Instanzen ohne Erfolg (Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 14.01.2013 - 6 B 88/12 - und Senatsbeschluss vom 19.02.2013 - 11 ME 52/13). Mit dem angefochtenen Urteil hat das Verwaltungsgericht die nach Ablauf des befristeten Aufenthaltsverbots auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage umgestellte Klage abgewiesen, weil diese mangels berechtigten Interesses an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides bereits unzulässig und im Übrigen auch nicht begründet sei. Hiergegen habe der Kläger die Zulassung der Berufung beantragt. Mit Erfolg?

Es kann davon ausgegangen werden, dass der Kläger die Förmlichkeiten des Berufungszulassungsverfahrens beachtet hat. Das OVG wird die Berufung zulassen, wenn ein Berufungszulassungsgrund nach § 124 II VwGO vorliegt.

In Betracht kommt hier nur eine Zulassung der Berufung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils zugelassen werden (§ 124 II Nr. 1 VwGO).

#### I. Prüfungsumfang bei Abweisung der Klage als unzulässig und unbegründet

*„Ist eine Klage - wie hier - als unzulässig und unbegründet abgewiesen und das Urteil damit auf **zwei selbstständig tragende Begründungen** gestützt worden, so kann ein Antrag auf Zulassung der Berufung nur dann Erfolg haben, wenn für **jedes** der die angefochtene Entscheidung selbstständig tragenden **Begründungselemente** ein **Zulassungsgrund dargelegt** worden ist und vorliegt.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

Dem Antrag auf Zulassung der Berufung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils wird daher nur Erfolg haben, wenn diese sich sowohl hinsichtlich der Annahme der Unzulässigkeit als auch hinsichtlich der Annahme der Unbegründetheit ergeben.

#### II. Unzulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Der Kläger hat seinen zunächst auf eine Anfechtungsklage gerichteten Klageantrag im Laufe des Verfahrens dahingehend umgestellt, festzustellen, dass das Aufenthaltsverbot rechtswidrig war. In einem solchen Fall ist die Fortsetzungsfeststellungsklage nach

§ 113 I 4 VwGO grundsätzlich statthaft, jedoch davon abhängig, dass auch ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse besteht.

Ein solche kann angenommen werden bei Wiederholungsgefahr, einem Rehabilitationsinteresse oder wenn die verwaltungsgerichtliche Klage der Vorbereitung einer zivilgerichtlichen Schadensersatzklage dienen soll. Hier kommt nach dem Sachverhalt nur ein Rehabilitationsinteresse in Betracht.

### 1. Anforderungen an Rehabilitationsinteresse

*„Ein Rehabilitationsinteresse begründet ein Feststellungsinteresse dann, wenn es bei vernünftiger Würdigung der Verhältnisse des Einzelfalls als schutzwürdig anzuerkennen ist. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn der Kläger durch die streitige Maßnahme in seinem **Persönlichkeitsrecht objektiv beeinträchtigt** ist. Eine solche Beeinträchtigung kann sich auch aus der Begründung der streitigen Verwaltungsentscheidung ergeben (vgl. zum Vorstehenden: BVerwG, Beschl. v. 04.10.2006 - BVerwG 6 B 64/06 -, juris, Rn. 10, m.w.N.). Ein **berechtigtes ideelles Interesse** an einer Rehabilitierung besteht nur, wenn sich aus der angegriffenen Maßnahme eine **Stigmatisierung des Betroffenen** ergibt, die **geeignet ist, sein Ansehen in der Öffentlichkeit oder im sozialen Umfeld herabzusetzen**. Diese Stigmatisierung muss Außenwirkung erlangt haben und noch in der Gegenwart andauern (BVerwG, Urt. v. 16.05.2013 - BVerwG 8 C 14.12 -, juris, Rn. 25, m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

### 2. Anwendung auf den Fall

Das Aufenthaltsverbot ist nach der Begründung des angefochtenen Bescheides erlassen worden, weil die Beklagte aufgrund der ihr vorliegenden Erkenntnisse aus den gegen den Kläger geführten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren davon ausging, dass der Kläger in den als Verbotszonen bezeichneten Bereichen der Stadt B. **Gewalt- und Aggressionsdelikte** begehen könnte.

*„Der darin enthaltene, auf den Kläger bezogene Vorwurf eines schuldhaft-kriminellen Verhaltens stellt ein **ethisches Unwerturteil** dar, das geeignet ist, das soziale Ansehen des Klägers herabzusetzen. Zwar ist der Bescheid nur an den Kläger gerichtet worden. Der Kläger hat aber geltend gemacht, dass gegen ihn in Lokalen, die in den Verbotszonen liegen, (privatrechtliche) **Hausverbote** für ein Jahr ausgesprochen worden seien, und dies darauf zurückgeführt, dass den Inhabern der Lokale das hier streitige Aufenthaltsverbot bekannt gewesen sei. Diese Vermutung ist nicht von der Hand zu weisen und spricht dafür, dass das Aufenthaltsverbot und der damit verbundene **Vorwurf strafbaren Verhaltens Außenwirkung erlangt** haben. Zudem werden Aufenthaltsverbote in einer polizeiinternen elektronischen Kriminalakte gespeichert und können damit auch nach Ablauf ihrer Geltungsdauer abgerufen werden. Dass, wie die Beklagte geltend macht, bei einer normalen Verkehrskontrolle eine Abfrage aus dieser Datenbank regelmäßig nicht erfolgt, steht der aufgrund der Speicherung grundsätzlich fortbestehenden Wirkung des Aufenthaltsverbots nicht entgegen. Das Vorbringen des Klägers, er sei 2013 zweimal bei Verkehrskontrollen nach Überprüfung seiner Personalia von der Polizei auf das Aufenthaltsverbot angesprochen worden, deutet ebenfalls darauf hin, dass **nachteilige Wirkungen des Aufenthaltsverbotes andauern** können. Dies reicht aus, um ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Aufenthaltsverbots zu bejahen.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist daher anzunehmen, so dass die auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage umgestellte Klage unzulässig war und insofern ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils bestehen.

## III. Unbegründetheit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Das angefochtene Urteil ist aber auch darauf gestützt, dass das Aufenthaltsverbot nicht rechtswidrig war und die Klage daher auch unbegründet ist. Fraglich ist, ob dies ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der getroffenen Entscheidung zu begründen vermag.

### 1. Voraussetzungen für ein Aufenthaltsverbot

*„Rechtfertigten Tatsachen die Annahme, dass eine **Person in einem bestimmten örtlichen Bereich eine Straftat begehen** wird, so kann ihr für eine bestimmte Zeit verboten werden, diesen Bereich zu betreten oder sich dort aufzuhalten, es sei denn, sie hat dort ihre Wohnung (§ 17 IV 1 Nds. SOG). Wie das Verwaltungsgericht zutreffend dargelegt hat, lagen im maßgeblichen Zeitpunkt der streitigen Anordnung **hinreichende Anhaltspunkte** dafür vor, dass der **Kläger in den von dem Aufenthaltsverbot umfassten Bereichen Straftaten begehen** würde. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Aufenthaltsverbot nicht auf Vermutungen oder subjektive Einschätzungen gestützt werden kann, sondern dass **konkrete Tatsachen** vorliegen müssen, aus denen mit der erforderlichen Sicherheit auf die bevorstehende Begehung von Straftaten gerade durch die betreffende Person geschlossen werden kann.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

## 2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist jedoch, ob im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden kann, weil dem Kläger **keine aktive Tatbeteiligung vorgeworfen** werden konnte und das gegen ihn eingeleitete strafrechtliche Ermittlungsverfahren nach § 170 II StPO eingestellt worden ist.

*„Das Verwaltungsgericht hat zu Recht darauf verwiesen, dass der Kläger **im maßgeblichen Zeitpunkt der von der Beklagten angestellten Gefahrenprognose hinreichend verdächtig** war, zusammen mit anderen Personen an Körperverletzungsdelikten beteiligt gewesen zu sein, in deren Verlauf zwei Türsteher einer Diskothek nicht unerhebliche Verletzungen (Gehirnerschütterung, Platzwunden im Kopf- und Gesichtsbereich, Nasen- und Halswirbelsäulenprellungen) davongetragen haben.*

*Das Verwaltungsgericht hat zutreffend dargelegt, dass das gegen den Kläger wegen des Vorfalls vor der Diskothek am 07.07.2012 eingeleitete strafrechtliche Ermittlungsverfahren zwar gemäß § 170 II StPO eingestellt worden sei, allein dadurch jedoch **nicht die Gefahrenprognose** der Beklagten **entkräftet** werde. Weiter hat das Verwaltungsgericht zu Recht darauf hingewiesen, dass die Beklagte im Rahmen ihrer Gefahrenprognose auch berücksichtigen durfte, dass der Kläger in der Vergangenheit bereits im Zusammenhang mit einem **Körperverletzungsdelikt** und der **Beschädigung eines Pkw** auffällig geworden war. In seinem Beschluss vom 14.01.2013 (6 B 88/12) führt das Verwaltungsgericht dazu aus, dass gegen den Kläger im Oktober 2011 wegen des Verdachts ermittelt worden sei, mehrfach ohne erkennbaren Grund **mit der Faust auf seinen Onkel eingeschlagen** zu haben. In einem 2008/2009 anhängig gewesenen Strafverfahren sei ihm vorgeworfen worden, den **Pkw Cabrio eines Dritten durch Aufschneiden des Daches und Tritte gegen die Fahrertür vorsätzlich beschädigt** zu haben. Diese Vorfälle deuteten zumindest auf eine bei dem Kläger latent vorhandene Gewaltbereitschaft und eine relativ niedrige Hemmschwelle bezüglich der Begehung von Straftaten hin. Das Verwaltungsgericht hat auch hier berücksichtigt, dass die Strafverfahren mangels öffentlichen Strafverfolgungsinteresses bzw. nach § 153 a StPO eingestellt worden sind, aber in nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass die in diesen Strafverfahren gewonnenen Erkenntnisse im Sinne eines verbleibenden Restverdachts in die von der Beklagten vorgenommene Gefahrenprognose einfließen konnten.*

*Soweit der Kläger **Einwände gegen die Ermessensausübung** der Beklagten erhoben hat, sind diese nicht geeignet, die Ausführungen des Verwaltungsgerichts insbesondere zur Verhältnismäßigkeit des Aufenthaltsverbots ernsthaft in Frage zu stellen. Sein Vorbringen, das Verwaltungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass ein **zivilrechtliches Hausverbot ausgereicht** hätte, greift nicht durch. Die Beklagte hat keinen Einfluss darauf, ob und in welchem Umfang zivilrechtlich Hausverbote ausgesprochen werden. Diese können den Erlass eines zur Gefahrenabwehr erforderlichen Aufenthaltsverbots nicht ersetzen und stellen daher kein geeignetes milderes Mittel dar.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

## IV. Ergebnis

Die Begründung der angefochtenen Entscheidung hinsichtlich der Unbegründetheit der Fortsetzungsfeststellungsklage unterliegt daher keinen erheblichen Zweifeln hinsichtlich ihrer Richtigkeit, so dass eine Zulassung der Berufung nach § 124 II Nr. 1 VwGO nicht in Betracht kommt.

## Unzulässiger Normenkontrollantrag

### Geltendmachung der Ergänzungsbedürftigkeit einer Norm

(BVerwG in NVwZ 2015, 984; Urteil vom 16.04.2015 – 4 CN 2/14)

Ein Antrag gem. § 47 I Nr. 2 VwGO, der nicht auf Feststellung der Unwirksamkeit, sondern auf **Feststellung der Ergänzungsbedürftigkeit** einer untergesetzlichen Norm gerichtet ist, ist im Normenkontrollverfahren nicht statthaft.

**Fall:** Der Ast., ein Gemeindeverwaltungsverband, wendet sich mit der Normenkontrolle gegen den als Satzung erlassenen Regionalplan des Ag., soweit er, hilfsweise seine Mitgliedsgemeinden, nicht als Unterzentrum festgelegt worden sind. Der VGH hat den Normenkontrollantrag als nicht statthaft abgewiesen. Ziel der Normenkontrolle des Ast. sei nicht die Feststellung der Unwirksamkeit einer unvollständigen Norm und damit die Kassation der Regelung. Sowohl nach dem Wortlaut seines Antrags als auch unter Würdigung der schriftlichen wie mündlichen Antragsbegründung nach § 88 VwGO begehre der Ast. eine Feststellung nur, soweit eine Regelung im Regionalplan nicht getroffen worden sei. Dieses Begehren könne nur im Wege einer Feststellungsklage gem. § 43 VwGO vor dem VG verfolgt werden. Trifft dies zu?

Das Normenkontrollverfahren nach § 47 I Nr. 2 VwGO ist darauf gerichtet, die Unwirksamkeit einer im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschrift festzustellen. Der Antrag des Ast. wäre damit zu Recht als unzulässig abgelehnt worden, wenn ein Rechtsschutzziel verfolgt wird, dass von dieser Regelung nicht umfasst wird.

#### I. Regelungsgehalt des § 47 I Nr. 2 VwGO

„Gegenstand des Normenkontrollverfahrens nach § 47 I Nr. 2 VwGO ist die Gültigkeit einer Rechtsvorschrift. Die **Norm muss** – wie es in § 47 I Nr. 1 VwGO heißt und auch für § 47 I Nr. 2 VwGO gilt – „erlassen“, also **bereits in Kraft getreten sein**. Eine Normenkontrolle, die **auf Erlass** einer untergesetzlichen Regelung gerichtet ist, ist daher **unstatthaft** (vgl. nur BVerwGE 130, 52 = NVwZ 2008, 423 Rn. 13, und BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 152, S. 71 = NVwZ-RR 2002, 256).

Kommt das OVG zu der Überzeugung, dass die **Rechtsvorschrift ungültig** ist, so erklärt es sie nach § 47 V 2 Hs. 1 VwGO für unwirksam. Ein Rechtsgrund für eine Unwirksamkeit kann darin liegen, dass der Normgeber unter Verstoß gegen höherrangiges Recht einen **bestimmten Sachverhalt nicht berücksichtigt** und damit eine rechtswidrige, unvollständige Regelung erlassen hat.“ (BVerwG aaO.)

#### II. Entscheidung nur auf Kassation gerichtet

Fraglich ist, ob diese Regelung auch dahingehend ausgelegt werden kann, dass auch die Ergänzung einer Norm verlangt wird, deren Gültigkeit an sich nicht in Frage gestellt wird.

„Zielt ein Normenkontrollantrag dagegen auf **Ergänzung einer vorhandenen Norm, ohne deren Wirksamkeit in Frage zu stellen**, ist der Weg der Normenkontrolle nicht eröffnet (BVerwG, Buchholz 415.1 AllgKommR Nr. 93, S. 55 = NVwZ 1990, 162; BVerwGE 80, 355 [358 ff.] = NJW 1989, 1495 = NZA 1989, 364 = NVwZ 1989, 648 Ls.; BVerwG, Buchholz 240 § 49 BBesG Nr. 2, S. 2 = NVwZ 2002, 1505; BVerwGE 130, 52 = NVwZ 2008, 423 Rn. 13, und BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 177 = NVwZ-RR 2010, 578 Rn. 18).

Der Wortlaut des § 47 V 2 VwGO ist **eindeutig** und lässt **keinen Raum für Ergänzungen** des Tenors. Dass der Ast. in Anlehnung an den Wortlaut des § 47 V 2 VwGO beantragt, den Plansatz „insoweit für unwirksam zu erklären“, als er in ihm nicht als Unterzentrum berücksichtigt worden ist, führt nicht auf eine Tenorierung i.S.d. § 47 V 2 VwGO. Eine nicht vorhandene („erlassene“) Norm kann nicht für unwirksam erklärt werden.

Wie der Senat zur Änderung des § 47 V VwGO durch das EAG Bau vom 24.06.2004 (BGBl. I 2004, 1359) klargestellt hat, gibt § 47 V VwGO keinen Raum für Ergänzungen des Tenors über die Feststellung der Unwirksamkeit hinaus (BVerwG, BRS 78 Nr. 82 = BeckRS 2011, 53179 Rn. 5). Das Normenkontrollgericht hat sich auf die Kassation von Rechtsvorschriften zu beschränken und muss sich nicht zu Möglichkeiten einer Fehlerbehebung verhalten. Weder Ast. noch Ag. können das Normenkontrollgericht prozessual zwingen, bestimmte Fehler zu beurteilen und sie als durchgreifend oder umgekehrt als nicht gegeben anzusehen (BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 148, S. 63 = NVwZ 2002, 83 = NJW 2002, 695 Ls.).“ (BVerwG aaO.)

Der Ast. verlangt über die zunächst zu prüfende Feststellung der Fehlerhaftigkeit hinaus eine gerichtliche Aussage zur Rechtmäßigkeit einer bestimmten Art der Fehlerbehebung, nämlich durch seine Aufnahme in den Kreis der Unterzentren. Dem Ast. geht es demnach allein darum, dass eine **Norm um eine (noch nicht erlassene) Regelung ergänzt werden soll** und nicht um die Unwirksamkeit der Norm wegen Unvollständigkeit.

Dies würde der Zielsetzung des Normenkontrollverfahrens zuwiderlaufen. Das Gericht kann nur prüfen, ob eine Norm ungültig ist und diese aufheben. Es kann dem Gesetzgeber nicht



eine bestimmte Art der Fehlerbehebung vorschreiben, die über den Ausspruch der Unwirksamkeit hinausgeht.

„Es ist aber grundsätzlich **Sache des Normgebers**, welche Konsequenzen er aus der gerichtlich festgestellten Fehlerhaftigkeit zieht. Das folgt aus der im Gewaltenteilungsgrundsatz angelegten Entscheidungsfreiheit der rechtsetzenden Organe (BVerwGE 115, 81 [93] = NVwZ 2006, 922 = NJW 2006, 2619 Ls.).

Die Verpflichtung des Normgebers, die Entscheidungsformel im Falle der Erklärung als unwirksam nach § 47 V 2 Hs. 2 VwGO ebenso zu veröffentlichen wie die Rechtsvorschrift bekannt zu machen wäre, bestätigt den Befund, dass eine **stattgebende Normenkontrollentscheidung (nur) die Kassation der Norm** zur Folge hat. Mit dem *actus contrarius* der Veröffentlichung wird spiegelbildlich zur Verkündung *inter omnes* Kenntnis von der Unwirksamkeit vermittelt und der Rechtsschein der Norm verlässlich beseitigt. Damit verträgt sich ein Ausspruch nicht, der die Ergänzungsbedürftigkeit einer Norm zum Gegenstand hat.“ (BVerwG aaO.)

### III. Erweiternde Auslegung durch Analogieschluss

In Betracht käme allein ein Analogieschluss zu § 47 I Nr. 2 VwGO. Dieser würde jedoch eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraussetzen. Da die VwGO jedoch als Klageart auch die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO vorsieht, ist schon das Vorliegen einer Regelungslücke fraglich.

#### 1. Regelungsgehalt der Feststellungsklage

„Nach § 43 I VwGO kann durch Klage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kl. ein F hat. Gegenstand der Feststellungsklage muss ein **streitiges konkretes Rechtsverhältnis** sein, d.h., es muss „in **Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten bereits überschaubaren Sachverhalt** streitig“ sein. Das setzt voraus, dass zwischen den Parteien dieses Rechtsverhältnisses ein Meinungsstreit besteht, aus dem heraus sich eine Seite berührt, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen der anderen Seite verlangen zu können (BVerwGE 136, 75 = NZA 2010, 1137 Rn. 32 = NJW 2011, 407 Ls.). Das kann auch ein **Streit über die Änderung oder Ergänzung einer Rechtsnorm** im Range unterhalb eines förmlichen Gesetzes sein. Die untergesetzliche Rechtsnorm wird zwar als **abstrakt generelle** Regelung im Interesse der Allgemeinheit erlassen. Das schließt jedoch nicht aus, dass der einzelne durch die Norm Begünstigte einen **Anspruch auf ihren Erlass oder ihre Änderung** haben kann. Ein solcher Anspruch kann sich aus höherrangigem Recht ergeben.

Besteht ein Anspruch auf Erlass oder Änderung einer Rechtsvorschrift, kann er auch gerichtlich durchgesetzt werden (BVerwGE 130, 52 = NVwZ 2008, 423 Rn. 13). Art. 19 IV 1 GG gewährleistet Rechtsschutz nicht nur gegen höherrangiges Recht verletzende Rechtssetzungsakte, sondern auch gegen ein mit höherrangigem Recht **unvereinbares Unterlassen des Normgebers** (BVerwG, Buchholz 240 § 49 BBesG Nr. 2, S. 2 = NVwZ 2002, 1505). In diesem Fall liegt ein der Klärung zugängliches konkretes Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 I VwGO vor (vgl. BVerwGE 130, 52 = NVwZ 2008, 423 Rn. 17).“ (BVerwG aaO.)

#### 2. Subjektive Ausrichtung der Feststellungsklage

Während das Normenkontrollverfahren darauf ausgerichtet ist, die Wirksamkeit einer Rechtsnorm nach allein objektiven Kriterien zu überprüfen, ist das Verfahren der Feststellungsklage an der subjektiven Rechtsposition des Klägers ausgerichtet.

„Zulässig ist die Klage nur, wenn es dem Kl. um die **Verwirklichung eigener Rechte** geht. Dass ihm solche Rechte zustehen, muss nach seinem Vorbringen **zumindest möglich erscheinen** (BVerwGE 130, 52 = NVwZ 2008, 423 Rn. 14). Auf die Verletzung subjektiver Rechte beschränkt sich auch die materiellrechtliche Prüfung. Insofern decken sich Zulässigkeit und Begründetheit der Klage. Anders als das Verfahren der **Normenkontrolle**, das sowohl dem **subjektiven Rechtsschutz als auch der objektiven Rechtskontrolle** dient (BVerwG, Beschl. v. 30.07.2014 – 4 BN 1/14, BeckRS 2014, 55545 Rn. 12; vgl. auch BVerwGE 82, 225 [230] = NVwZ 1990, 157 = NJW 1990, 850 Ls.), dient die Feststellungsklage allein dem Individualrechtsschutz (vgl. BVerwG, NVwZ 2015, 656 Rn. 65 m.w.N.). Es geht gerade nicht um die Rechtmäßigkeit der Gesamtregelung. In den Blick genommen wird das **normgeberische Versäumnis im konkreten Einzelfall des jeweiligen Kl.**“ (BVerwG aaO.)

Eben darauf zielt im vorliegenden Fall das Begehren des Ast., dem es darum geht, seine Einbeziehung in den Geltungsbereich der Norm zu erreichen.

„Dem entspricht, dass das Ergebnis des Verfahrens im Falle des Erfolges nur die Beteiligten bindet. Nur so bleibt die im Gewaltenteilungsgrundsatz angelegte Entscheidungsfreiheit des Normgebers gewährleistet. Dass die für die Feststellungsklage erstinstanzlich zuständigen Verwaltungsgerichte die Wirksamkeit untergesetzlicher Normen zu prüfen haben, ist keine Besonderheit, die gegen die Anwendbarkeit des § 43 VwGO spricht. Im Rahmen der Inzidentkontrolle haben die Verwaltungsgerichte regelmäßig zu überprüfen, ob eine untergesetzliche Norm gegen höherrangiges Recht verstößt. Nach alledem erweist sich die Feststellungsklage als ein grundsätzlich geeignetes Verfahren, um Ansprüche auf Erlass oder Ergänzung einer untergesetzlichen Regelung geltend zu machen.“ (BVerwG aaO.)

Der Antrag ist daher unzulässig.

Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 885a VII

„Berliner Modell“  
Kosten einer Räumung

ZwangsvollstrR

(BGH in NZM 2015, 304; Beschluss vom 23.10.2014 – I ZB 82/13)

Kosten einer vor dem 01.05.2013 begonnenen Räumung i.S.v. § 885a I ZPO sind **keine Kosten der Zwangsvollstreckung** nach § 788 I 1 ZPO. Auf diese Räumungskosten ist die Vorschrift des § 885a VII ZPO nicht anwendbar.

Nach § 885a I, § 885 I ZPO kann der Vollstreckungsauftrag des Gläubigers **auf die Besitzverschaffung an den Räumen beschränkt** werden. Der Gläubiger kann die in der Wohnung vorgefundenen beweglichen Sachen, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind, unter Beachtung der näheren Regelungen der Abs. 3 bis 5 des § 885a ZPO **wegschaffen und verwerten**. Nach § 885a VII ZPO gelten die Kosten, die dem Gläubiger durch die Wegschaffung, Verwahrung, Vernichtung oder Verwertung der Sachen des Schuldners gem. § 885a III MDR 2015, 543 und 4 ZPO entstehen, als Kosten der Zwangsvollstreckung. Allerdings ist diese Regelung erst zum 01.05.2013 in kraft getreten. Im Streitfall erfolgte die Räumung der Wohnung v. 14. bis 16.11.2012 und damit vor Inkrafttreten des § 885a ZPO am 01.05.2013. Die Rechtsbeschwerde war der Auffassung, dass § 885a VII ZPO auch für vor dem 01.05.2013 begonnene Räumungen zu beachten ist.

„Soweit das Gesetz **keine Überleitungsregel** enthält, erfassen **Änderungen des Verfahrensrechts** zwar im Allgemeinen **auch schwebende Verfahren**. Sie sind mit Inkrafttreten des Änderungsgesetzes grundsätzlich nach neuem Recht zu beurteilen, soweit es nicht um unter Geltung des alten Rechts abgeschlossene Verfahrenshandlungen und abschließend entstandene Verfahrenslagen geht (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschl. v. 23.04.2007 – II ZB 29/05 – Rn. 25, BGHZ 172, 136 = MDR 2007, 1206 = AG 2007, 629 m.w.N.) oder sich Abweichendes aus dem Sinn und Zweck der betreffenden Vorschrift oder aus dem Zusammenhang mit anderen Grundsätzen des Verfahrensrechts ergibt (BGH, Urt. v. 28.02.1991 – III ZR 53/90, BGHZ 114, 1 [3 f.] = MDR 1991, 792).

**§ 788 I ZPO ist aber keine Regelung des Verfahrensrechts, sondern eine materielle Regelung zur Kostentragung** im Vollstreckungsverfahren. § 885a VII ZPO regelt den Umfang dieses Erstattungsanspruchs, indem er bestimmte Kosten den Kosten der Zwangsvollstreckung gleichstellt. Zudem ist die Entstehung von Kosten ebenso wie die Einlegung eines Rechtsmittels oder der Beitritt als Nebenintervenient ein Ereignis, das ab einem bestimmten Zeitpunkt grundsätzlich endgültig eingetreten ist. Ferner ist es nicht sachgerecht, für die Frage der Kostenerstattung nach § 885a VII ZPO auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über Vollstreckungskosten abzustellen, auf den der Gläubiger durch die Antragstellung Einfluss nehmen kann. Die gebotene Gleichbehandlung von Gläubiger und Schuldner spricht daher dafür, für die Anwendbarkeit von § 885a VII ZPO einheitlich auf den Zeitpunkt des Beginns der Räumung abzustellen. Das entspricht auch der für Gerichtskosten in § 71 GKG getroffenen Wertung. Vor dem Inkrafttreten dieser Vorschrift waren die hier in Rede stehenden Aufwendungen keine notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung i.S.v. § 788 I ZPO.“ (BGH aaO.)

ZPO  
§ 520 II 2 u. 3

Berufungsbegründung  
Fristverlängerung um weniger als 1 Monat

öffR

(BGH in ZfBR 2015, 478; Beschluss vom 08.04.2015 – VII ZB 62/14)

Beantragt der Prozessbevollmächtigte des Berufungsklägers, die Frist für die **Berufungsbegründung „um einen Monat bis zum 22.09.2014 zu verlängern“**, obgleich die Monatsfrist nach § 520 II 3 ZPO bis zum 29.09.2014 läuft, und verlängert der Vorsitzende auf diesen Antrag hin die Frist für die Berufungsbegründung bis zum 22.09.2014, so ist diese Fristverlängerungsverfügung in aller Regel **nach ihrem objektivem Inhalt** dahin zu verstehen, dass damit die Frist für die Berufungsbegründung – unter abschließender Verbescheidung des Fristverlängerungsantrags – **lediglich bis zum 22.09.2014 verlängert** und ein etwa weitergehender Antrag stillschweigend abgelehnt worden ist.

„Es kann dahin stehen, ob die Auslegung des Berufungsgerichts, die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist sei von der Beklagten nur bis zum 22.09.2014 beantragt worden, richtig ist. Selbst wenn zugunsten der Beklagten unterstellt wird, sie habe die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 29.09.2014 beantragt, was der Verlängerung um einen Monat entspräche, verhilft dies der Rechtsbeschwerde nicht zum Erfolg. Denn mit der Verfügung der stellvertretenden Vorsitzenden des Berufungssenats vom 26.08.2014 ist die **Frist für die Berufungsbegründung lediglich bis zum 22.09.2014 verlängert** und ein etwa weitergehender Fristverlängerungsantrag stillschweigend abgelehnt worden.

Für den **Umfang einer gerichtlichen Fristverlängerung ist der objektive Inhalt der Mitteilung maßgeblich**, die an die die Fristverlängerung beantragende Partei gerichtet ist (vgl. BGH, Beschl. v. 29.01.2009 – III ZB 61/08 – Rn. 13 m.w.N., FamRZ 2009, 686 = MDR 2009, 460 = NJW-RR 2009, 643). Verlängert der Vorsitzende die Berufungsbegründungsfrist für eine kürzere Zeit als beantragt, liegt darin in aller Regel zugleich die (stillschweigende) Ablehnung des weitergehenden Antrags und nicht ein Vorbehalt, insoweit erst noch entscheiden zu wollen (vgl. BGH, Beschl. v. 21.06.1989 – VIII ZB 5/89, MDR 1990, 45 = NJW-RR 1989, 1278 [1279]; Althammer in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 520 Rn. 16).“ (BGH aaO.)

1. Die Unwirksamkeit der **Zustellung an eine prozessunfähige Person** (§ 170 I 2 ZPO) kann gem. § 189 ZPO dadurch **geheilt** werden, dass das zuzustellende Schriftstück **dem gesetzlichen Vertreter** der prozessunfähigen Person **tatsächlich zugeht**.
2. § 167 ZPO erfasst auch die erst durch eine – **insgesamt noch „demnächst“ erfolgende** – Heilung wirksam gewordene Zustellung.

**Fall:** Die Kl. ist Trägerin des S.-Hospitals in L. Sie verlangte – soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse – von der Bekl. gemäß Rechnung vom 13.09.2005 die Zahlung von Entgelt für eine stationäre Behandlung in der Zeit vom 14.07. bis 02.09.2005 i.H.v. 32.846,81 €. Am 15.07.2005 wurde die Bekl. wegen einer perforierten Diverkultitis im Krankenhaus der Kl. operiert. Am 17.07.2005 erlitt die Bekl. einen Herz-Kreislauf-Stillstand. Sie konnte zwar reanimiert werden, allerdings verblieb ein hypoxischer Hirnschaden im Sinne eines apallischen Syndroms mit der Folge, dass die Bekl. seitdem im Wachkoma liegt und keine Kommunikation aufnehmen kann. Mit Beschluss des AG vom 09.08.2005 wurde der Ehemann der Bekl. zu deren Betreuer bestellt. Auf ihren am 22.12.2008 beim AG – Zentrales MahnGer. – eingegangenen Antrag hat die Kl. am 23.12.2008 einen Mahnbescheid gegen die Bekl. erwirkt. Der Mahnbescheid und seine Zustellung richteten sich an die Bekl. persönlich. Er wurde am 30.12.2008 von dem Zusteller in den Briefkasten eingeworfen, der zu der von dem Ehemann und früher – vor ihrer Aufnahme in ein Pflegeheim im September 2005 – auch von der Bekl. genutzten Wohnung gehört. Der Ehemann und Betreuer der Bekl. fand den Mahnbescheid am 03. oder 04.01.2009 in der Post vor. Er öffnete den Umschlag und legte sodann Widerspruch gegen den Mahnbescheid ein. Die Bekl. hat sich auf die Einrede der Verjährung berufen und hierzu ausgeführt, dass die am 31.12.2008 endende Verjährungsfrist nicht gem. § 204 I Nr. 3 BGB, § 167 ZPO durch Zustellung des Mahnbescheids gehemmt worden sei, weil diese Zustellung gem. § 170 I 2 ZPO unwirksam sei und dieser Mangel nicht gem. § 189 ZPO geheilt werden könne. Trifft dies zu?

Die am 31.12.2008 endende Verjährungsfrist (§§ 195, 199 I BGB) könnte durch die auf den Eingang des Mahnantrags am 22.12.2008 zurückwirkende Zustellung des Mahnbescheids vom 23.12.2008 rechtzeitig gehemmt worden (§ 204 I Nr. 3 BGB, §§ 167, 189 ZPO) sein. Dies setzt jedoch zum einen voraus, dass die Zustellung wirksam erfolgt ist und zum anderen, dass diese noch als „demnächst“ angesehen werden kann.

### I. Wirksamkeit der Zustellung

Die Bekl. ist prozessunfähig (§ 52 ZPO, § 104 Nr. 2 BGB) mit der Folge, dass die an sie gerichtete Zustellung des Mahnbescheids gem. § 170 I 2 ZPO unwirksam gewesen ist. Dieser Mangel könnte jedoch gem. § 189 ZPO dadurch geheilt worden sein, dass der Mahnbescheid dem gesetzlichen Vertreter (hier: dem Betreuer) tatsächlich zugegangen ist. Ob eine solche **Heilung möglich** ist, ist **umstritten**.

#### 1. Möglichkeit einer Heilung

*„Eine Heilung gem. § 189 ZPO für möglich halten das LSG Nordrhein-Westfalen (Beschl. v. 22.08.2014 – L 13 SB 97/14, BeckRS 2014, 73416) und Teile des Schrifttums (Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 189 Rn. 5, 6; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 170 Rn. 12; so wohl auch Musielak/Wittschier, ZPO, 11. Aufl., § 189 Rn. 3; unklar MüKo-ZPO/Häublein, 4. Aufl., § 170 Rn. 4, 5 und § 189 Rn. 7, 8)“ (BGH aaO.)*

#### 2. Ausschluss einer Heilung

*„Ein anderer Teil des Schrifttums verneint demgegenüber eine Heilungsmöglichkeit nach § 189 ZPO (Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 35. Aufl., § 170 Rn. 3; HK-ZPO/Eichele, 6. Aufl., § 170 Rn. 1; BeckOK ZPO/Dörndorfer, 15.9.2014, § 170 Rn. 3; Tombrink/Kessen in Prütting/Gehrlein, ZPO, 6. Aufl., § 170 Rn. 3).“ (BGH aaO.)*

#### 3. Standpunkt des BGH

Der BGH erhält eine Heilungsmöglichkeit für gegeben.

*„Für diese Ansicht sprechen zunächst der Wortlaut und die Systematik von § 189 ZPO. Danach ergibt sich kein Anhalt für eine Einschränkung der Heilungsmöglichkeit, insbesondere nicht für einen Ausschluss der Anwendbarkeit auf die Unwirksamkeit der Zustellung an eine prozessunfähige Person gem. § 170 I 2 ZPO. Dass § 170 I 2 ZPO die Unwirksamkeit ausdrücklich anordnet, hat lediglich klarstellenden Charakter (s. GE der BReg. zum Zustellungsreformgesetz, BT-Drs. 14/4554, 17; so auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 22.08.2014 – L 13 SB 97/14, BeckRS 2014, 73416).*

*Hinzu treten Erwägungen des Gesetzgebers und der Zweck der in Frage stehenden Vorschriften.*

*§ 189 ZPO soll nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers für jede Zustellung gelten (s. GE der BReg. zum Zustellungsreformgesetz, BT-Drs. 14/4554, 25; s. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 22.08.2014 – L 13 SB 97/14, BeckRS 2014, 73416). Dieser Norm liegt das Prinzip der Zweckerreichung zu Grunde. Gelangt das zuzustellende Schriftstück zum richtigen Empfänger, so hat die Zustellung – mit Wirkung ex nunc – ihren Zweck erfüllt. Wollte man der Zustellung in diesem Falle gleichwohl die Wirksamkeit (durch Heilung) versagen, so wäre dies eine unnötige Förmelerei. Vor diesem Hintergrund ist § 189 ZPO weit auszulegen (s. dazu etwa BGHZ 188, 128 [144] = NJW 2011, 1965 Rn. 47 m.w.N.; Stein/Jonas/Roth, § 189 Rn. 1; MüKo-ZPO/Häublein, § 189 Rn. 1 m.w.N. in dortiger Rn. 3).*

*Die besondere Schutzbedürftigkeit der prozessunfähigen Person steht der Heilungsmöglichkeit nach § 189 ZPO nicht entgegen. Zu Recht hat das BerGer. ausgeführt, dass der gesetzliche Vertreter, der eine an die von ihm vertretene prozessunfähige Person gerichtete Sendung erhält, hierauf in aller Regel nicht anders reagiert als auf ein Schriftstück, das an ihn in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter der prozessunfähigen Person adressiert ist. In beiden Fällen erkennt er, dass die Sendung der Sache nach die prozessunfähige Person betrifft und er als ihr gesetzlicher Vertreter gehalten ist, den Inhalt des Schriftstücks zur Kenntnis zu nehmen und die danach gebotenen Maßnahmen zu ergreifen.“ (BGH aaO.)*

## II. Anwendbarkeit der „Dennächst“-Regelung

Dieser tatsächliche Zugang des Mahnbescheids beim Betreuer der Kl. (spätestens) am 04.01.2009 wirkt auf den Zeitpunkt der Einreichung des Mahnantrags am 22.12.2008 gem. § 167 ZPO zurück.

„§ 167 ZPO erfasst auch die erst durch eine (insgesamt noch „dennächst“ erfolgende) Heilung wirksam gewordene Zustellung (s. etwa Thomas/Putzo/Hülßtege, § 167 Rn. 9; Zöller/Greger, § 167 Rn. 16; Stein/Jonas/Roth, § 167 Rn. 17), da die Fiktion des § 189 ZPO sämtliche Rechtsfolgen einer wirksamen Zustellung herbeiführt (vgl. Tombrink/Kessen in Prütting/Gehrlein, § 189 Rn. 6).“ (BGH aaO.)

StPO  
§ 406 III 1 u. 3

### Rechtskraftwirkung eines Adhäsionsurteils Unbezahlter Schmerzensgeldantrag

StrafVerfR

(BGH in r+s 2015, 262; Urteil vom 20.01.2015 – VI ZR 27/14)

**Fall:** Der Kl. begehrte von dem Bekl. die Zahlung eines weiteren Schmerzensgeldes i.H.v. 5.000 € wegen einer tätlichen Auseinandersetzung am 28.05.2011. Der Kl. erstattete danach gegen den Bekl. Strafanzeige und stellte im Ermittlungsverfahren mittels eines von der Landesjustizverwaltung Nordrhein-Westfalen herausgegebenen Vordrucks „2 in 1 – Schadensersatz im Strafprozess“ unbezahlte Anträge auf Ersatz seines finanziellen Schadens und Zuerkennung eines angemessenen Schmerzensgeldes. Außerdem beantragte er die Feststellung der Verpflichtung des Bekl., ihm „weitere materielle und immaterielle Schäden“ zu ersetzen. Auf Nachfrage hielt der Kl. im anschließenden Strafverfahren gegen den Bekl. diese Anträge in der Hauptverhandlung vor dem AG (Strafrichter) aufrecht. Mit Urteil des AG wurde der Bekl. der gefährlichen Körperverletzung schuldig gesprochen und zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Ferner wurde er verurteilt, an den Kl. ein Schmerzensgeld i.H.v. 1.500 € zu zahlen. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass der Bekl. verpflichtet ist, dem Kl. den aus der Tat vom 28.05.2011 entstandenen weiteren materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen. Hinsichtlich des Antrags auf Ersatz des materiellen Schadens sah das Gericht von einer Entscheidung ab. Der Angekl. (jetzige Bekl.) legte gegen dieses Urteil Berufung ein, die er in der Hauptverhandlung vor der Strafkammer des LG auf die Feststellungsentscheidung beschränkte. Das LG sah durch Beschluss von einer Entscheidung über den Feststellungsantrag des Kl. ab. Im Übrigen wurde das Urteil des AG im Strafverfahren rechtskräftig.

Im vorliegenden Zivilrechtsstreit machte der Kl. ein weiteres Schmerzensgeld i.H.v. 5.000 € nebst Zinsen geltend. Mit Erfolg?

Eine erneute Klage zwischen denselben Parteien über denselben Streitgegenstand könnten wegen der im Adhäsionsverfahren ergangenen rechtskräftigen Verurteilung des Bekl. zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 1.500,00 € gem. § 322 ZPO unzulässig sein.

### I. Geltendmachung von Schmerzensgeld im Adhäsionsverfahren

„Der Antrag auf Zahlung eines Schmerzensgeldes im Adhäsionsverfahren hat **dieselben Wirkungen wie die Erhebung einer entsprechenden Klage im bürgerlichen Rechtsstreit** (vgl. § 404 II 1 StPO). Die in einem Strafverfahren ergangene rechtskräftige Entscheidung über den Antrag, durch den der Verletzte den ihm aus einer Straftat des Beschuldigten erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch (§§ 403 f. StPO) geltend macht, steht gem. § 406 III 1 StPO einem im bürgerlichen Rechtsstreit ergangenen rechtskräftigen Urteil gleich (vgl. Senat, NJW 2013, 1163 Rn. 8). **Nur soweit der Anspruch nicht zuerkannt ist, kann er nach § 406 III 3 StPO anderweit geltend gemacht werden. Eine solche Ausnahme liegt im Streitfall nicht vor.**“ (BGH aaO.)

### II. Streitgegenstand

„Streitgegenstand des Adhäsionsverfahrens war hier ein (**einheitlicher**) **Anspruch** des Kl. gegen den Bekl. **auf Schmerzensgeld aus dem Schadensereignis vom 28.05.2011**. Das BerGer. ist zutreffend davon ausgegangen, dass es der Grundsatz der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes gebietet, die Höhe des dem Geschädigten zustehenden Schmerzensgeldes auf Grund einer ganzheitlichen Betrachtung der den Schadensfall prägenden Umstände unter Einbeziehung der absehbaren künftigen Entwicklung des Schadensbildes zu bemessen (vgl. BGHZ 18, 149 [151 ff.]; Senat, VersR 1961, 164 und NJW 2001, 3414)

Verlangt ein Kläger **für erlittene Körperverletzungen** – wie im Streitfall – **uneingeschränkt ein Schmerzensgeld**, so werden durch den zuerkannten Betrag **alle diejenigen Schadensfolgen abgegolten**, die entweder bereits eingetreten und objektiv erkennbar waren oder deren Eintritt jedenfalls vorhergesehen und bei der Entscheidung berücksichtigt werden konnte (st. Rspr, vgl. Senat, VersR 1963, 1048 [1049]; NJW 1980, 2754; NJW 1988, 2300; NJW 1995, 1243; NJW 2001, 3414; NJW 2004, 1243; NJW-RR 2006, 712, jew. m.w.N.). Der Grundsatz der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes gebietet es, die Höhe des dem Geschädigten zustehenden Anspruchs auf Grund einer ganzheitlichen Betrachtung der den Schadensfall prägenden Umstände unter Einbeziehung der absehbaren künftigen Entwicklung des Schadensbildes zu bemessen (vgl. Senat, NJW-RR 2006, 712 = VersR 2006, 1090 m.w.N.).

Lediglich solche **Verletzungsfolgen**, die zum Beurteilungszeitpunkt noch nicht eingetreten waren und deren Eintritt **objektiv nicht vorhersehbar** war, mit denen also nicht oder nicht ernstlich gerechnet werden musste und die deshalb zwangsläufig bei der Bemessung des Schmerzensgeldes unberücksichtigt bleiben müssen, werden von der vom Gericht ausgesprochenen Folge **nicht umfasst** und können deshalb die **Grundlage für einen Anspruch auf weiteres Schmerzensgeld** sein (vgl. Senat, NJW-RR 2006, 712 m.w.N.).

Solche Spätfolgen macht der Kl. im Streitfall jedoch **nicht geltend**. Er ist vielmehr lediglich der Auffassung, dass ihm das AG (Strafrichter) im Adhäsionsverfahren ein zu geringes Schmerzensgeld zuerkannt hat. Damit kann er jedoch im vorliegenden Rechtsstreit kein Gehör finden. Denn an einer erneuten Beurteilung dieser Frage ist das Zivilgericht auf Grund der Rechtskraft des im Adhäsionsverfahren ergangenen Urteils gehindert (vgl. Senat, NJW 1988, 2300 m.w.N.; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., vor § 322 Rn. 49 m.w.N.). Der Kl. hat ausweislich der Feststellungen des BerGer. im Adhäsionsverfahren einen unbestimmten Antrag auf Verurteilung zur Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes gestellt. Hierüber hat der Strafrichter uneingeschränkt entschieden.

Wie bereits ausgeführt kann nach § 406 III 3 StPO ein **Anspruch nur anderweit geltend gemacht** werden, soweit er im Adhäsionsverfahren **nicht zuerkannt** worden ist. In diesem Fall muss das Strafgericht von einer **Entscheidung absehen** (§ 406 I 3). Dies ist im Streitfall hinsichtlich des Antrags auf Verurteilung zur Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes nicht erfolgt. Da der Kl. im Strafverfahren nach den Feststellungen des BerGer. lediglich einen unbezahlten Antrag auf Zuerkennung

eines angemessenen Schmerzensgeldes gestellt, also weder einen die zuerkannten 1.500 € übersteigenden Mindestbetrag noch eine den zuerkannten Betrag übersteigende Größenordnung angegeben hatte, bestand für den Strafrichter keine Veranlassung, von einer diesbezüglichen Entscheidung teilweise abzusehen (vgl. § 406 I 3 und 6 StPO) und dem Kl. damit die Möglichkeit zu eröffnen, den nicht entschiedenen Teil gem. § 406 III 3 StPO weiterzuverfolgen (vgl. BGH, NStZ 2003, 565 [566]).“ (BGH aaO.)

StPO  
§§ 250, 251, 256

## Verlesung polizeilicher Email-Korrespondenz Nur wenn Absender Behördenvertreter

StrafVerfR

(OLG Schleswig in StV 2015, 541; Beschluss vom 28.04.2015 – 1 Ss 39/15)

**Fall:** Mit der gem. § 344 II StPO ordnungsgemäß begründeten Verfahrensrüge rügt der Revisionsführer eine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes gem. § 250 StPO, indem das Gericht anstelle der Vernehmung der Zeugen N. und B., welche hätten bekunden sollen, dass der Erlangung seiner britischen Fahrerlaubnis ein Antrag des Angekl. auf Neuerteilung und nicht ein Umtausch zugrunde lag, deren E-Mail Korrespondenz mit der Sachbearbeiterin der Polizeistation Wyk auf Föhr verlas.

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 StPO, der den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis anordnet, wird nur bei Vorliegen der Voraussetzungen der Ausnahmenvorschriften der §§ 251, 256 StPO durchbrochen. Die Voraussetzungen dieser Vorschriften lagen jedoch nicht vor.

### I. Zulässigkeit der Verlesung nach § 251 StPO

„Die **E-Mail Anfragen der polizeilichen Sachbearbeitung** v. 09.01.2014 und 10.01.2014 und die darauf erfolgten Antworten der Zeugen N. und B. konnten nicht gem. § 251 I StPO verlesen werden, denn der in der Hauptverhandlung unverteidigte Angekl. hatte einer **Verlesung nicht zugestimmt** und allein der **Aufenthalt der Zeugen im Ausland** lässt eine Verlesung der von Ihnen stammenden Erklärungen gem. § 251 I Nr. StPO nicht zu (Meyer-Goßner, StPO, 57. Aufl. § 251 Rn. 9; Alsborg/Dallmeyer, Der Beweisantrag im Strafprozess, 6. Aufl. Rn. 480).“ (OLG Schleswig aaO.)

### II. Zulässigkeit der Verlesung nach § 256 Nr. 1 StPO

#### 1. Voraussetzungen

Nach § 256 Nr. 1 StPO können Zeugnisse öffentlicher Behörden verlesen werden.

„Die in § 256 I Nr. 1 normierte Ausnahme vom **Grundsatz der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Beweisaufnahme** rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass den von öffentlichen Behörden abgegebenen Erklärungen ein so **hohes Maß an Objektivität, Zuverlässigkeit und Sachkunde** zugebilligt wird, dass zumeist von der Vernehmung des Ausstellers der Urkunde in der Hauptverhandlung abgesehen werden kann (Alsborg/Dallmeyer, aaO., Rn. 522)“ (OLG Schleswig aaO.)

Dann muss die Erklärung aber auch nachweislich von einer öffentlichen Behörde stammen.

„Eine **öffentliche Behörde** i.S.d. § 256 I S. StPO ist jede **nach öffentlichem Recht eingerichtete**, in den Organismus der Staatsgewalt eingegliederte, mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraute Stelle des Staates oder eines anderen Trägers der öffentlichen Verwaltung, die in ihrem Bestand von dem oder den sie jeweils leitenden Beamten unabhängig ist (BVerfGE 10, 20 ff.; Meyer-Goßner aaO., § 256 Rn. 12 m.w.N.). Neben der **öffentlich-rechtlichen Organisationsform der Stelle** ist auch die **öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zu den Bediensteten** erforderlich (BayOLG StV 2002, 646 f.).

Eine verlesbare Erklärung einer öffentlichen Behörde liegt nur dann vor, wenn das Zeugnis oder Gutachten von einer als Organ oder als Mitglied des Organs der öffentlichen Behörde zu deren Vertretung berechtigten und dazu auch gewillten Person im Namen der Behörde als deren Erklärung im Verkehr nach außen abgegeben wird und die betreffende, als Repräsentant der Behörde auftretende Person dabei nicht völlig außerhalb der Zuständigkeit dieser Behörde handelt (OLG Karlsruhe NJW 1973, 1426 [OLG Karlsruhe 18.01.1973 - 1 Ss 168/72]; R-Stuckenberger, StPO, 26. Aufl. § 256, Rn. 29).“ (OLG Schleswig aaO.)

#### 2. Anwendung auf den Fall

Diese Voraussetzungen sind hier nicht geprüft worden.

„Weder dem Urteil noch den ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls verlesenen Ausdrucken der E-Mails ist zu entnehmen, um welche Behörde es sich handelt, ob diese öffentlich-rechtlichen Maßstäben unterliegt und nach britischem Recht errichtet wurde oder ob es sich um eine von britischem Recht unabhängige, europäische Behörde handelt. Gleichermassen ist nicht nachprüfbar, in welchem Status die Zeugen B. und N. agierten, welche die Erklärungen an die deutsche Polizei übermittelten, und ob es sich um deren eigene Beobachtungen handelt oder ob sie Wahrnehmungen Dritter weitergaben [...]“ (OLG Schleswig aaO.)

Die Verlesbarkeit gem. § 256 I Nr. 1 StPO scheitert daher bereits daran, dass nicht nachvollziehbar ist, **von welcher Stelle die Erklärung in den E-Mails stammt** und ob es sich dabei um eine öffentliche Behörde i.S.d. § 256 I Nr. 1a StPO handelt.

### III. Zulässigkeit einer Verlesung nach § 256 I Nr. 5 StPO

Nach § 256 I Nr. 5 StPO können verlesen werden Protokolle sowie in einer Urkunde enthaltene Erklärungen der Strafverfolgungsbehörden über Ermittlungshandlungen, soweit diese nicht eine Vernehmung zum Gegenstand habe

„Die durch Art. 3 Nr. 13 des 1. Gesetzes zur Modernisierung der Justiz v. 24.08.2004 eingefügte Vorschrift sollte nach der gesetzgeberischen Begründung die Strafverfolgungsbehörden und die Hauptverhandlung entlasten, indem die im Rahmen der Ermittlungen angefertigten Protokolle und Vermerke über Routinevorgänge, wie Beschlagnahmen, Durchsuchungen, Spurensicherung, Durchführung einer Festnahme usw. anstelle der Vernehmung des jeweiligen Ermittlungsbeamten durch Verlesung der erstellten Protokolle und Vermerke in die Hauptverhandlung eingeführt werden können. **Ausdrücklich ausgenommen sind Vernehmungsprotokolle**, wie auch auf solche Protokolle Bezug nehmende Schlussberichte, um die differenzierenden Regelungen der §§ 251 ff. StPO nicht außer Kraft zu setzen (vgl. BT-Drs. 15/1508, 26).

Eine **Vernehmung** i.S.d. StPO liegt dann vor, wenn der Vernehmende der Auskunftsperson **in amtlicher Funktion gegenübertritt** und in dieser Eigenschaft von ihr Auskunft (eine „Aussage“) verlangt (BGHSt 42, 139 ff. [= StV 1996, 465–469]).

Danach liegt in dem mit den Zeugen B. und N. **geführten Schriftwechsel** der Polizeibeamtin I., die deutlich als die der Polizeistation Wyk auf Führ angehörende Polizeibeamtin korrespondierte, **eine Vernehmung**, denn die Beamtin **erfragte von den Zeugen in ihrer Eigenschaft als ermittelnde Polizeibeamtin** gezielt die Umstände der Erlangung der von dem Angekl. am 18.12.2013 vorgelegten englischen Führerscheins. Wenn aber der Inhalt des zu verlesenden Schriftwechsels eine Vernehmung darstellt und darüber hinaus der Gegenstand keine Routinevorgänge sondern von dem Angekl. bestrittene Umstände betrifft, die die Grundlage der Strafbarkeit des ihm vorgeworfenen Verhaltens berühren, kann § 256 I Nr. 5 StPO die Ersetzung des Personalbeweises durch die Verlesung des Schriftwechsels nicht rechtfertigen.“ (OLG Schleswig aaO.)

StPO  
§ 112a I Nr. 2

### Haftgrund Wiederholungsgefahr Anforderungen an Schweregrad

StrafVerfR

(LG Regensburg in StV 2015, 303; Beschluss vom 16.10.2014 – 3 Ns 112 Js 5299/14)

**Fall:** Das Amtsgericht Kelheim verurteilte den Angeklagten am 18.09.2014 wegen Betrugs in 10 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 1 Jahr 3 Monaten. Gleichzeitig hob es den Haftbefehl des Amtsgerichts Kelheim vom 12.06.2014 mit der Begründung auf, dass der Haftgrund der Wiederholungsgefahr nicht gegeben sei, da eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Rechtsordnung durch die einzelnen Anlasstaten nach § 263 StGB nicht eingetreten sei.

Gegen das Urteil vom 18.09.2014 hat die Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 22.09.2014 Berufung eingelegt, die mit weiterer Verfügung vom 08.10.2014 auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt wurde. Mit weiterer Verfügung vom 22.09.2014 wurde gegen den Beschluss vom 18.09.2014 Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, der Beschwerde abzuwehren und den Haftbefehl vom 12.06.2014 erneut in Vollzug zu setzen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass weiterhin Wiederholungsgefahr gegeben sei, weil der Angeklagte bei einer zuvor erfolgten Außervollzugsetzung bereits Straftaten begangen habe und dies erneut zu erwarten sei.

Dies setzt voraus, dass ein Haftgrund vorliegt. Hier kommt allein der Haftgrund der Wiederholungsgefahr nach § 112 a I Nr. 2 StPO in Betracht. Fraglich ist, ob eine solche entgegen der Annahme des Amtsgerichts Kelheim vorliegt.

„Zwar ist aufgrund des **rechtskräftigen Schuldpruchs** des Urteils des Amtsgerichts Kelheim vom 18.09.2014 davon auszugehen, dass der Angeklagte **wiederholt Straftaten nach § 263 StGB** begangen hat, wobei ihm **gewerbsmäßiges Handeln** zur Last zu legen ist.

Es fehlt jedoch nach Ansicht der Berufungskammer an einer **schwerwiegenden Beeinträchtigung der Rechtsordnung** aufgrund der wiederholt begangenen Anlasstaten, wie sie von § 112 a I Nr. 2 StPO vorausgesetzt wird. Erforderlich sind hierfür nämlich **Anlasstaten**, die einen **überdurchschnittlichen Schweregrad und Unrechtsgehalt** aufweisen (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Auflage, § 112 a Nr. 9). Es muss sich um solche Taten handeln, die **mindestens in der oberen Hälfte der mittelschweren Straftaten** liegen. Maßgebend bei der Bewertung sind - jedenfalls bei Anlasstaten nach § 263 StGB, bei Taten nach § 244 StGB, insbesondere Wohnungseinbruchsdiebstählen, mag etwas anderes gelten - **insbesondere Art und Umfang des jeweils angerichteten Schadens** (vgl. OLG Hamm StV 2011, 291 m.w.N.).

Gemessen daran ist nach Auffassung der Berufungskammer der **erforderliche Schweregrad** bei vom Angeklagten verursachten **Schäden in der Größenordnung von 55,00 bis 560,00 €** (bei weitem) **nicht erreicht** (ebenso wohl Meyer-Gossner aaO. § 112 a Nr. 7 a.E., sowie KK-StPO/Graf StPO § 112 a Nr. 18, wonach Betrugstaten mit dadurch verursachten Vermögensschäden von nicht mehr als 2.000 € im Rahmen der zu prüfenden Wiederholungsgefahr nicht den erforderlichen Schweregrad aufweisen, auch wenn es sich dabei um gewerbsmäßig begangenen Betrug handelt).

Auf den vom Angeklagten verursachten **Gesamtschaden von mindestens 2.000,00 €** kann dabei nicht abgestellt werden, weil für den Haftgrund des §§ 112 a I Nr. 2 StPO bei einer wiederholten Begehung der Anlasstat der erforderliche **Schweregrad grundsätzlich bei jeder einzelnen Tat** vorliegen muss (OLG Hamm aaO.). Auch in den vorläufig nach § 154 StPO eingestellten Verfahren der Staatsanwaltschaft, die als Beiakten mitvorgelegt wurden, lassen sich nur Schadensbeträge in dieser Größenordnung entnehmen. Eine andere Beurteilung rechtfertigt sich in Anbetracht dessen auch nicht daraus, dass der Angeklagte zu den Tatzeiten unter Bewährung stand und gewerbsmäßig handelte (vgl. KK-StPO/Graf StPO § 112 a Nr. 14 a).

Bedenken bestehen auch gegen die Erforderlichkeit der Sicherungshaft, die fehlt, wenn die von dem Beschuldigten ausgehende Gefahr durch andere Maßnahmen abgewendet werden kann (Meyer-Goßner/Schmitt, § 112 a Nr. 16).

Vorliegend ist das Urteil des Amtsgerichts Kelheim vom 14.01.2014, Az. 106 Js 4186/13, mit dem der Angeklagte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt wurde, aufgrund des Beschlusses des Oberlandesgericht Nürnberg vom 30.09.2014 (Az. 2 OLG 8 Ss 241/14) rechtskräftig, so dass durch den anstehenden Strafvollzug es der Anordnung der Sicherungshaft nicht bedarf.“ (LG Regensburg aaO.)

GVG  
§ 198 III

### Unangemessen lange Verfahrensdauer Kein Verfahrensmangel

POR

(BVerwG in NVwZ 2015, 755; Beschluss vom 26.11.2014 – 3 B 23/14)

Eine unangemessen lange Verfahrensdauer ist grundsätzlich kein Verfahrensmangel i.S.d. § 132 II Nr. 3 VwGO. Für die **Verzögerung der Entscheidung** ist in §§ 198 ff. GVG ein **eigenständiges Verfahren** vorgesehen, das ihre Geltendmachung im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren ausschließt. Ob etwas Anderes gilt, wenn die Entscheidung auf der Verzögerung beruhen kann, bleibt offen.

**Fall:** Die Kl. wenden sich als Erben gegen die Aufhebung einer dem Erblasser erteilten Bescheinigung nach dem Häftlingshilfegesetz (HHG) und gegen die Rückforderung diesem gewährter Eingliederungshilfen.

Der 1932 geborene Erblasser war von 1955 bis zu seiner Ausreise in die Bundesrepublik Deutschland 1982 in der DDR als Arzt tätig gewesen und in der DDR viermal zu Freiheitsstrafen verurteilt worden. Zwei Verurteilungen zu mehrjährigen Haftstrafen wurden durch das BezGer. Potsdam und das LG Berlin für rechtsstaatswidrig erklärt und aufgehoben. 1983 wurde dem

Erblasser antragsgemäß eine Bescheinigung nach § 10 IV HHG erteilt, dass bei ihm die Voraussetzungen des § 1 I Nr. 1 HHG vorlägen und Ausschließungsgründe nach § 2 I Nr. 1 und 2 HHG nicht gegeben seien. Für seine Haftzeiten wurden ihm Eingliederungshilfen und Ausgleichsleistungen i.H.v. 16.780 DM bewilligt.

Im Zuge eines vom Erblasser eingeleiteten weiteren Verfahrens auf berufliche Rehabilitation erklärte der Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (BStU), aus den Unterlagen des Ministeriums für Staatssicherheit der DDR (MfS) ergäben sich Hinweise auf eine Zusammenarbeit des Erblassers mit dem MfS; er sei dort als Inoffizieller Mitarbeiter (IM) geführt worden. Es lägen eine unterschriebene Verpflichtungserklärung und zahlreiche Treffberichte vor, in denen der IM umfangreich über Personen berichtet habe. Daraufhin zog das Landesamt für Gesundheit und Soziales des Landes Berlin (im Folgenden: Landesamt) mit Rücknahmebescheid vom 17.04.2003 die Bescheinigung nach § 10 IV HHG ein, erklärte sie für ungültig, nahm den Bescheid über die Gewährung von Eingliederungshilfen zurück und forderte den Erblasser auf, die Eingliederungshilfen (8.579,48 €) zurückzuzahlen. Der hiergegen erhobene Widerspruch, den das Landesamt selbst beschied, die Klage und die Berufung blieben erfolglos. Während des Berufungsverfahrens ist der Erblasser verstorben.

Das OVG hat die Klage weiterhin für zulässig erachtet. Sie habe sich durch den Tod des ursprünglichen Kl. nicht erledigt, denn die entzogenen Rechtspositionen seien, wie § 1 I Nr. 3 HHG verdeutliche, nicht höchstpersönlich und im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Erben übergegangen. Die Rücknahme sei rechtmäßig. Hiergegen haben die Kl. Nichtzulassungsbeschwerde erhoben. Liegt ein Zulassungsgrund vor?

### I. grundsätzliche Bedeutung, § 132 II Nr. 1 VwGO

„Die Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung setzt die Formulierung einer **bestimmten, jedoch fallübergreifenden Rechtsfrage des revisiblen Rechts** voraus, deren noch ausstehende höchstrichterliche Klärung im Revisionsverfahren zu erwarten ist und zur **Erhaltung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung** oder zu einer bedeutsamen Weiterentwicklung des Rechts geboten erscheint.

Die **Beschwerde benennt keine Rechtsfrage**, sondern führt lediglich aus, warum sie das angefochtene Urteil für sachlich falsch hält. Das gilt insbesondere für die Vererblichkeit der streitigen Rechtspositionen, für die Bewertung der Spitzeltätigkeit des Erblassers und für die Berechnung der Jahresfrist für die Rücknahme (§ 48 IV VwVfG). Es ist **weder dargelegt noch sonst erkennbar**, dass sich insofern **ungeklärte Rechtsfragen** stellen oder dass bei den vom BerGer. zu Grunde gelegten rechtlichen Maßstäben Anlass zu ihrer Fortentwicklung besteht.“ (BVerwG aaO.)

### II. Divergenz, § 132 II Nr. 2 VwGO

„Zur Darlegung einer Divergenz (§ 132 II Nr. 2 VwGO) wäre es erforderlich, einen **rechtlichen Obersatz aus dem zitierten Urteil** des BVerwG **zu bezeichnen** und ihm einen davon **abweichenden rechtlichen Obersatz** zu derselben Vorschrift aus dem Berufungsurteil gegenüberzustellen. Die Beschwerde macht aber wiederum nur geltend, das BerGer. habe die in der Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zu Spitzeltätigkeiten für das MfS als Ausschlussgrund für Leistungen falsch angewendet. Selbst wenn dies zutreffen würde, läge in einem solchen **Subsumtionsfehler keine Abweichung**. Soweit sich die Beschwerde auf das Urteil des BbgVerfG vom 24.01.2014 – VfGBbg 2/13– beruft, handelt es sich schon nicht um ein divergenzfähiges Gericht i.S.d. § 132 II Nr. 2 VwGO. Davon abgesehen ist nicht ansatzweise dargelegt, welche Folgerungen für das Verfahren der Kl. sich aus jenem Urteil ergeben sollen.“ (BVerwG aaO.)

### III. Verfahrensmangel, § 132 II Nr. 3 VwGO

„Die Beschwerde rügt eine **unzureichende Aufklärung des Sachverhalts**, zeigt jedoch nicht auf, warum sich dem BerGer. eine weitere Aufklärung hätte aufdrängen müssen, welche Aufklärungsmaßnahmen hätten ergriffen werden sollen und zu welchem Ergebnis diese voraussichtlich geführt hätten. Letztlich bemängelt die Beschwerde wiederum nur, dass das BerGer. den Sachverhalt anders als geschehen hätte würdigen müssen.

Schließlich ist die Revision auch nicht wegen der geltend gemachten **unangemessenen Dauer des erstinstanzlichen und des zweitinstanzlichen Verfahrens** zuzulassen. Abgesehen davon, dass die Kl. nicht dargelegt haben, im zweitinstanzlichen Verfahren die erforderliche **Verzögerungsrüge erhoben** zu haben, geschweige denn, dass dies **fristgerecht** geschehen ist (vgl. § 198 III GVG i.V.m. Art. 23 des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren v. 24.11.2011 – BGBl. I 2011, 2302), ist **für einen solchen Verfahrensmangel ein eigenständiges Rechtsschutzverfahren** vorgesehen, der seine Geltendmachung im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren nach § 132 II Nr. 3 VwGO ausschließt. Ob etwas Anderes gilt, wenn die Entscheidung auf der Verzögerung beruhen kann, braucht hier nicht entschieden zu werden, denn dies machen die Kl. nicht geltend und ist auch unabhängig davon nicht ersichtlich.“ (BVerwG aaO.)

VwGO  
§§ 80 a, 80 V

## Abänderung eines Beschlusses nach § 80a III VwGO Inkrafttretens von § 246 X BauGB

VerwaltVerfR

(VGH Mannheim in NVwZ 2015, 637; Beschluss vom 11.03.2015 – 8 S 492/15)

**Fall:** Die Ast. wandten sich gegen die sofortige Vollziehbarkeit einer dem Beigel. am 21.09.2012 erteilten Baugenehmigung zur Änderung der Nutzung eines Wohnheims mit Werkstatt und Schulungsräumen in Gemeinschaftsunterkünfte für Asylbewerber sowie Büros mit Lagerräumen. Die Ag. erteilte dem Beigel. mit Bescheid vom 21.09.2012 die streitbefangene Baugenehmigung zur oben beschriebenen (Nutzungs)Änderung entsprechend seinem Antrag vom 11.06.2012 in Anwendung von § 31 I BauGB, § 8 III Nr. 2 BauNVO 1968. Der Bauantrag war ausdrücklich auf „Gemeinschaftsunterkünfte zur Unterbringung von Personen nach dem Flüchtlingsaufnahmegesetz (Asylbewerber)“ gerichtet. Das Baugrundstück befindet sich ebenso wie das im Miteigentum der Ast. zu 1 und zu 2 befindliche Nachbargrundstück im Geltungsbereich des Bebauungsplans „Handwerkergebiet“ der Gemeinde O. vom 29.10.1973, in dem nach Nr. 1.2 seines Textteils für das gesamte Plangebiet ein „beschränktes Gewerbegebiet nach § 8 IV BauNVO“ festgesetzt wird, in dem „nur nicht wesentlich störende Betriebe i.S.v. § 6 BauNVO zulässig [sind]“. Die Ast. erhoben gegen die Baugenehmigung Widerspruch. Ihren Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs hat das VG abgelehnt. Die Beschwerde der Ast. gegen diese Entscheidung hatte Erfolg. Der Beschluss des VG wurde geändert und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Ast. angeordnet. Zur Begründung führte der Senat im Wesentlichen aus, die angegriffene Baugenehmigung werde sich in der Hauptsache wohl als rechtswidrig erweisen und die Ast. dadurch in eigenen Rechten verletzen. Unabhängig von der Frage, ob es sich bei dem Vorhaben um eine Anlage für soziale Zwecke handele, sei sie voraussichtlich bauplanungsrechtlich unzulässig, weil die genehmigte Nutzung mit ihrem wohnähnlichen Charakter in einem Gewerbegebiet gebietsunverträglich sei. Das Regierungspräsidium St. wies den Widerspruch der Ast. mit Bescheid vom 07.08.2013 unter Erteilung einer Befreiung von der Festsetzung zur Art der baulichen Nutzung des Bebauungsplans „Handwerkergebiet“ zurück.

Ein auf die Erteilung der Befreiung gestützter Abänderungsantrag nach § 80 VII 2 VwGO hatte vor dem VG Erfolg Dieser Beschluss wurde auf die Beschwerde der Ast. geändert und der Antrag auf Abänderung abgelehnt. Auf die Klage der Ast. hat das VG die Baugenehmigung vom 21.09.2012 und den Widerspruchsbescheid vom 07.08.2013 mit Urteil vom 22.07.2014 aufgehoben. Die vom VG zugelassene Berufung ist vom Bekl., dem Beigel. und dem – im Klageverfahren ebenfalls beigel. – Landkreis X., eingelegt worden.

Über die Berufungen ist noch nicht entschieden worden.

Nach § 80 a III 2 i.V.m. § 80 VII 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache Beschlüsse über Anträge nach § 80 V VwGO jederzeit ändern oder aufheben. Dies ist durch das erkennende Gericht erfolgt.

### I. Zweck des Abänderungsverfahrens

„Das Verfahren nach § 80 VII VwGO dient dabei **nicht in der Art eines Rechtsmittelverfahrens** der Überprüfung, ob die vorangegangene Entscheidung formell und materiell richtig ist. Es eröffnet vielmehr die Möglichkeit, einer **nachträglichen Änderung der Sach- oder Rechtslage** Rechnung zu tragen. Prüfungsmaßstab ist daher allein, ob **nach der jetzigen Sach- und Rechtslage** die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage geboten ist (BVerwG, Beschl. v. 10.03.2011 – 8 VR 2/11; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1996, 603 = VBIBW 1996, 98; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.12.2013 – 9 S 53/13; Funke-Kaiser in Bader, VwGO, 6. Aufl. 2014, § 80 Rn. 143 a).“ (VGH Mannheim aaO.)

### II. Änderung der Rechtslage

Durch die **Einführung von § 246 X BauGB** durch Art. 1 des Gesetzes über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen vom 20.11.2014 (BGBl. I 2014, 1748) mit Wirkung vom 26.11.2014 (vgl. dessen Art. 2) hat sich die Rechtslage. Es kommt daher darauf an, ob gleichwohl das Suspensivinteresse der Ast. immer noch höher zu bewerten ist als das Vollzugsinteresse sowohl der Ag. als auch des Beigeladenen.

„Die vom Senat zu treffende umfassende Interessenabwägung (§§ 80 a III, 80 V 1 VwGO) unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der Klage fällt zulasten der Ast. aus. Auf Grund der Einfügung des neuen Absatzes 10 in § 246 BauGB erweisen sich die Erfolgsaussichten der Klage derzeit als offen. Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Wertung des § 212 a I BauGB, wonach der Bauherr von der Baugenehmigung sofort Gebrauch machen darf, kommt dem Vollzugsinteresse auf Grund des erheblichen Platzbedarfs für die Unterbringung von Asyltragstellern der Vorrang vor dem Interesse der Ast. an der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs zu.

Die Befreiung ist voraussichtlich auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar. Das **Ermessen** der Baugenehmigungsbehörde – aus § 246 X 1 BauGB – dürfte hinsichtlich der Erteilung der Befreiung **auf Null reduziert** sein. Bereits regelmäßig und allgemein verbleibt für die Ausübung des Befreiungsermessens wenig Spielraum, wenn die **engen Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung nach § 31 II BauGB** erfüllt sind (Reidt in Batis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 31 Rn. 43). Dies gilt auch für das der Baurechtsbehörde in § 246 X 1 BauGB eröffnete Ermessen, auch wenn der Tatbestand mit dem Verzicht auf die Prüfung der Berührung der Planungsgrundzüge hier nicht genauso eng wie in § 31 II BauGB gefasst ist. Denn die **neu geschaffene, zeitlich befristete Ermächtigungsgrundlage des § 246 X 1 BauGB** zielt gerade auf die weitgehende Erteilung von Befreiungen. Da derzeit nicht ersichtlich ist, dass nachbarliche Interessen konkret beeinträchtigt sein könnten, städtebauliche Belange – etwa Planungsabsichten der Gemeinde – nicht berührt sind und also damit einerseits relevante öffentliche Belange oder nachbarliche Interessen in keiner Weise negativ betroffen sind, andererseits ein hohes öffentliches Interesse an der Schaffung zusätzlicher Unterbringungsmöglichkeiten für Asylbegehrende besteht, ist wohl von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen (vgl. auch: VGH Mannheim, NVwZ-RR 2008, 225 [226 f.]). Offen hingegen erscheint, ob die Befreiung und damit die Baugenehmigung für die begehrte Nutzungsänderung auf der Grundlage des § 246 X 1 BauGB – wie bislang geschehen – unbefristet erteilt werden darf.“ (VGH Mannheim aaO.)

### III. Interessenabwägung

„Angesichts der auf Grund der fehlenden Befristung der erteilten Befreiung derzeit **offenen Frage ihrer Rechtmäßigkeit** kommt nunmehr **dem privaten Interesse des Beigel. und den öffentlichen Interessen** am weiteren Vollzug der Baugenehmigung **höheres Gewicht als dem Suspensivinteresse der Ast.** zu. Bei dieser Interessenabwägung ist zu Gunsten des Vollzugsinteresses die gesetzliche Wertung des § 212 a I BauGB, der dringende Bedarf an Unterbringungsmöglichkeiten für Asylbegehrende und die Möglichkeit der Nachholung der Befristung der angefochtenen Baugenehmigung auch im laufenden Klageverfahren – sollte sie denn rechtlich erforderlich sein – einzustellen. Da die Ast. bislang keine konkreten Nachteile für den Fall des erneuten Vollzugs der Baugenehmigung substantiiert geltend gemacht haben und solche auch nicht ersichtlich sind, muss ihr Suspensivinteresse nunmehr zurückstehen.“ (VGH Mannheim aaO.)

VwGO  
§§ 146, 154 IV, 161 II 1

## Hauptsacheerledigung Unwirksamkeit einer Entscheidung

VerwaltProzR

(OVG Hamburg in NVwZ 2015, 600; Beschluss vom 11.03.2015 – 8 S 492/15)

1. Eine gerichtliche Sachentscheidung, die nach Beendigung der Rechtshängigkeit des Verfahrens – hier infolge **übereinstimmender Hauptsacheerledigungserklärungen** ergeht, ist von Anfang an unwirksam.
2. Eine solchermaßen **unwirksame Entscheidung** kann **zulässigerweise Gegenstand eines Rechtsmittels** sein, wenn Zweifel an ihrer Wirksamkeit bestehen.
3. Das Rechtsmittelgericht kann sich in diesem Fall auf die Feststellung beschränken, dass die **Sachentscheidung von Anfang an unwirksam** ist. Die prozessordnungsmäßige Kostenentscheidung (z.B. nach § 161 II 1 VwGO) hat dasjenige Gericht zu treffen, bei dem das Verfahren im Zeitpunkt der Beendigung der Rechtshängigkeit anhängig war. Eine förmliche Zurückverweisung ist hierfür nicht erforderlich.
4. Während hinsichtlich der Gerichtskosten eines solchen Rechtsmittelverfahrens § 21 GKG Anwendung finden kann, können die **außergerichtlichen Kosten** nach dem Rechtsgedanken des § 154 IV VwGO **der Staatskasse auferlegt** werden.



## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

**GKG**  
§§ 45, 47

#### Streitwertbestimmung im Rechtsmittelverfahren Keine Zusammenrechnung bei demselben Gegenstand

**KostenR**

(OLG Bamberg in NJOZ 2015, 950; Beschluss vom 18.03.2015 – 2 U 2/14)

**Fall:** Mit Urteil des LG Bamberg vom 06.08.2014 wurde der Kl. verurteilt, an den Bekl. 2.914,66 € nebst Zinsen hieraus seit 24.08.2013 zu bezahlen. Im Übrigen wurden die Klage und die Widerklage abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits wurden zu 2/3 dem Kl. und zu 1/3 dem Bekl. auferlegt. Der Streitwert wurde vom LG auf 8.421,86 € festgesetzt.

Mit Endurteil des OLG Bamberg vom 05.02.2015 wurde das Endurteil des LG Bamberg vom 06.08.2014 auf die Berufung des Bekl. abgeändert (2 U 2/14, BeckRS 2015, 05528).

Der Kl. wurde verurteilt, an den Bekl. 4.292,98 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz der EZB hieraus seit 24.08.2013 zu bezahlen. Die Berufung des Kl. gegen das Endurteil des LG Bamberg vom 06.08.2014 wurde zurückgewiesen. Die Kosten der ersten Instanz wurden gegeneinander aufgehoben. Die Kosten des Berufungsverfahrens wurden dem Kl. auferlegt. Der Streitwert des Berufungsverfahrens wurde auf 3.375,56 € festgesetzt.

Mit Schriftsatz seiner Rechtsanwälte vom 07.02.2015 und vom 09.02.2015 legte der Bekl. gegen die Streitwertfestsetzung des BerGer. Gegenvorstellung ein und erhob sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Partei Gehörsrüge gegen die Kostenentscheidung, des BerGer. hinsichtlich der Kosten der ersten Instanz.

Der Bekl. beanstandet, dass das RechtsmittelGer. einen unzutreffenden Streitwert zu Grunde gelegt habe. Der Streitwert müsse auf insgesamt 6.494,09 € festgesetzt werden (Klage: 1.893,77 € zzgl. Abwehr der Widerklage 2.914,66 € zzgl. Berufung des Bekl. auf Zahlung weiterer 1.481,75 €).

In Rechtsmittelverfahren bestimmt sich der Streitwert nach den Anträgen des Rechtsmittelführers, § 47 I GKG. Hier waren beide Parteien Rechtsmittelführer. Für wechselseitig eingelegte Rechtsmittel richtet sich die Bestimmung des Gebührenstreitwerts nach § 45 II GKG. Danach sind – soweit die Rechtsmittel, wie hier, nicht in getrennten Prozessen verhandelt werden – die Regelungen in § 45 I 1 und S. 3 GKG anzuwenden.

Die Werte der beiderseitigen Rechtsmittel werden nach § 45 I 1, II GKG grundsätzlich zusammengerechnet. Betreffen die Ansprüche aber denselben Gegenstand, ist nur der Wert des höheren Anspruchs maßgeblich.

„Im vorliegenden Fall wurde mit der Klage die **Rückforderung überzahlter Vergütung**, mit der Widerklage **weitere Vergütung** aus Rechtsanwaltsvertrag geltend gemacht, so dass es sich um verschiedene Gegenstände handelt.

Der Kl. beantragte im Berufungsverfahren die Verurteilung des Bekl. zur Rückzahlung von 1.893,77 € und die Abänderung des Ersturteils, soweit er darin zur Zahlung von 2.914,66 € verurteilt worden war. Der Bekl. beantragte im Berufungsverfahren die Verurteilung des Kl. zur Zahlung weiterer 1.481,79 €.

Die Werte der beiderseitigen Rechtsmittel sind zusammenzurechnen. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt somit insgesamt:

Berufung Kl.	1.893,77 €
	2.914,66 €
Berufung Bekl.	1.481,79 €
<b>Summe</b>	<b>6.290,22 €</b>

Insoweit war auf die Gegenvorstellungen der Streitwert der Berufungsinstanz abzuändern.“ (OLG Bamberg aaO.)

**RVG**  
VV Nr. 3104

#### Terminsgebühr Konkludenter Aufruf

**RVG**

(OVG Münster in NJW 2015, 2601; Beschluss vom 06.05.2015 – 7 E 1271/14)

Eine förmliche Ladung und ein **ausdrücklicher Aufruf** der Sache sind für die Entstehung der Terminsgebühr **nicht zwingend erforderlich**, wenn die Beteiligten anwesend sind, der Sache nach mit dem Termin begonnen worden ist und damit in der Sachbehandlung ein konkludenter Aufruf im Sitzungssaal anzunehmen ist.

**Fall:** In einem verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren hatte der Ag. den Ast. die Kosten zu erstatten. Mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 26.8.2014 hatte die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle die Kosten entgegen dem Antrag der Ast. ohne Berücksichtigung einer Terminsgebühr festgesetzt, die von dem Prozessbevollmächtigten des Antragstellers beantragt worden war.

Dieser hat am 13.06.2014 an einer gerichtlichen Erörterung teilgenommen, deren Gegenstand (auch) der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz im Verfahren - 11 L 1105/14 - war. Die Erörterung fand im Rahmen einer öffentlichen Sitzung statt, die für das Hauptsacheverfahren gleichen Rubrums - 11 K 6229/13 - (den Antrag auf Einschreiten betreffend) und zwei weitere parallele Verfahren geladen war und in der die Beteiligten des Verfahrens - 11 L 1105/14 - anwesend waren. Dass im Rahmen dieses Termins zur Hauptsache auch das Verfahren der Antragsteller auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes erörtert wurde, wird durch das vorliegende Protokoll vom 13.06.2014 bestätigt; danach wurde dem Vertreter der Beigeladenenseite ein Beiladungsbeschluss und eine Antragschrift zum Aktenzeichen - 11 L 1105/14 - ausgehändigt und die Sach- und Rechtslage wurde eingehend erörtert, was schließlich zu protokollierten Hauptsacheerledigungserklärungen der Beteiligten führte; bestätigt wird dies auch durch den Vortrag der Antragsgegnerin, die angibt, die Sache sei „mitverhandelt“ worden.

Ist eine Terminsgebühr entstanden?

Die Terminsgebühr ist entstanden, wenn die Voraussetzungen von Nr. 3104 der Anl. 1 § 2 II RVG (Vergütungsverzeichnis - VV -) i.V.m. der Vorbemerkung 3 III VV erfüllt sind.

Gemäß der Vorbemerkung 3 III VV entsteht eine Terminsgebühr sowohl für die Wahrnehmung von gerichtlichen Terminen als auch für die Wahrnehmung von außergerichtlichen Terminen und Besprechungen, wenn nichts anderes bestimmt ist. Sie entsteht jedoch nicht für die Wahrnehmung eines gerichtlichen Termins nur zur Verkündung einer Entscheidung. Die Gebühr für außergerichtliche Termine und Besprechungen entsteht zum einen für die Wahrnehmung eines von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen anberaumten Termins und zum anderen für die Mitwirkung an Besprechungen, die auf die Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens gerichtet sind; dies gilt nicht für Besprechungen mit dem Auftraggeber.

Fraglich ist, ob hier eine Terminsgebühr im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes - 11 L 1105/14 - mit Blick auf die Vertretung in einem gerichtlichen (Erörterungs-)Termin (Satz 1, 1. Alternative der Vorbemerkung 3 III) entstanden ist.

„Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin **kommt es nicht darauf an**, ob zu diesem Termin auch eine **förmliche Ladung** im Rahmen des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes erfolgt war bzw. ob hierzu ein **ausdrücklicher Aufruf der Sache** stattgefunden hat. Diese auch im angegriffenen Beschluss über die Kostenfestsetzung unter Bezug auf die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 15.08.2011 - 2 E 772/11 - angeführten Voraussetzungen ergeben sich aus dem zitierten Beschluss nicht. Eine **förmliche Ladung und ein ausdrücklicher Aufruf** ist für die Entstehung einer Terminsgebühr **nicht zwingend erforderlich**, wenn die Beteiligten anwesend sind, der Sache nach mit dem Termin begonnen worden ist und damit in der Sachbehandlung ein **konkludenter Aufruf im Sitzungsraum** anzunehmen ist (vgl. Müller-Rabe, in Gerold u.a. Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 21. Auflage 2013, Rn. 84 f. zu Vorbemerkung 3 VV sowie BGH, Beschluss vom 12.10.2010 - VIII ZB 16/10 -, NJW 2011, 388).

Soweit unter Geltung einer früheren Fassung der Vorbemerkung 3 die Auffassung vertreten wurde, eine Terminsgebühr könne nur in einem Verfahren entstehen, für das eine mündliche Verhandlung vorgeschrieben sei, steht dies der Entstehung der Terminsgebühr jedenfalls nach Maßgabe der nunmehr geltenden Fassung nicht entgegen (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 17.07.2014 - 8 E 376/14, NJW 2014, 3323 mit umfangreichen weiteren Nachweisen).“ (OVG Münster aaO.)

Die Terminsgebühr ist daher entstanden und bei der Kostenfestsetzung zu berücksichtigen.

**ZPO  
§ 114 I 1**

**Versagung von PKH  
Berufungszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung**

**GebührenR**

(BVerfG in NJW 2015, 2173; Beschluss vom 04.05.2015 – 1 BvR 2096/13)

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerde betrifft einen Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für ein finanzgerichtliches Klageverfahren. Das Gericht lehnte den Antrag als überwiegend unbegründet ab. Das FG ließ die Revision gem. § 115 II Nr. 1 FGO zu, ohne die angenommene grundsätzliche Bedeutung näher zu begründen.

Durch nicht mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Beschluss vom 24.02.2014 lehnte der BFH den Antrag der Bf. auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für das Revisionsverfahren ab. Mit ebenfalls nicht angegriffenem Beschluss vom 22.7.2014 (BFH/NV 2014, 1721 = BeckRS 2014, 96001) wies er die Revision als unbegründet zurück.

Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist der Beschluss des FG Berlin-Brandenburg vom 16.04.2013 (11 K 11031/09 PKH) über den von der Bf. im Februar 2009 gestellten Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für das Hauptsacheverfahren vor dem FG. Durch diesen mit der Verfassungsbeschwerde allein angegriffenen Beschluss gewährte das FG der Bf. lediglich in Höhe eines geringeren Teilbetrags, mit dem die Klage Erfolg hatte, rückwirkend seit dem 09.02.2009 für die erste Instanz Prozesskostenhilfe. Im Übrigen wies es den Prozesskostenhilfeantrag zurück.

Die Bf. macht geltend, hierdurch in ihrem Grundrecht aus Art. 3 I i.V.m. Art. 20 III GG verletzt worden zu sein. Zu Recht?

**I. Schutzgehalt des Prinzips der sozialstaatlichen Gleichheit (Rechtsschutzgleichheit)**

„Art. 3 I i.V.m. Art. 20 III GG gebietet eine **weitgehende Angleichung der Situation von bemittelten und unbemittelten Personen bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes**. Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, die Gewährung von Prozesskostenhilfe davon abhängig zu machen, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und nicht unwillig erscheint. Prozesskostenhilfe darf **verweigert** werden, wenn ein Erfolg in der Hauptsache zwar nicht schlechthin ausgeschlossen, die **Erfolgschance aber nur eine entfernte** ist. Die Anforderungen an die Erfolgsaussichten dürfen jedoch nicht überspannt werden. Die Prüfung der Erfolgsaussichten soll nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung selbst in das summarische Nebenverfahren der Prozesskostenhilfe vorzuverlagern und dieses an die Stelle des Hauptsacheverfahrens treten zu lassen (vgl. BVerfGE 81, 347 [356 f.] = NJW 1991, 413).“ (BVerfG aaO.)

**2. Anforderungen an PKH-Gewährung**

„Die **Auslegung und Anwendung** des § 114 S. 1 ZPO (hier i.V.m. § 142 I FGO) **obliegt** in erster Linie den zuständigen **Fachgerichten**, die dabei den – verfassungsgebotenen – Zweck der Prozesskostenhilfe zu beachten haben. Das BVerfG kann nur eingreifen, wenn verfassungsrechtlich verletzt ist, insbesondere wenn die angegriffene Entscheidung Fehler erkennen lässt, die auf einer **grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der in Art. 3 I i.V.m. Art. 20 III GG verbürgten Rechtsschutzgleichheit** beruhen. Die Fachgerichte überschreiten den Entscheidungsspielraum, der ihnen bei der Auslegung des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals der hinreichenden Erfolgsaussicht verfassungsrechtlich zukommt, erst dann, wenn sie einen Auslegungsmaßstab verwenden, durch den einer unbemittelten Person im Vergleich zur bemittelten die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung unverhältnismäßig erschwert wird. Das ist namentlich dann der Fall, wenn das Fachgericht die **Anforderungen an die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung überspannt** und dadurch der Zweck der Prozesskostenhilfe, unbemittelten Personen den weitgehend gleichen Zugang zu Gericht zu ermöglichen, deutlich verfehlt wird (vgl. BVerfGE 81, 347 [357 f.] = NJW 1991, 413).“ (BVerfG aaO.)

**3. Anforderungen an Erfolgsaussichten**

„Ein Rechtsschutzbegehren hat in aller Regel hinreichende Aussicht auf Erfolg, wenn die **Entscheidung** in der Hauptsache **von der Beantwortung einer schwierigen, bislang ungeklärten Rechtsfrage abhängt**. Prozesskostenhilfe braucht allerdings nicht schon dann gewährt zu werden, wenn die entscheidungserhebliche Rechtsfrage zwar noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, ihre Beantwortung aber im Hinblick auf die einschlägige gesetzliche Regelung oder die durch die bereits vorliegende

Rechtsprechung gewährten Auslegungshilfen nicht in dem genannten Sinne als „schwierig“ erscheint. Legt ein Fachgericht § 114 S. 1 ZPO hingegen dahin aus, dass **schwierige, noch nicht geklärte Rechtsfragen im Prozesskostenhilfverfahren „durchentschieden“** werden können, verkennt es damit die Bedeutung der in Art. 3 I i.V.m. Art. 20 III GG verbürgten Rechtsschutzgleichheit. Dem Gebot der Rechtsschutzgleichheit läuft es daher zuwider, wenn ein Fachgericht § 114 S. 1 ZPO dahin auslegt, dass es eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage als einfach oder geklärt ansieht, obwohl dies erheblichen Zweifeln begegnet und sie bereits im Verfahren der Prozesskostenhilfe zum Nachteil unbemittelter Personen beantwortet (vgl. BVerfGE 81, 347 [359 f.] = NJW 1991, 413; BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 26.12.2013 – 1 BvR 2531/12, BeckRS 2014, 46813).“ (BVerfG aaO.)

#### 4. Anwendung auf den Fall

„Ist das FG der Auffassung, dass die Sache eine oder mehrere **Fragen grundsätzlicher Bedeutung** i.S.d. § 115 II Nr. 1 FGO aufwirft und **lässt es deshalb die Revision zu**, sind bei einer – wie hier – zeitgleich ergehenden Entscheidung über einen Prozesskostenhilfbeantrag in aller Regel die **Voraussetzungen für eine rückwirkende Gewährung von Prozesskostenhilfe gegeben**. Die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung setzt das Vorliegen einer bedeutsamen, bisher höchst-richterlich noch nicht geklärten Rechtsfrage voraus, auf die es für die Entscheidung der Sache ankommt. Derartige Rechtsfragen können im Verfahren der Prozesskostenhilfe grundsätzlich nicht entschieden werden. Das **Gericht verhält sich widersprüchlich**, wenn es von einem solchen Fall ausgeht, gleichwohl aber Prozesskostenhilfe versagt. Ohne Gewährung von Prozesskostenhilfe könnte der nicht ausreichend bemittelte Kläger das erstinstanzliche Hauptsacheverfahren nicht durchlaufen; ihm bliebe so die Möglichkeit versagt, die Klärung der Grundsatzfrage zu seinen Gunsten in der Revisionsinstanz zu erstreiten. Das **widerspricht** in aller Regel dem **Grundsatz der Rechtsschutzgleichheit**.“ (BVerfG aaO.)

Die Bf. ist somit in ihrem Grundrecht auf Rechtsschutzgleichheit aus Art. 3 I i.V.m. Art. 20 III GG verletzt.

ZPO  
§ 114

### Beordnung eines Rechtsanwalts Mahnverfahren

GebührenR

(LG Stuttgart in FamRZ 2015, 946; Beschluss vom 19.01.2015 – 10 T 12/15)

Im Mahnverfahren scheidet die Beordnung eines Rechtsanwalts aus, auch wenn die Vorprüfung, ob Widerspruch eingelegt werden soll, komplexe Überlegungen erfordert.

**Fall:** Der Antragsteller erwirkte gegen den Antragsgegner am 30.10.2014 einen Mahnbescheid des Amtsgerichts Stuttgart - Mahnabteilung - über eine Forderung wegen rückständigen Unterhalts gem. § 7 UVG aus übergegangenem Unterhaltsanspruchsbescheid in Höhe von 5.027,32 €, gegen den der Antragsgegner, vertreten durch seinen Prozessbevollmächtigten am 07.11.2014 Widerspruch einlegte.

Mit Schriftsatz vom 13.11.2014 beantragte der Prozessbevollmächtigte des Antragsgegners, dem Antragsgegner Prozesskostenhilfe unter seiner Beordnung zu bewilligen. Der zuständige Rechtspfleger des Amtsgericht Stuttgart regte mit Verfügung 18.11.2014 an, den Antrag zurückzunehmen. Prozesskostenhilfe für einzelne Prozesshandlungen, z. B. die Widerspruchserhebung, sei nicht vorgesehen. Hierzu führte der Prozessbevollmächtigte des Antragsgegners mit Schriftsatz vom 27.11.2014 aus, dass eine Beordnung geboten sei, weil es um schwierige unterhaltsrechtliche Fragen gehen. Es werde nicht für einzelne Prozesshandlungen Prozesskostenhilfe beantragt, sondern für das gesamte Verfahren.

Durch Beschluss vom 01.12.2014 wies das Amtsgericht den Antrag auf Beordnung des Prozessbevollmächtigten des Antragsgegners zurück. Die Vertretung durch einen Rechtsanwalt sei nicht erforderlich. Das Mahnverfahren sei ein einfaches Verfahren, bei dem lediglich das Widerspruchsformular auszufüllen sei. Nach Umfang, Schwierigkeit und Bedeutung der Sache bestehe kein sachliches oder persönliches Bedürfnis nach anwaltlicher Unterstützung für den Antragsgegner. Zu Recht?

Nach § 121 I ZPO wird der hilfsbedürftigen Partei bei Bewilligung von Prozesskostenhilfe ein zur Vertretung bereiter Rechtsanwalt ihrer Wahl beigeordnet, wenn eine Vertretung durch Anwälte vorgeschrieben ist. Soweit eine Vertretung durch Anwälte nicht vorgeschrieben ist, wird der Partei gem. § 121 II ZPO auf ihren Antrag ein zur Vertretung bereiter Rechtsanwalt ihrer Wahl beigeordnet, wenn die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint oder der Gegner durch einen Rechtsanwalt vertreten ist.

„Nach diesen Grundsätzen ist **vorliegend die Beordnung nicht geboten**. Im Mahnverfahren hat weder der Antragsteller noch der Widerspruch einlegende Gegner Anspruch auf Beordnung eines Rechtsanwalts (vgl. Zöller/Geimer, ZPO, 30. Aufl., § 121 Rn. 6 m.w.N.; Thüringer Landesarbeitsgericht, Beschluss v. 29.09.2008 – LAG Thüringen Az.: 1 Ta 82/08 m.w.N.). Die von dem Prozessbevollmächtigten des Antragsgegners angeführten Umstände und besonderen Schwierigkeiten führen nicht zur Beordnung im Mahnverfahren. Die **kontradiktorische Auseinandersetzung** der Antragsparteien wird nicht im Mahnverfahren, sondern **in dem nachfolgenden Streitverfahren** ausgetragen (vgl. BGH, Beschluss vom 11.02.2010 - BGH Az.: IX ZB 175/07). Dass es sich bei dem streitigen Anspruch, gegen den der Antragsgegner Widerspruch einlegen ließ, um familienrechtliche Unterhaltsforderungen handelt und die Beordnung eines Rechtsanwalts nach § 121 II ZPO im streitigen Verfahren geboten sein kann, ist für das Mahnverfahren ohne Belang. Auch im Mahnverfahren über einen Unterhaltsanspruch kann der Antragsteller den Widerspruch gemäß § 694 ZPO ohne nähere Begründung einlegen. Die erforderliche Vorprüfung, ob der Antragsgegner sich bei den gegen ihn geltend gemachten Unterhaltsansprüchen überhaupt auf ein Streitiges Verfahren einlassen soll, unterscheidet sich nicht grundsätzlich von anderen Ansprüchen mit komplexen Sachverhalten, die im Mahnverfahren geltend gemacht werden können.“ (LG Stuttgart aaO.)

## Aus der Praxis

BRAO  
§ 43b

### Schockwerbung Strenge Regeln für Rechtsanwälte

BerufsR

(BVerfG in DÖV 2015, 486; Beschluss vom 05.03.2015 – 1 BvR 3362/14)

Mit der Stellung des Rechtsanwalts ist im Interesse des rechtsuchenden Bürgers insbesondere eine Werbung nicht vereinbar, die ein **reklamehaftes Anpreisen** in den Vordergrund stellt, mit der eigentlichen Leistung des Anwalts nichts mehr zu tun hat und sich nicht mit dem **unabdingbaren Vertrauensverhältnis** im Rahmen eines Mandats vereinbaren lässt.

**Fall:** Der Beschwerdeführer ist Rechtsanwalt. Er bat die zuständige Rechtsanwaltskammer um Prüfung, ob eine beabsichtigte Werbemaßnahme berufsrechtlich zulässig sei. Es handelte sich dabei um Tassen mit der durchgestrichenen Abbildung einer Frau, die mit einem Knüppel auf das entblößte Gesäß eines Kindes schlägt. Neben der Abbildung sollten der Text „Körperliche Züchtigung ist verboten § 1631 II BGB“ sowie der Name, die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“ und die Kontaktdaten des Beschwerdeführers abgedruckt werden. Die Rechtsanwaltskammer teilte dem Beschwerdeführer mit, dass sie die Werbemaßnahme wegen eines Verstoßes gegen das Sachlichkeitsgebot gemäß § 43b der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) für unzulässig halte.

Eine zweite Anfrage des Beschwerdeführers bezog sich wiederum auf die beabsichtigte Gestaltung von Werbetassen. Eine Abbildung zeigte einen älteren Mann, der mit einem Stock auf das entblößte Gesäß einer Frau schlägt; daneben sollte die Frage „Würden Sie Opfer einer Straftat?“ stehen. Eine weitere Abbildung zeigte eine Frau, die sich eine Schusswaffe an den eigenen Kopf hält und offenbar im Begriff ist, sich selbst zu töten; daneben sollte der Text „Nicht verzagen, R... fragen“ abgedruckt werden. In beiden Gestaltungen sollten wiederum der Name, die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“ und die Kontaktdaten des Beschwerdeführers hinzugefügt werden. Die Rechtsanwaltskammer teilte dem Beschwerdeführer mit, dass auch diese Werbemaßnahmen unzulässig seien und wiederholte im Wesentlichen die bereits im ersten Bescheid enthaltenen Erwägungen.

Sind diese Entscheidungen verfassungsrechtlich haltbar?

Die Entscheidungen könnten den Beschwerdeführers in seiner Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG), der Kunstfreiheit (Art. 5 III 1 GG) oder der Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 I GG) verletzen.

#### I. Verletzung der Meinungsfreiheit

*„Der Schutz des Art. 5 I 1 GG erstreckt sich **auch auf kommerzielle Meinungsäußerungen** sowie reine Wirtschaftswerbung, die einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat. Die vom Beschwerdeführer beanstandeten Entscheidungen der Rechtsanwaltskammer und der Ausgangsgerichte können zwar in die Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers eingreifen. Er hat indes nicht hinreichend dargelegt, dass dieser Eingriff verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt gewesen sei.*

*Bei § 43b BRAO handelt es sich um ein **allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 II GG**, das als Schranke der Meinungsfreiheit in Betracht kommt. Schutzzweck der Regelung ist die Sicherung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege. Mit der Stellung des Rechtsanwalts ist im Interesse des rechtsuchenden Bürgers insbesondere eine Werbung nicht vereinbar, die ein **reklamehaftes Anpreisen** in den Vordergrund stellt, mit der eigentlichen Leistung des Anwalts nichts mehr zu tun hat und sich nicht mit dem **unabdingbaren Vertrauensverhältnis im Rahmen eines Mandats** vereinbaren lässt. Es bestehen keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift, zumal der Beschwerdeführer eine solche weder geltend gemacht noch dargelegt hat.*

*Dass die Ausgangsgerichte bei der **Auslegung und Anwendung** des § 43b BRAO die **Ausstrahlungswirkung** des Grundrechts aus Art. 5 I 1 GG nicht hinreichend beachtet haben, macht der Beschwerdeführer nicht hinreichend deutlich.*

*Es begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass die Ausgangsgerichte die Rechtmäßigkeit der vom Beschwerdeführer selbst so genannten „**Werbetassen**“ am Maßstab des § 43b BRAO geprüft haben. § 43b BRAO normiert spezielle Voraussetzungen für die Zulässigkeit der **Werbung für anwaltliche Dienstleistungen**. Bei den beabsichtigten Maßnahmen des Beschwerdeführers handelt es sich - jedenfalls auch - um Werbung. Sein Vortrag, er beabsichtige mit dem Druck und der Verteilung der Tassen keine Werbemaßnahme, sondern wolle lediglich einen gesellschafts- und rechtspolitischen Diskurs anstoßen, geht offensichtlich an den Tatsachen vorbei. Überdies beschreibt der Beschwerdeführer selbst in der Begründung seiner Verfassungsbeschwerde sein beabsichtigtes Vorgehen als eine „**Werbeaktion**“, die sein **„zurückliegendes rechtspolitisches Engagement als Unterscheidungsmerkmal zu anderen Kanzleien hervorheben“** soll. Dass der Beschwerdeführer neben der Werbung unter Umständen daneben noch weitere Anliegen, etwa das Anstoßen eines gesellschaftspolitischen Diskurses, verfolgen könnte, hindert die Anwendbarkeit des § 43b BRAO nicht.*

*Hiermit setzt sich der Beschwerdeführer nicht hinreichend auseinander. Er gründet seine Behauptung eines Verfassungsverstößes letztlich allein auf die Überlegung, die Ausgangsgerichte hätten die **Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Werbung der Firma Benetton** (BVerfGE 102, 347) auch in seinem Fall anwenden müssen, ohne dabei zu berücksichtigen, dass er als Rechtsanwalt und damit als Organ der Rechtspflege bei der Werbung für seine berufliche Tätigkeit besonderen Einschränkungen aufgrund des § 43b BRAO unterliegt.“ (BVerfG aaO.)*

#### II. Verletzung der Kunstfreiheit

*„Auch die behauptete **Verletzung** seiner Kunstfreiheit macht der Beschwerdeführer **nicht hinreichend deutlich**. Ungeachtet der Frage, ob die Ausgangsgerichte überhaupt in den Schutzbereich des Art. 5 III Satz 1 GG eingegriffen haben, setzt sich der Beschwerdeführer mit einer möglichen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines etwaigen Eingriffs nicht hinreichend auseinander. Auch insoweit bezieht er sich auf Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Benetton-Werbung, ohne den **Unterschied zur Zulässigkeit der Werbung eines Rechtsanwalts** herauszuarbeiten und sich mit den unterschiedlichen Voraussetzungen auseinanderzusetzen.“ (BVerfG aaO.)*

#### III. Verletzung der Berufsfreiheit

*„Gleiches gilt für die behauptete Verletzung von Art. 12 I GG. Auch hier beachtet der Beschwerdeführer nicht, dass ihm als Rechtsanwalt durch § 43b BRAO **besondere Grenzen für die Werbung** gezogen sind, seine **freie Berufsausübung insoweit***

*also durch Gesetz beschränkt ist. Dass die Norm als solche oder im konkreten Fall ihrer Anwendung in nicht zu rechtfertigender Weise in seine Berufsfreiheit eingreifen könnte, legt der Beschwerdeführer mit seinen pauschalen, in erster Linie auf die Meinungs- und Kunstfreiheit bezogenen Ausführungen nicht hinreichend dar.“ (BVerfG aaO.)*

BNotO  
§§ 47 Nr. 1, 48a

**Anwaltsnotare  
Altersgrenze**

BerufsR

(BGH Hamburg in MDR 2015, 731; Beschluss vom 16.03.2015 – NotZ (Brfg) 10/14)

Das Amt des Notars erlischt gem. § 47 Nr. 1 BNotO bei Erreichen der Altersgrenze des § 48a BNotO auch dann kraft Gesetzes, wenn er vor Einführung dieser Altersgrenze eine Urkunde über die Bestellung als Notar für die Dauer seiner Anwaltszulassung ausgehändigt erhalten hatte.

ZPO  
§ 256

**Zulässigkeit der Feststellungsklage gegen RSV  
Verspätung der Deckungszusage**

ZPO

(BGH in NJW 2015, 1683; Hinweisbeschluss vom 04.03.2015 – IV ZR 36/14)

**Fall:** Die Kl. und das bekl. Versicherungsunternehmen streiten um Schadensersatz auf Grund einer nicht erfolgten Deckungszusage. Die Kl. unterhält bei der Bekl. eine Rechtsschutzversicherung. Es gelten die ARB-RU 2007 der Bekl. Nach § 3 I Buchst. d ARB-RU 2007 besteht kein Rechtsschutz für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen in ursächlichem Zusammenhang mit

„aa) dem Erwerb oder der Veräußerung eines zu Bauzwecken bestimmten Grundstücks,

bb) der Planung oder Errichtung eines Gebäudes oder Gebäudeteils, das sich im Eigentum oder Besitz des Versicherungsnehmers befindet oder das dieser zu erwerben oder in Besitz zu nehmen beabsichtigt,

cc) der genehmigungs- oder anzeigepflichtigen baulichen Veränderung eines Grundstücks, Gebäudes oder Gebäudeteils, das sich im Eigentum oder Besitz des Versicherungsnehmers befindet oder das dieser zu erwerben oder in Besitz zu nehmen beabsichtigt,

dd) der Beteiligung an einem geschlossenen oder offenen Immobilienfonds,

ee) der Finanzierung einer der unter aa) bis dd) genannten Vorhaben“.

Die Kl. erwarb im Januar 2008 eine Kommanditbeteiligung i.H.v. 20.000 € an der M-Fonds KG III (im Folgenden: Fonds-KG III). Dieser Fonds setzte die von ihm eingeworbenen Mittel ausschließlich für stille Beteiligungen an Projektgesellschaften ein, die im süddeutschen Raum Bauvorhaben durchführten. Die Fonds-KG III ist inzwischen insolvent. Mittelverwendungskontrolleurin war die C-Steuerberatungsgesellschaft mbH (fortan C-GmbH). Die Parteien streiten darum, ob die Beteiligung der Kl. an der Fonds-KG III eine Beteiligung an einem Immobilienfonds darstellt und ob die Rechtsangelegenheit der Kl. im Zusammenhang mit ihrer Beteiligung am Fonds steht.

Außergerichtlich verlangte die Kl. zunächst Deckungsschutz für Ansprüche gegen die Initiatorin I-KG, deren handelnden Personen und gegebenenfalls weitere Prospektverantwortliche. Die Bekl. lehnte Deckungsschutz ab und berief sich unter anderem auf § 3 I Buchst. d dd ARB-RU 2007. Daraufhin erhob die Kl. Klage auf Deckungsschutz. Weiterhin hat sie beantragt festzustellen, dass die Bekl. verpflichtet sei, ihr „den Schaden zu ersetzen, der ihr aus der verspäteten Gewährung des Deckungsschutzes nach Antrag 1 entstanden ist oder noch entstehen wird“. Ist die Feststellungsklage zulässig?

„Eine **Feststellungsklage**, mit der die Ersatzpflicht für reine Vermögensschäden festgestellt werden soll, ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH nur zulässig, wenn zumindest eine **hinreichende Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadenseintritts** besteht (BGHZ 166, 84 = NJW 2006, 830 Rn. 27 m.w.N.; zuletzt BGH, ZIP 2015, 198 = BeckRS 2015, 00471 Rn. 12). Daran fehlt es, wenn der Eintritt irgendeines Schadens noch ungewiss ist (BGH, ZIP 2014, 2150 = BeckRS 2014, 18681 Rn. 11 m.w.N.); der Kl. muss die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts substantiiert dartun.

Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt. Gegenstand des Rechtsstreits ist allein ein Rechtsschutz für Ansprüche gegen die C-GmbH. Die Kl. hat jedoch nichts dazu vorgetragen, warum ihr aus einer verzögerten Deckungszusage für die außergerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen gegen die C-GmbH ein Schaden entstehen oder entstanden sein soll.“ (BGH aaO.)

ZPO  
§ 234

**Anwaltspflichten bei Prozesskostenhilfe  
Objektive Wegfall der Bedürftigkeit**

ZivilProzR

(BGH in NJW-RR 2015, 753; Beschluss vom 23.09.2014 – II ZB 14/13)

1. Besteht das zur Fristversäumung führende Hindernis in der Mittellosigkeit der Partei, so fällt dieses dann weg, wenn sich die Vermögensverhältnisse der Partei in einer Weise ändern, dass sie objektiv in die Lage versetzt wird, die Prozesskosten aus eigenen Mitteln aufzubringen, und sie dies auch erkennt oder jedenfalls bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt erkennen könnte.
2. Der Prozessbevollmächtigte, der eine Partei in zwei Prozessen gegen denselben Prozessgegner vertritt und aufgrund eines in einem der beiden Prozesse erwirkten rechtskräftigen Titels mit einem Zahlungseingang und einer dadurch bewirkten Beseitigung der Mittellosigkeit seiner Partei rechnen kann, ist gehalten, sein Büropersonal anzuweisen, ihm einen entsprechenden, den Zahlungseingang im Parallelverfahren ausweisenden Kontoauszug unverzüglich vorzulegen.
3. Mit dem Eingang der Zahlung entfällt die Mittellosigkeit, so dass damit auch das zur Fristversäumnis führende Hindernis wegfällt.

## Steuerrecht

ESTG  
§ 20

### Gewillkürtes Betriebsvermögen Geldanlagen bei Freiberuflern

EST

(FG Niedersachsen in DB vom 18.06.2015, DB0698072; Urteil vom 03.06.2014 – 12 K 39/12)

1. **Geldgeschäfte**, die ihrer Art nach zu Einkünften i.S.d. § 20 EStG (Kapitalvermögen) führen, sind der persönlichkeitsbezogenen freiberuflichen Tätigkeit grds. wesensfremd und daher grds. getrennt von der freiberuflichen Tätigkeit zu beurteilen, insb. wenn es dem Stpfl. im Wesentlichen auf den Ertrag aus der Kapitalanlage ankommt.
2. Den Einkünften aus selbstständiger Arbeit sind sie nur zuzurechnen, wenn sie als **Hilfsgeschäft zur freiberuflichen Tätigkeit** angesehen werden können.
3. Ein solches Hilfsgeschäft kann z. B. vorliegen, wenn ein als **Sicherheit für betriebliche Schulden** verpfändetes Wertpapierdepot in seiner Verwendung so festgelegt ist, dass es aus der Sicht der kreditgebenden Bank untrennbarer Bestandteil eines Finanzierungskonzepts für den freiberuflichen Betrieb ist, das über die Verwendung des Depots als Kreditsicherheit hinausgeht.

ESTG  
§§ 8 II 9, 40 II 1 Nr. 3, 5

### Arbeitsvertragliche Zusatzleistungen Steuerliche Behandlung

EST

(FG Niedersachsen in DB vom 18.06.2015, DB0698071; Urteil vom 18.02.2015 – 9 K 64/13)

1. Verständigt sich ein Arbeitnehmer mit seinem Arbeitgeber darauf, auf zukünftig entstehende Barlohnbestandteile zugunsten des **Sachbezugs "Tankkarte"** zu verzichten, liegt eine grds. zulässige Umwandlung von Bar- zu Sachlohn zur Inanspruchnahme der Vorteile aus § 8 II 9 EStG vor.
2. Die **Pauschalversteuerung von Erholungsbeihilfen** gem. § 40 II 1 Nr. 3 EStG fordert nicht nur einen ganz bestimmten Verwendungszweck der insoweit gewährten Leistungen, nämlich die Mittelverwendung für Zwecke der Erholung, sondern auch eine **Überprüfung durch den Arbeitgeber**, dass seine Arbeitnehmer diese als Erholungsbeihilfen gewährten Leistungen tatsächlich zu diesem Zweck verwenden. Allein die "Bestätigung" des Stpfl. auf einem Vordruck, er habe die Erholungsbeihilfe für einen Jahresurlaub verwendet, reicht nicht aus, um der Arbeitgeberin die Möglichkeit der erforderlichen Überprüfung der zweckentsprechenden Mittelverwendung zu geben.
3. Zusätzlich zum **ohnein geschuldeten Arbeitslohn** i.S.d. 40 II 1 Nr. 5 EStG werden nur freiwillige Arbeitgeberleistungen erbracht.
4. Die nach § 3 Nr. 33 EStG "zusätzlich zum ohnein geschuldeten Arbeitslohn" erbrachten Leistungen des Arbeitgebers zur **Unterbringung und Betreuung von nicht schulpflichtigen Kindern** der Arbeitnehmer in Kindergärten oder vergleichbaren Einrichtungen sind nur steuerfrei, wenn der Arbeitgeber sie erbringt, **ohne dass die Arbeitnehmer darauf einen Anspruch** haben.

ESTG  
§§ 4, 5

### Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten Gerichtlich geltend gemachten Schadensersatzforderungen

ESTG

(BFH in DB 2015, 1437; Urteil vom 16.12.2014 – VIII R 45/12)

1. Bei der Bildung einer Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten ist zwischen der Wahrscheinlichkeit des **Bestehens** der Verbindlichkeit und der **Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Inanspruchnahme** hieraus zu unterscheiden, da die beiden Voraussetzungen innewohnenden Risiken unterschiedlich hoch zu bewerten sein können.
2. Der Stpfl. kann nach den Umständen des Einzelfalls nicht verpflichtet sein, eine **Rückstellung für eine ungewisse Verbindlichkeit** wegen eines gegen ihn geführten Klageverfahrens zu bilden, wenn nach einem von fachkundiger dritter Seite erstellten Gutachten sein **Unterliegen im Prozess** am Bilanzstichtag **nicht überwiegend wahrscheinlich** ist.

ESTG  
§ 3 Nr. 51

### Freiwillige Zahlungen an Notarassessoren Kein Trinkgeld

EST

(BFH in DB 2015, 1572; Urteil vom 10.03.2015 – VI R 6/14)

1. Freiwillige **Zahlungen** von Notaren an Notarassessoren **für deren Vertretungstätigkeit** sind keine Trinkgelder i.S.d. § 3 Nr. 51 EStG, sondern steuerpflichtiger Arbeitslohn.
2. Die rechtliche Ausgestaltung des Notarberufs schließt es aus, freiwillige Zahlungen von Notaren an Notarassessoren für deren Vertretung als Trinkgelder i.S.d. § 3 Nr. 51 EStG anzusehen. Es liegt insbesondere **kein Kunden- oder kundenähnliches Verhältnis** vor, wie es der Begriff des Trinkgelds, der auch § 3 Nr. 51 EStG zugrunde liegt, voraussetzt.
3. Notarassessoren gehören nicht zu der typischen Berufsgruppe, in der Arbeitnehmertrinkgelder traditionell einen **flankierenden Bestandteil der Entlohnung** darstellen.

GG  
Art. 3**Ersatzbemessungsgrundlage  
Verfassungswidrigkeit**

GrunderwerbsSt

(BVerfG in BB 2015, 2017; Beschluss vom 23.06.2015 – 1 BvL 13/11, 1 BvL 14/11)

1. Eine **gleichmäßige Belastung der Steuerpflichtigen** verlangt, dass für die von einer Steuer erfassten Wirtschaftsgüter eine Bemessungsgrundlage gefunden wird, die deren Werte in ihrer Relation realitätsgerecht abbildet.
2. Bringt der Gesetzgeber zur Bemessung der Steuer **neben einem Regelbemessungsmaßstab einen Ersatzmaßstab** zur Anwendung, muss dieser, um dem Grundsatz der Lastengleichheit (Art. 3 I GG) zu genügen, Ergebnisse erzielen, die denen der Regelbemessungsgrundlage weitgehend angenähert sind. Dem genügt die Ersatzbemessungsgrundlage des § 8 II GrEStG in Verbindung mit §§ 138 ff. BewG nicht.

ESTG  
§ 33**Zivilprozesskosten  
Außergewöhnliche Belastungen**

EST

(BFH in DB 2015, 1936; Urteil vom 18.06.2015 – VI R 17/14)

1. Die Kosten eines Zivilprozesses sind im Allgemeinen **keine außergewöhnlichen Belastungen** i.S.d. § 33 EStG (Änderung der Rechtsprechung).
2. Etwas anderes kann ausnahmsweise gelten, wenn ein Rechtsstreit einen für den Stpfl. **existenziell wichtigen Bereich oder den Kernbereich menschlichen Lebens** berührt.

„Nach nochmaliger Prüfung hält der Senat an seiner in dem Urteil vom 12.05.2011 vertretenen Auffassung nicht mehr fest. Der Senat kehrt **unter Aufgabe seiner** in dem Urteil vom 12.05.2011 **vertretenen Ansicht** zu der früheren Rechtsprechung des BFH zur Abziehbarkeit der Kosten eines Zivilprozesses als außergewöhnliche Belastung zurück. Der Senat ... ist ... der Ansicht, dass hier **schwerwiegende sachliche Gründe**, und zwar vor allem der Gesichtspunkt einer notwendigen Vereinheitlichung der Rechtsanwendung und der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, eine Änderung der Rechtsprechung des Senats gebieten.

[Die] Kosten eines Zivilprozesses [sind] grundsätzlich nur dann als zwangsläufig anzusehen, wenn auch das die Prozessführung mit der Folge der Zahlungsverpflichtung adäquat verursachende Ereignis für den Stpfl. zwangsläufig ist. Daran fehlt es im Allgemeinen bei einem Zivilprozess. Indes ist der Grundsatz, dass **Kosten eines Zivilprozesses keine außergewöhnlichen Belastungen** sind, auch schon nach bisheriger steuerlicher Rechtsprechung keine starre Regel. Vielmehr erfordert die Vielfalt der prozessualen Gestaltungen eine Berücksichtigung des jeweiligen Streitgegenstands und der Ursachen des Streits.

Berührt ein Rechtsstreit einen für den Stpfl. **existenziell wichtigen Bereich oder den Kernbereich menschlichen Lebens**, kann jener u.U. in eine Zwangslage geraten, in der für ihn die Verfolgung seiner rechtlichen Interessen trotz unsicherer Erfolgsaussichten existenziell erforderlich ist, und sich folglich die Frage stellen, ob die Übernahme eines Prozesskostenrisikos nicht insoweit als i.S.d. § 33 EStG zwangsläufig anzusehen ist. Ein solcher Ausnahmefall kann insb. dann in Betracht gezogen werden, wenn der Stpfl., ohne sich auf den Rechtsstreit einzulassen, **Gefahr liefe, seine Existenzgrundlage zu verlieren oder seine lebensnotwendigen Bedürfnisse** in dem üblichen Rahmen nicht mehr befriedigen zu können.“ (BFH aaO.)

AO  
§ 173 I Nr. 2**Elektronische Einkommensteuererklärung  
Bei schlichtem Vergessen eines Eintrags nachträglich korrigierbar**

EST

(BFH in becklink 2000379; Urteil vom 10.02.2015 - IX R 18/14)

Das **schlichte Vergessen des Übertrags** selbst ermittelter Besteuerungsgrundlagen (hier: Verlustbetrag) in die entsprechende Anlage zur Einkommensteuererklärung ist nicht **grundsätzlich grob fahrlässig** im Sinne des § 173 I Nr. 2 AO, sodass eine nachträgliche Berücksichtigung steuermindernder Tatsachen in Betracht kommt.

**Fall:** Der Kläger hatte im Jahr 2007 aus der Auflösung einer GmbH einen steuerlich berücksichtigungsfähigen Verlust erzielt, über den er seinen Steuerberater zutreffend informiert hatte. In den vom Berater gefertigten elektronischen Steuererklärungen fehlten jedoch Angaben zu diesem Verlust. Denn obwohl der Berater den Verlustbetrag persönlich berechnet hatte, vergaß er, den ermittelten Betrag in das entsprechende Feld des EDV-Programms zu übertragen. Das Finanzamt, das somit von dem Verlust keine Kenntnis erlangte, veranlagte den Kläger erklärungsgemäß. 2011 beantragte der Kläger nachträglich, den Verlust noch zu berücksichtigen. Das Finanzamt lehnte dies ab, da nach § 173 I Nr. 2 AO eine Änderung nur möglich sei, wenn den Steuerpflichtigen kein grobes Verschulden daran treffe, dass die vorgebrachten "neuen" Tatsachen, die zu einer niedrigeren Steuer führten, erst nachträglich bekannt werden. Auch wenn dem Kläger selbst im Streitfall kein schuldhaftes Handeln vorzuwerfen sei, so habe doch der steuerliche Berater des Klägers grob fahrlässig gehandelt, indem er den Übertrag des bereits berechneten Verlustbetrages in die entsprechende Anlage zur Einkommensteuererklärung schlicht "vergessen" habe.

„Der BFH stellte zunächst klar, dass der **Begriff des Verschuldens** im Sinne des § 173 I Nr. 2 AO bei elektronisch gefertigten Steuererklärungen in gleicher Weise auszulegen sei wie bei schriftlich gefertigten Erklärungen. Allerdings seien Besonderheiten der elektronischen Steuererklärung hinsichtlich ihrer Übersichtlichkeit bei der notwendigen Beurteilung des "individuellen Verschuldens" des Steuerpflichtigen oder seines Beraters ebenso zu berücksichtigen wie der Umstand, dass am Computerbildschirm ein **Überblick über die ausfüllbaren Felder der elektronischen Steuererklärung mitunter schwieriger zu erlangen** sei als in einer Steuererklärung in Papierform.

Gerade ein solches **individuelles Fehlverhalten**, für das das Finanzamt die Beweislast trage, habe das FG im Streitfall jedoch nicht festgestellt, so der BFH. Die **Nachlässigkeit**, die im Streitfall dazu geführt habe, dass der Verlust erst nachträglich bekannt wurde, habe lediglich darin bestanden, dass der **errechnete Verlustbetrag nicht in das elektronische Formular übertragen** worden war. Darin liege ein unbewusster - mechanischer - Fehler, der jederzeit bei der Verwendung eines Steuerprogramms unterlaufen könne, welches den Finanzämtern die **mechanische Erfassungsarbeit** von Steuererklärungsdaten abnehme. Solche bloßen Übertragungs- oder Eingabefehler zählten zu den Nachlässigkeiten, die üblicherweise vorkämen und mit denen immer gerechnet werden müsse. Sie seien jedenfalls dann **nicht als grob fahrlässig zu werten**, wenn sie selbst bei sorgfältiger Arbeit nicht zu vermeiden seien.“ (BFH aaO.)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Böse/Jutzi:** Vertragsabschluss durch Auktionsabbruch bei eBay (in: MDR 2015, 677)

Vom Tippfehler über das zu Boden gefallene Teeservice bis zum reizvollen „Sofort-Kauf“-Angebot neben dem eigentlichen Verkaufsangebot unter Einsparung der massiven eBay-Gebühren: Für Verkäufer auf eBay kann es viele Gründe geben, ein Auktionsangebot vor Ablauf der eigentlich geplanten Laufzeit von der Plattform zu nehmen. Der entsprechende Beitrag erläutert die rechtlichen Hintergründe und geht auf die aktuelle Rechtsprechung ein.

In den letzten Jahren erwartete den Verkäufer massives Unheil nach Ablauf der Auktion: Der zum Zeitpunkt der Angebotsbeendigung Höchstbietende bringt die persönlichen Daten des Verkäufers in Erfahrung und fordert diesen unter Angebot der Zahlung des zum Beendigungszeitpunkt geltenden Höchstgebots zur Lieferung der Ware auf. Das Problem liegt auf der Hand: Da bei eBay-Angeboten in der Regel erst innerhalb der letzten Stunden Gebote abgegeben werden, die sich dem Verkehrswert des Produktes nähern, liegt ein immenser Schaden in Form eines zu geringen Verkaufserlöses vor.

Sollte ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen sein, hätte der Käufer einen Anspruch auf Erfüllung, § 433 I BGB. Verweigert der Verkäufer dies oder läuft eine angemessene Frist zur Erfüllung ab, so kann der Käufer Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 281 BGB geltend machen, dies in Höhe der Differenz zwischen eigenem Höchstgebot und objektivem Wert des Auktionsgegenstands. Ist der Auktionsgegenstand bereits veräußert worden, bleibt es bei der identischen Rechtsfolge, dies nur aus §§ 280 I, 3, 283, 275 II BGB, falls der Erwerber lediglich zu einem grob unverhältnismäßigen Leistungsaufwand zur Rückverschaffung bereit ist.

2. **Timme:** Kündigung – Die Vorhersehbarkeit eines zukünftigen Eigenbedarfs für den Vermieter (in: ZMR 2015, 489)

Die Kündigung aufgrund Eigenbedarfs gehört zu den gerichtlichen „Klassikern“ des Mietrechts, weil insbesondere an dieser Stelle die gegenläufigen Interessen der Vertragsparteien aufeinander treffen und Kompromisse – abgesehen von etwaigen längeren Räumungsfristen – naturgemäß schwierig zu finden sind. Diesem Spielfeld fügt der BGH (BGH v. Ur. v. 04.02.2015 – VIII ZR 154/14, MDR 2015, 382) mit seiner für die amtliche Sammlung bestimmten Entscheidung nun einen wesentlichen Mosaikstein hinzu. Der Beitrag erläutert, inwiefern die Leitlinien zur „Vorhersehbarkeit eines Eigenbedarfs“ durch die aktuelle Entscheidung präzisiert worden und in welchem Umfang dem Vermieter entsprechende Aufklärungspflichten auferlegt worden sind.

3. **Blattner:** Die Zulässigkeit von Streikarbeit durch Beamte (in: BB 2015, 2037)

Die aktuelle tagespolitische Situation, die sowohl Streiks im Tarifkonflikt bei der Post als auch den siebten Streik im Tarifkonflikt bei der Deutschen Bahn beinhaltet, zeigt, dass Streiks in der Daseinsvorsorge vor allem und gezielt unbeteiligte Dritte, nämlich die Bürger, beeinträchtigen. Arbeitskämpfe auf diesen Gebieten führen vor allem zum Ausfall von wichtigen Gütern für die Bevölkerung. Gerade im Bereich der Post und der Deutschen Bahn kann sich der Arbeitgeber jedenfalls theoretisch damit behelfen, noch verbleibende Beamte zur Streikarbeit einzusetzen. Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen ein solcher Einsatz denkbar und zulässig ist.

4. **Oechsler:** Verdeckte Sachmängel beim Verbrauchsgüterkauf - die Beweislastfrage nach der Faber-Entscheidung des EuGH (in: BB 2015, 1923)

Mit seiner Entscheidung in Sachen Froukje Faber gibt der EuGH der umstrittenen Frage nach der Darlegungs- und Beweislast für verdeckte Sachmängel in § 476 BGB neue Impulse: Danach trägt der Käufer zwar grundsätzlich die Beweislast für das Vorhandensein eines Sachmangels bei Gefahrübergang, doch darf ihm die Rechtsprechung mit Beweiserleichterungen entgegenkommen. Ob und inwieweit das Beweismaß für den Käufer künftig im Einzelfall gesenkt werden kann, hängt vor allem vom Schutzzweck des vereinheitlichten Verbrauchsgüterkaufrechts ab, integrierte Konsumentenmärkte auf dem Binnenmarkt zu ermöglichen.



## II. Strafrecht

### 1. **Jungbluth:** Irrungen und Wirrungen der „Hasskriminalität“ – Zum strafprozessualen Umgang mit dem neuen § 46 II 2 StGB (in: StV 2015, 579)

Ziel des Beitrags ist es zunächst, die praktische Irrelevanz der Neuerung des § 46 II StGB durch das NSU Gesetz herauszuarbeiten. Insofern wird aufzuzeigen sein, dass – unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Probleme bei der Verfolgung rechtsextremistisch motivierter Straftaten recht offensichtlich in anderen Bereichen als jenen der Strafzumessung zu verzeichnen sind – die Gesetzesänderung im besten Fall noch als Symbolpolitik, im schlechtesten Fall aber als politisches Ablenkungsmanöver vom Kern der eigentlichen Problematik zu werten ist. In diesem Zusammenhang wird in rechtsdogmatischer Hinsicht zudem die Frage gestellt werden, ob mit der Novellierung des § 46 II StGB den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ziele und Zwecke des Strafrechts noch entsprochen wird. Im Anschluss hieran soll versucht werden, insbes. vor dem Hintergrund der aufzuzeigenden straf- und verfassungsdogmatischen Verwerfungen der Norm, eine sachgerechte Verteidigungsstrategie für den Strafprozess zu entwickeln. Abschließend werden zudem besondere Problemstellungen und Gefahren der novellierten Vorschrift im Hinblick auf strafprozessuale Verständigungen beleuchtet werden.

### 2. **Zerbes/E-Ghazi:** Rechtsschutz im Adhäsionsverfahren und Zugriff auf Computer: Von der gegenständlichen zur virtuellen Durchsuchung (in: StV 2015, 425)

Die Durchsuchungs- und Sicherstellungsbefugnisse der StPO wurden ihrer Entstehungszeit entsprechend auf Handfestes zugeschnitten: Durchsucht werden Wohnungen, Räume und Personen; sichergestellt und beschlagnahmt werden Gegenstände; durchgesehen werden Papiere.

Das genügt nicht mehr. Elektronisch verarbeitete Daten sind als Beweismittel nicht mehr wegzudenken. Aber auch sie sind letzten Endes auf gegenständlichen Speichermedien gespeichert, wenn auch mitunter der Zugriff darauf von anderen Speichermedien aus erfolgen kann. Die übergeordnete Frage, die im folgenden Text aufgeworfen wird, betrifft daher diesen Schritt vom Gegenstand – z. B. vom Computer – zu den eigentlich interessierenden Daten, die auf ihm selbst gespeichert sind oder die über ihn zugänglich gemacht werden: Wie weit reichen die Befugnisse der Ermittlungsbehörden, die bei einer Durchsuchung einen Computer oder ein sonstiges Speichermedium finden, auf dem sie den Zugang zu beweisheblichen Daten vermuten?

Im Mittelpunkt der Beantwortung, soviel sei vorweggenommen, steht freilich der gerade für diese Situation eingeführte § 110 III StPO. Seine Reichweite wird im Folgenden anhand jener Parameter bestimmt, die für die traditionellen, auf Gegenstände bezogenen Ermittlungsmaßnahmen entwickelt wurden: Warum sollte der Zugriff auf virtuell verfügbares Material weiter oder weniger weit gehen dürfen als der Zugriff auf Sachen? Wie im materiellen Recht (Stichwort „Computerbetrug“, § 263 a StGB, und dergleichen) ist auch im Prozessrecht eine Übersetzung der traditionellen Grenzen in die virtuelle Welt zu leisten. Der Beitrag stellt den Rechtsschutz im Adhäsionsverfahren und nach dessen Abschluss unter besonderer Berücksichtigung zivilprozessualer Rechtsbehelfe dar.

## III. Öffentliches Recht

### 1. **Kirchberg:** Zur Problematik gebietsfremder Vorhaben nach der BauNVO (in: VBIBW. 2015, 225)

Die aktuellen Probleme mit der Unterbringung von Flüchtlingen durch die dazu verpflichteten Kommunen und Landkreise, insbesondere etwa die Inanspruchnahme leer stehender Gebäulichkeiten in Gewerbegebieten für diese Zwecke und die sich daraus ergebenden Friktionen, haben wieder einmal schlaglichtartig die mangelnde Flexibilität der Baugebietstypologie der BauNVO vor Augen geführt. Wesentlicher Grund und zugleich Motor dieser Entwicklung ist die Rechtsprechung zum grundsätzlich störungsabhängigen Gebietsschutz bzw. Gebietserhaltungsanspruch. Aktuelle Initiativen zur Durchbrechung dieser Entwicklung sind verpufft. Soweit nicht der Gesetzgeber punktuell tätig geworden ist oder tätig wird, obliegt es danach weiterhin den plangebenden Gemeinden und den Rechtsanwendern auf allen Ebenen, im konkreten Fall die Spielräume für eine flexible und für den Gedanken der Nutzungsdurchmischten Stadt offenen Handhabung der BauNVO auszuloten und auszunutzen.

### 2. **Mager/Fischer:** Vom Wert des Repräsentationsprinzips (in: VBIBW 2015, 313)

Zur Beantwortung der Frage ist zunächst der Entscheidung des Repräsentationsprinzips auf den Grund zu gehen. Den Begriff verwendete erstmals das OVG Berlin in einem Beschluss aus dem Jahre 1988. Kläger war ein Blumengroßhändler, der das von ihm genutzte Grundstück vom Land Berlin gemietet hatte. Das Land wollte auf dem ebenfalls in seinem Eigentum stehenden Nachbargrundstück

eine Schule errichten, wodurch der Blumengroßhändler seine Expansionsmöglichkeiten beeinträchtigt sah.

3. **Gusy:** Neutralität staatlicher Öffentlichkeitsarbeit – Voraussetzungen und Grenzen (in: NVwZ 2015, 700)

Neue Entscheidungen des BVerfG und des RhPfVerfGH zu öffentlichen Äußerungen höchster Amtsträger in Wahlkampfzeiten sind die weithin sichtbare Spitze einer Vielzahl von Verfahren zum Thema „Neutralität“ staatlicher Öffentlichkeitsarbeit. Sie stellen die grundsätzlichen Fragen: Welche Neutralitätsgebote enthält das geltende Recht für Äußerungen im Amt? Und was sind ihre Voraussetzungen und Grenzen? Mit diesen Fragen beschäftigt sich der vorliegende Beitrag

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

1. **Moosheimer:** Der Hausgeldschuldner und die Titulierung gegen diesen, insbesondere nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Teil 1) (ZMR 2015, 350)

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Bestimmung des richtigen Schuldners und die Titulierung von Hausgeldansprüchen einer Wohnungseigentümergeinschaft. Die vorgelagerte Frage der Begründung von derartigen Ansprüchen wird dagegen nicht behandelt.

Schwerpunkt sind dabei nach einer kurzen Darstellung der Grundlagen zu Hausgeldansprüchen insbesondere die neueren Entscheidungen des BGH zum Thema. Diese befassen sich vor allem mit der Auswahl des richtigen Anspruchsgegners in Sonderfällen und außerdem mit der Titulierung solcher Forderungen. Fragen der Zwangsvollstreckung bleiben ausgespart.

2. **Fellner:** Prozesskostenhilfverfahren – Beiordnung eines auswärtigen Anwalts (in: MDR 2015, 867)

Eine bedürftige Partei hat nach § 121 I und II ZPO im Rahmen eines Prozesskostenhilfverfahrens einen Anspruch darauf, dass ihr bei Bewilligung von Prozesskostenhilfe der Anwalt ihrer Wahl, das heißt der Anwalt ihres Vertrauens, beigeordnet wird, sofern dieser zur Vertretung bereit ist.

Diese gesetzliche Vorgabe lässt sich leicht umsetzen, wenn die bedürftige Partei und der vertretungsbereite Anwalt ihrer Wahl den Wohnsitz bzw. den Kanzleisitz in dem Bezirk des Prozessgerichts haben. Problematischer ist es, wenn die bedürftige Partei ihren Wohnsitz nicht im Bezirk des Prozessgerichts hat und sie mit dem vertretungsbereiten Anwalt ihrer Wahl mit Kanzleisitz im Bezirk des Prozessgerichts vor dem Prozess ein vorbereitendes Gespräch führen möchte. Der Beitrag erläutert die verschiedenen Möglichkeiten und ihre Bedingungen.

3. **Huff:** Die unsachliche Werbung von Rechtsanwälten – Eine Bestandsaufnahme (in: BRAK-Mitteilungen 2015, 158)

Im Rahmen des Verfahrens der Rechtsanwaltskammer Köln gegen eines ihrer Mitglieder, das mittlerweile unter dem Namen „Schockwerbung“ bekannt geworden ist, wurde die verfassungsrechtliche Frage aufgeworfen, ob die Regelung des § 43b BRAO, die die Werbung des Rechtsanwalts auf eine „sachliche Werbung“ beschränkt, heute noch verfassungsgemäß ist. Sowohl der Anwaltssenat des BGH als auch das BVerfG gehen immer noch davon aus, dass die die Berufsfreiheit des Art. 12 GG einschränkende Regelung des § 43b BRAO aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls verfassungsgemäß ist. Damit wurde allen Überlegungen, dass nur noch das UWG Anwendung finden kann, eine klare Absage erteilt. Prüfungsmaßstab für Werbemaßnahmen des Rechtsanwalts ist damit weiterhin die Vorschrift des § 43b BRAO unter Umständen i.V.m. den Vorschriften der BORA und des UWG, hier insbesondere der §§ 3, 5 UWG.

4. **Jungk, Chab, Grams:** Pflichten und Haftung der Anwalts – Eine Rechtsprechungsübersicht (in: BRAK-Mitteilungen 2015, 164)

Der bei Übernahme der Geschäfte einer zunächst fortbestehenden Rechtsanwalts-GmbH durch eine Partnerschaftsgesellschaft vereinbarte Haftungsausschluss ist in das Handelsregister einzutragen. Diese an sich rein registerrechtliche Entscheidung soll hier Anlass zu einem Blick auf die Haftungssituation bei Rechtsformwechseln in Anwaltskanzleien geben. Rechtsformwechsel kommen seit der Zulassung neuer Gesellschaftsformen nicht selten vor.

# 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



