



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

40. Jahrg.

Mai 2015

Heft 05

---

## Aus dem Inhalt

- BGH:** Schockschaden wegen Unfalltodes naher Angehöriger
- BGH:** Verzugskündigung bei Sozialleistungsbezug
- BGH:** Fehlgeschlagener, unbeendeter und beendeter Versuch
- VGH Mannheim:** Allgemeiner öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch
- BVerfG:** Strafverfolgungsanspruch Dritter
- OVG Münster:** Feststellungsklage wegen E-Zigarette
- OVG Lüneburg:** Verwirkung des Antragsrechts

ISSN 1868 – 1514



#### **Impressum:**

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

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

#### **Verantwortliche Redakteurin:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

**Bezugspreise:** vierteljährlich 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten  
Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Inkrafttreten der Ordnungswidrigkeitenvorschriften der Energieeinsparverordnung.....	1
--	---

### Brandaktuell

BGH: Verbundenes Geschäft (Verbraucherdarlehensvertrag und Kapitallebensversicherung).....	3
---	---

### Zivilrecht

BGH: Schockschaden wegen Unfalltodes naher Angehöriger (Anforderungen an den Nachweis).....	4
BGH: Verzugskündigung bei Sozialleistungsbezug (Vertretenmüssen des Mieters).....	6

### Strafrecht

BGH: Versuchsabgrenzungen (Fehlgeschlagener, unbeendeter und beendeter Versuch).....	9
BGH: Tatprovokation (Rechtsstaatswidrigkeit hindert nicht zwingend Verurteilung).....	11

### Öffentliches Recht

VGH Mannheim: Allgemeiner öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch (Lärmbelästigung durch Bolzplatz).....	15
BVerwG: Abschleppmaßnahme (Verbotswidrig an Taxenstand abgestelltes Fahrzeug).....	19

### Kurzauslese I

BAG: Benachteiligung wegen des Geschlechts (Pflicht zur Entschädigung).....	22
OLG Hamm: Widerruf eines Verbraucherdarlehens (Fehlen einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung).....	23
BGH: Schwere Vergewaltigung (Kopfkissen als gefährliches Werkzeug).....	24
BGH: Kein Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (Bei bloßer Flucht vor der Polizei).....	24
BGH: Ausnutzen der nötigen Wirkungen (Kein Raub, wenn Nötigung anders motiviert).....	25
BAG: Verbot des Tragens eines islamischen Kopftuchs (Während der Arbeitszeit in christlicher Einrichtung).....	26

### Zivilrecht

BGH: Insolvenzanfechtung (Vorsatz bei bargeschäftsähnlichem Leistungsaustausch).....	27
OLG Hamm: Annahmeanordnung der Hinterlegungsstelle (Prüfungspflicht und Rechtsschutzmöglichkeiten).....	31

## **Strafrecht**

BVerfG:	Klageerzwingungsverfahren (Strafverfolgungsanspruch Dritter).....	33
---------	--	----

## **Öffentliches Recht**

OVG Münster:	Feststellungsklage wegen E-Zigarette (Nicht vom Nichtraucherschutz umfasst).....	36
OVG Lüneburg:	Verwirkung des Antragsrechts (Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung).....	40

## **Kurzauslese II**

BGH:	Verzicht auf Sachverständigengutachten (Anforderungen an Nachweis besonderer Sachkunde des Tatrichters).....	43
OLG Nürnberg:	Rückabwicklung einer strafprozessualen Beschlagnahme (Mitgewahrsam mehrerer Personen).....	44
OLG Hamm:	Strafmaß bei Bagatelldelikten (Auch nicht nur kurzfristige Freiheitsstrafe).....	45
VGH Mannheim:	Begründung eines Verwaltungsakts (Ermessenserwägungen).....	46
BGH:	Zuständigkeit der Bundespolizei für Abschiebungshaft (Aufgreifen im grenznahen Raum).....	46
BVerfG:	Organstreitverfahren (Öffentlichkeitsarbeit der FDP).....	47

## **Speziell für Rechtsanwälte und Notare**

### **Gebühren und Kosten**

BGH:	Verkehrsanwalt im Revisionsverfahren (Erstattungsfähigkeit der Kosten).....	48
VGH München:	Kein neuer Gebührenanspruch des Anwalts (nach zweijähriger Verfahrensunterbrechung).....	49
OVG Berlin-Bbg:	Zuziehung eines Bevollmächtigten (Notwendigkeit im Vorverfahren).....	50
OLG Koblenz:	Differenzgebühren bei Mehrvergleich (Nach Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe).....	51

### **Aus der Praxis**

BGH:	Ehrenamtliche Tätigkeit im Beschwerdeausschuss (Sozietäterstreckung des Tätigkeitsverbots).....	52
BGH:	BGH-Anwaltszwang (Nicht für Kostenantrag).....	53
BGH:	Vorschnelles Aufgeben von Faxzustellversuchen (Belegung der gerichtlichen Telefonleitung).....	53

## **Steuerrecht**

BAG:	Unterlassene Pauschalbesteuerung (Bei geringfügiger Beschäftigung).....	55
------	--	----

## Inhaltsverzeichnis

---

BFH:	Verlustvortrag (Gesonderte Feststellung erforderlich).....	56
BFH:	Billigkeitserlass (Auch nicht bei europarechtswidrigem Urteil).....	57
	<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	58



## Aus der Gesetzgebung

### **Inkrafttreten der Ordnungswidrigkeitenvorschriften der Energieeinsparverordnung (EnEV2014) vom 21.11.2013 (BGBl. I, S. 3951)**

Mit dem Beschluss der Bundesregierung vom 16.10.2013, die vom Bundesrat geforderten Änderungen an der Novellierung der Energieeinsparverordnung zu übernehmen, wurde das Verordnungsgebungsverfahren erfolgreich abgeschlossen. Die novellierte EnEV tritt sechs Monate nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft.

- Einführung der Pflicht zur Angabe energetischer Kennwerte in Immobilienanzeigen bei Verkauf und Vermietung: Auf Wunsch des Bundesrates ist Teil dieser Pflicht nun auch die Angabe der Energieeffizienzklasse. Diese umfasst die Klassen A+ bis H. Die Regelung betrifft allerdings nur neue Energieausweise für Wohngebäude, die nach dem Inkrafttreten der Neuregelung ausgestellt werden. Das heißt: Liegt für das zum Verkauf oder zur Vermietung anstehende Wohngebäude ein gültiger Energieausweis nach bisherigem Recht, also ohne Angabe einer Energieeffizienzklasse, vor, besteht keine Pflicht zur Angabe einer Klasse in der Immobilienanzeige. Auf diese Weise können sich die Energieeffizienzklassen nach und nach am Markt etablieren.
- Präzisierung der bestehenden Pflicht zur Vorlage des Energieausweises gegenüber potenziellen Käufern und Mietern: Bisher war vorgeschrieben, dass Energieausweise „zugänglich“ gemacht werden müssen. Nun wird präzisierend festgelegt, dass dies zum Zeitpunkt der Besichtigung des Kauf- bzw. Mietobjekts geschehen muss.
- Darüber hinaus muss der Energieausweis nun auch an den Käufer oder neuen Mieter ausgehändigt werden (Kopie oder Original).
- Einführung der Pflicht zum Aushang von Energieausweisen in bestimmten Gebäuden mit starkem Publikumsverkehr, der nicht auf einer behördlichen Nutzung beruht, wenn bereits ein Energieausweis vorliegt. Davon betroffen sind z.B.: größere Läden, Hotels, Kaufhäuser, Restaurants oder Banken.
- Erweiterung der bestehenden Pflicht der öffentlichen Hand zum Aushang von Energieausweisen in behördlich genutzten Gebäuden mit starkem Publikumsverkehr auf kleinere Gebäude (mehr als 500 qm, bzw. ab Juli 2015 mehr als 250 qm Nutzfläche mit starkem Publikumsverkehr).

Seit dem 01.05.2015 ist nunmehr auch der Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 27 II Nr. 6 EnEV 2014 in Kraft. Machen Vermieter oder Verkäufer die erforderlichen Angaben in Immobilienanzeigen nicht, so handeln sie ordnungswidrig und müssen mit einem Bußgeld von bis zu 15.000 € rechnen.

## **Assistierte Ausbildung – Änderung des § 130 SGB III**

Fassung aufgrund des Fünften Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 15.04.2015 (BGBl. I S. 583) m.W.v. 01.05.2015.

### **I. Regelungszweck**

Trotz des Fachkräftemangels in Deutschland ist es vielen Jugendlichen nicht möglich, eine Berufsausbildung zu absolvieren. Dies scheint insofern widersprüchlich, da viele Betriebe Schwierigkeiten haben, ihre Ausbildungsplätze zu besetzen.

Zu erklären ist dies durch die oft (zu) hohen Ansprüche der Unternehmen an die Bewerber.

Jugendliche mit Vermittlungshemmnissen haben häufig keine Chance, oder können die Ansprüche während der Ausbildung nicht erfüllen. Zudem scheuen sich Betriebe, diese Jugendlichen einzustellen. Um die Lücke zu schließen, die zwischen dem Bedarf der Ausbildungsbetriebe und den Bewerber/innen besteht, könnte die assistierte Ausbildung ein gutes Konzept sein.

Dies sieht vor, dass die Bildungsträger in Form der Assistierten Ausbildung eine neue Rolle übernehmen und sowohl als Ansprechpartner für die Unternehmen, als auch für die Azubis fungieren.

Im Rahmen der "Allianz für Ausbildung" sollen im Ausbildungsjahr 2015/2016 bis zu 10.000 Plätze für benachteiligte junge Menschen geschaffen werden. Finanziert werden die Maßnahmen von der Bundesagentur für Arbeit.

### **II. Leistungen der assistierten Ausbildung**

Die assistierte Ausbildung besteht aus mehreren Leistungen, die bereits vor Ausbildungsbeginn einsetzen:

Die potentiellen Azubis werden bereits während der Schulzeit auf mögliche Ausbildungsberufe vorbereitet und erhalten Unterstützung im Bewerbungstraining.

Auch während einer Ausbildung wird die Leistung der assistierten Ausbildung fortgesetzt und der Bildungsträger ist in der Ausbildung durch individuelle Beratung und Hilfe für den Azubi präsent.

Eine weitere Leistung der Assistierten Ausbildung: Die Betriebe erhalten Unterstützung im pädagogischen Bereich, wodurch die Kommunikation und Arbeit mit den Jugendlichen erleichtert werden soll. Zudem werden Betriebe bei der Bewerberauswahl unterstützt und können bei Bedarf auf zusätzliche Beratung durch die Bildungsträger bauen.

## Brandaktuell

BGB

### Verbundenes Geschäft

SR BT

§ 253 II BGB

### Verbraucherdarlehensvertrag und Kapitallebensversicherung

(BGH in Fachnews becklink 1038587; Urteil vom 05.05.2015 – XI ZR 406/13)

Ein endfälliger Darlehensvertrag, auf den der Darlehensnehmer während der Laufzeit nur Zinsen an den Darlehensgeber zahlt, und ein im Zusammenhang damit abgeschlossener Vertrag über eine Kapitallebensversicherung, mit der das Darlehen bei Fälligkeit getilgt werden soll, bilden keine verbundenen Verträge im Sinne des § 358 III 1 BGB, wenn die Versicherungsprämie nicht in Form einer Einmalzahlung zu entrichten ist, die ganz oder teilweise durch das Darlehen finanziert wird.

**Fall:** Die Klägerin begehrt von der beklagten Bank Rückabwicklung eines von ihr widerrufenen Darlehensvertrags unter Einbeziehung einer tilgungsersetzenden Kapitallebensversicherung. Die Klägerin hatte im Oktober 2002 mit der Bank einen Vertrag über ein endfälliges Darlehen geschlossen, das am Ende der Laufzeit über eine daneben abgeschlossene Lebensversicherung getilgt werden sollte. Die Rechte aus der Lebensversicherung trat die Klägerin zur Sicherheit an die Bank ab. Per Anwalt ließ die Klägerin ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung gegenüber der Beklagten später widerrufen und erklärte zugleich den Widerruf ihrer Vertragserklärung aus dem Versicherungsvertrag.

Das Landgericht hat der auf Rückabwicklung des Darlehensvertrags gerichteten Klage überwiegend stattgeben und festgestellt, dass der Bank aus dem mit der Klägerin geschlossenen Darlehensvertrag keine Ansprüche mehr zustehen und sich der Darlehensvertrag mit Zugang der Widerrufserklärung in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt hat. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin über ihr erstinstanzliches Begehren hinaus die Feststellung begehrt, die Beklagte sei auch zur Rückabwicklung des Lebensversicherungsvertrags verpflichtet, und die Rückerstattung der auf das Darlehen gezahlten Zinsraten sowie der geleisteten Lebensversicherungsprämien verlangt. Das OLG Celle hat die Berufung hinsichtlich der Rückabwicklung des Lebensversicherungsvertrags zurückgewiesen

Fraglich ist hier, ob die Klägerin auch den Vertrag über die Lebensversicherung widerrufen konnte. Dies kommt nur dann in Betracht, wenn es sich bei dem endfälligen Darlehensvertrag und dem Vertrag über die Kapitallebensversicherung um ein verbundenes Geschäft nach § 358 III BGB gehandelt hat.

#### I. Verbraucherdarlehensvertrag, § 491 BGB

**Darlehensvertrag** ist ein Vertrag, durch den ein Darlehensgeber einem Darlehensnehmereinen Geldbetrag zur Verfügung stellt und dafür den vereinbarten Zins erhält. Um ein Verbraucherdarlehen handelt es sich dabei, wenn der **Darlehensgeber Unternehmer** im Sinne des § 14 BGB ist und der **Darlehensnehmer Verbraucher** nach § 13 BGB.

#### II. Verbundenes Geschäft, § 358 III BGB

Zunächst muss es sich bei dem Verbraucherdarlehensvertrag überhaupt um ein verbundenes Geschäft i.S.d. § 358 III BGB handeln. Ein solches ist anzunehmen, wenn das **Darlehen der Finanzierung des anderen Vertrags dient** und die Verträge eine **wirtschaftliche Einheit** bilden, was nach § 358 III 2 BGB anzunehmen ist, wenn bei Finanzierung durch einen Dritten dieser sich bei der **Vorbereitung oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrages der Mitwirkung des Unternehmers**, und damit des Vertragspartners des Verbrauchers aus dem zu finanzierenden Geschäft, bedient.

In unmittelbarer Anwendung passt dies nicht auf das Verhältnis von Darlehensvertrag und finanzierender Kapitallebensversicherung. Der BGH hat auch eine analoge Anwendung abgelehnt.

*„Denn § 358 III 1 BGB setzte voraus, so der BGH, dass erstens das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und dass zweitens beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Werde die Versicherungsprämie nicht aus dem Darlehen finanziert, fehle bereits die erste dieser beiden Voraussetzungen. In diesem Fall diene nicht das Darlehen der Finanzierung des Kapitallebensversicherungsvertrags, sondern die aus anderen Mitteln anzusparende Versicherungssumme diene der Tilgung des Verbraucherdarlehens. Diese Konstellation werde von § 358 III BGB nicht erfasst. Der BGH stellte hier zudem klar, dass in diesem Fall auch eine analoge Anwendung des § 358 BGB nicht in Betracht komme.“ (BGH aaO.)*

## Entscheidungen materielles Recht

**BGB**                      **Schockschaden wegen Unfalltodes naher Angehöriger**                      **SR BT**  
**§ 253 II BGB**                      **Anforderungen an den Nachweis**

(BGH in FamRZ 2015, 651; Urteil vom 27.01.2015 – VI ZR 548/12)

Bei der Beurteilung der Frage, ob **psychische Beeinträchtigungen infolge des Unfalltodes naher Angehöriger** eine Gesundheitsverletzung im Sinne des § 823 I BGB darstellen, kommt dem Umstand maßgebliche Bedeutung zu, ob die Beeinträchtigungen auf die **direkte Beteiligung des „Schockgeschädigten“** an dem Unfall oder das Miterleben des Unfalls zurückzuführen oder ob sie durch den Erhalt einer Unfallnachricht ausgelöst worden sind.

**Fall:** Der Kl. nimmt den beklagten Haftpflichtversicherer auf Ersatz immateriellen Schadens aus einem Verkehrsunfall in Anspruch.

Am 29.04.2007 gegen 15.20 Uhr befuhr Herr W mit dem bei der Bekl. versicherten Fahrzeug die V. Straße in A. Hierbei überschritt er die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 70 km/h um mindestens 58 km/h. Er war darüber hinaus in erheblichem Maße alkoholisiert. Nach einer langgezogenen Linkskurve kam Herr W von der Fahrbahn ab und geriet auf die Gegenfahrbahn, wo ihm der Kl. und – hinter diesem – dessen Ehefrau auf Motorrädern mit einer Geschwindigkeit von 50 km/h entgegenkamen. Herr W. verfehlte den Kl. nur knapp und erfasste dessen Ehefrau, die bei der Kollision tödliche Verletzungen davontrug. Der Kl. begab sich infolge des Unfalls in ärztliche Behandlung bei seinem Hausarzt Dr. F. Dieser diagnostizierte eine akute Belastungsreaktion nach ICD F43.9 G. Im Februar 2008 zog der Kl. aus der vormaligen Familienwohnung aus. Seinen Beruf als Lkw-Fahrer gab er auf und wechselte in den Innendienst. Die Bekl. begehrt ein Schmerzensgeld von 12.000 €.

Er macht geltend, er habe bei dem Unfall einen schweren Schock erlitten, da er miterlebt habe, wie seine Frau bei einem brutalen Verkehrsunfall getötet und er selbst nur um Haaresbreite verfehlt worden sei. Besteht ein Anspruch auf Zahlung eines Schmerzensgeldes?

Ein solcher Anspruch des Kl. könnte sich aus § 823 I, § 253 II BGB, § 7 I, § 11 S. 2 StVG, § 115 I 1 Nr. 1 VVG ergeben.

Es stellt sich die Frage, ob dem Kl., der bei dem Unfall selbst nicht unmittelbar verletzt wurde, überhaupt ein Schmerzensgeldanspruch wegen des Todes seiner Frau zustehen kann.

### I. Organische Ursache nicht erforderlich

Ein Schmerzensgeldanspruch aus § 823 I, § 253 II BGB, § 7 I, § 11 S. 2 StVG, § 115 I 1 Nr. 1 VVG setzt eine Körperverletzung oder eine Gesundheitsbeschädigung voraus.

*„[Durch] ein Unfallgeschehen ausgelöste, **traumatisch bedingte psychische Störungen** von Krankheitswert können eine Gesundheitsverletzung im Sinne des § 823 I BGB darstellen (vgl. Senatsurt. v. 22.05.2007 – VI ZR 17/06, r+s 2007, 388; v. 30.04.1996 – VI ZR 55/95, r+s 1996, 303; v. 16.01.2001 – VI ZR 381/99, r+s 2001, 147; v. 12.11.1985 – VI ZR 103/84, r+s 1986, 68). Der Senat hat wiederholt ausgesprochen, dass die Schadenersatzpflicht für psychische Auswirkungen einer Verletzungshandlung **nicht voraussetzt**, dass sie eine **organische Ursache** haben; es genügt vielmehr grundsätzlich die hinreichende Gewissheit, dass die psychisch bedingte Gesundheitsschädigung ohne die Verletzungshandlung nicht aufgetreten wäre (Senatsurt. v. 30.04.1996 – VI ZR 55/95, r+s 1996, 303; v. 04.04.1989 – VI ZR 97/88, NJW 1989, 2317; v. 09.04.1991 – VI ZR 106/90, r+s 1991, 301; v. 02.10.1990 – VI ZR 353/89, r+s 1991, 21, jeweils m.w.N.).“ (BGH aaO.)*

### II. Grad der psychischen Beeinträchtigung

Ein Anspruch auf Schmerzensgeld kommt aber nicht bereits als Ausgleich für seelische Schmerzen oder Trauer in Betracht, sondern nur, wenn die psychischen Beeinträchtigungen des Betroffenen infolge des Unfalltodes eines nahen Angehörigen nach Art und Schwere deutlich über das hinausgehen, was dem Getöteten nahestehende Personen erfahrungsgemäß an seelischem Schmerz erleiden.

*„[**Seelische**] Erschütterungen wie Trauer und seelischer Schmerz, denen Hinterbliebene beim (Unfall)Tod eines Angehörigen erfahrungsgemäß ausgesetzt sind, [begründen] auch dann nicht ohne Weiteres eine Gesundheitsverletzung im Sinne des § 823 I BGB, wenn sie **von Störungen der physiologischen Abläufe begleitet** werden und für die körperliche Befindlichkeit medizinisch relevant sind. Der Senat hat dies damit begründet, dass die Anerkennung solcher Beeinträchtigungen als Gesundheitsverletzung im Sinne des § 823 I BGB der Absicht des Gesetzgebers widerspräche, die Deliktshaftung gerade in § 823 I BGB sowohl nach den Schutzgütern als auch*

den durch sie gesetzten Verhaltenspflichten auf klar umrissene Tatbestände zu beschränken und Beeinträchtigungen, die auf die Rechtsgutverletzung eines anderen bei Dritten zurückzuführen sind, soweit diese **nicht selbst in ihren eigenen Schutzgütern** betroffen sind, mit Ausnahme der §§ 844, 845 BGB ersatzlos zu lassen (vgl. Senatsurt. v. 11.05.1971 – VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163, 164 ff.; v. 31.01.1984 – VI ZR 56/82, NJW 1984, 1405; v. 04.04.1989 – VI ZR 97/88, NJW 1989, 2317). Psychische Beeinträchtigungen infolge des Todes naher Angehöriger, mögen sie auch für die körperliche Befindlichkeit medizinisch relevant sein, können vielmehr **nur dann als Gesundheitsverletzung** im Sinne des § 823 I BGB angesehen werden, wenn sie **pathologisch fassbar** sind und über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgehen, denen Hinterbliebene bei der Benachrichtigung vom tödlichen Unfall eines Angehörigen erfahrungsgemäß ausgesetzt sind (vgl. Senatsurt. v. 13.01.1976 – VI ZR 58/74, NJW 1976, 673; v. 31.01.1984 – VI ZR 56/82, NJW 1984, 1405; v. 04.04.1989 – VI ZR 97/88, NJW 1989, 2317; v. 06.02.2007 – VI ZR 55/06, r+s 2007, 307; v. 20.03.2012 – VI ZR 114/11, r+s 2012, 412; ablehnend: Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearb. 2005, § 249 Rn. 46; MüKo-BGB/Oetker, 6. Aufl., § 249 Rn. 148, 151; MüKo-BGB/Wagner, 6. Aufl., § 823 Rn. 144, jeweils m.w.N.).“ (BGH aaO.)

### III. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze im vorliegenden Fall von einer Gesundheitsverletzung ausgegangen werden kann.

„Nach den Feststellungen des BG hatte Dr. F beim Kl. eine akute Belastungsreaktion nach ICD F43.9 G festgestellt. Bei der ICD handelt es sich um die Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems). Die Untergruppe F40-F48 befasst sich dabei mit neurotischen, Belastungs- und somatoformen Störungen. Gegenstand des Unterabschnitts F43 sind Reaktionen auf schwere Belastungen und Anpassungsstörungen, die als **direkte Folge einer akuten schweren Belastung** oder eines kontinuierlichen Traumas entstehen, erfolgreiche Bewältigungsstrategien behindern und aus diesem Grunde zu Problemen der sozialen Funktionsfähigkeit führen (vgl. <https://www.dimdi.de/static/de/klassi/icd-10-gm/index.htm>, abgerufen am 13.01.2015). Wie das BG weiter festgestellt hat, sah sich der Kl. **infolge der Eindrücke aus dem Unfallgeschehen** veranlasst, aus der in seinem Eigentum stehenden ehelichen Wohnung auszuziehen und seinen Beruf als Lkw-Fahrer aufzugeben. Nach dem mangels gegenteiliger Feststellungen revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachvortrag des Kl. hatte ihm sein Arzt zu dem Wohnungswechsel geraten, um die Bedingungen der psychischen Verarbeitung des Unfallereignisses zu verbessern. Der Kl. musste seinen **Beruf aufgeben**, weil er unter **fortdauernden Angstzuständen, Schweißausbrüchen** und Zittern im Straßenverkehr leidet und deshalb nicht mehr in der Lage ist, ein Fahrzeug zu führen. Auch auf das Motorradfahren muss der Kl. verzichten. Diese Beeinträchtigungen gehen aber **deutlich über die gesundheitlichen Auswirkungen** hinaus, denen Hinterbliebene bei der Benachrichtigung vom Unfalltod eines Angehörigen erfahrungsgemäß ausgesetzt sind.“ (BGH aaO.)

Zudem ist zu berücksichtigen, dass dem Umstand maßgebliche Bedeutung beizumessen ist, ob die von dem „Schockgeschädigten“ geltend gemachten psychischen Beeinträchtigungen auf seine direkte Beteiligung an einem Unfall oder das Miterleben eines Unfalls zurückzuführen oder ob sie durch den Erhalt einer Unfallnachricht ausgelöst worden sind (vgl. Senatsurt. v. 11.05.1971 – VI ZR 78/70, NJW 1971, 1883; v. 22.05.2007 – VI ZR 17/06, r+s 2007, 388; v. 12.11.1985 – VI ZR 103/84, r+s 1986, 68; v. 16.01.2001 – VI ZR 381/99, r+s 2001, 147).

„So hat der Senat die Haftung des Schädigers für psychisch vermittelte Gesundheitsstörungen in den Fällen für zweifelsfrei gegeben erachtet, in denen der Geschädigte am Unfall direkt beteiligt war und dieser das Unfallgeschehen psychisch nicht verkraften konnte (vgl. Senatsurt. v. 12.11.1985 – VI ZR 103/84, r+s 1986, 68; v. 22.05.2007 – VI ZR 17/06, r+s 2007, 388). Die Revision macht zu Recht geltend, dass der Kl. nach den getroffenen Feststellungen nicht lediglich vom Tod seiner Ehefrau benachrichtigt wurde und deshalb einen tief empfundenen Trauerfall bewältigen musste, sondern den **tödlichen Unfall seiner Ehefrau unmittelbar miterlebt** hat; darüber hinaus war er selbst dem Unfallgeschehen ausgesetzt und **durch das grob verkehrswidrige Verhalten des W. gefährdet**. Nach dem mangels gegenteiliger Feststellungen revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Vortrag des Kl. hatte dieser, nachdem ihn das bei der Bekl. versicherte Fahrzeug **um Haaresbreite verfehlt** hatte, in den Rückspiegel geblickt und mit angesehen, wie seine **Ehefrau mit voller Wucht von dem Fahrzeug erfasst** wurde. Legt man dies zugrunde, so hat der Kl. zum einen selbst unmittelbare Lebensgefahr für sich wahrgenommen und zum anderen akustisch und optisch miterlebt, wie seine Ehefrau bei einer sehr hohen Kollisionsgeschwindigkeit als Motorradfahrerin nahezu ungeschützt von einem Auto erfasst und getötet wurde. Ein solches Erlebnis ist hinsichtlich der Intensität der von ihm ausgehenden seelischen Erschütterungen mit dem Erhalt einer Unfallnachricht nicht zu vergleichen.“ (BGH aaO.)

BGB  
§ 286 IV

## Verzugsündigung bei Sozialleistungsbezug Vertretenmüssen des Mieters

MietR

(BGH in MDR 2015, 327; Urteil vom 04.02.2015 – VIII ZR 175/14)

1. Dem für einen Mietzahlungsverzug des Mieters gem. § 286 IV BGB erforderlichen **Vertretenmüssen** steht nicht entgegen, dass er, um die Miete entrichten zu können, auf **Sozialleistungen** einer öffentlichen Stelle angewiesen ist und diese Leistungen **rechtzeitig beantragt** hat.
2. Kündigt der Vermieter in solch einem Fall gem. § 543 II 1 Nr. 3 BGB aus wichtigem Grund, findet eine **Berücksichtigung von persönlichen Umständen und Zumutbarkeits-erwägungen** grundsätzlich **nicht** statt. Vielmehr sind die nach dieser Vorschrift allein auf den Umstand des Zahlungsverzugs abstellenden Kündigungsgründe vom Gesetzgeber so konzipiert worden, dass bei Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 543 II 1 Nr. 3 BGB bereits ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung gegeben ist und die in § 543 I BGB genannten Abwägungsvoraussetzungen nicht noch zusätzlich erfüllt sein müssen.

**Fall:** Der Beklagte ist seit Dezember 2010 Mieter einer 140 qm großen Wohnung des Klägers in H. Die spätestens bis zum dritten Werktag eines jeden Monats im Voraus zu entrichtende Miete beläuft sich auf monatlich 1.100 € netto zuzüglich der Miete für die dazugehörige Garage in Höhe von 50 € sowie einer Betriebskostenvorauszahlung von 180 €.

Ab Oktober 2011 bezog der Beklagte Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB II. Die seit Januar 2013 vom zuständigen Jobcenter für seine Unterkunft erhaltenen Zahlungen leitete er nicht an den Kläger weiter. Dieser kündigte daraufhin das Mietverhältnis unter dem 17.04.2013 wegen der bis dahin aufgelaufenen Mietrückstände fristlos. Mit seiner am 08.06.2013 zugestellten Klage hat er den Beklagten auf Zahlung der rückständigen Miete bis einschließlich Mai 2013 in Höhe von 6.650 € nebst Zinsen sowie auf Räumung der Wohnung in Anspruch genommen. Seine Mietzahlungspflicht hat der Beklagte anerkannt, so dass er durch rechtskräftiges Teilanerkennnisurteil des Amtsgerichts insoweit antragsgemäß verurteilt worden ist.

Nach Zustellung der Klage beantragte der Beklagte bei dem für ihn bis dahin zuständigen Jobcenter die Übernahme der Mietschulden, was mit Rücksicht auf die Größe der Wohnung durch Bescheid vom 26.06.2013 abgelehnt wurde. Nachdem sein hiergegen erhobener Widerspruch erfolglos geblieben war, begehrte der Beklagte unter dem 23.07.2013 bei dem zuständigen Sozialgericht einstweiligen Rechtsschutz. Dieses verpflichtete das Jobcenter durch einstweilige Anordnung vom 08.08.2013, zur Abwendung der Räumungsklage die vom Kläger eingeklagte rückständige Miete sowie darüber hinaus die fällige Miete beziehungsweise Nutzungsentschädigung zu zahlen; zugleich wurde dem Jobcenter aufgegeben, noch am selben Tage gegenüber dem Kläger eine entsprechende Verpflichtungserklärung abzugeben. Das Jobcenter gab die geforderte Verpflichtungserklärung in der Folge ab, zahlte jedoch an den Kläger lediglich die eingeklagte Miete von Januar bis Mai 2013.

Seit Juni 2013 stehen dem Beklagten Sozialleistungen nach dem SGB XII zu, für deren Bewilligung nicht mehr das Jobcenter, sondern die Stadt H. zuständig ist. Diese bewilligte ihm wegen Bedenken gegen die Angemessenheit der Unterkunftskosten durch Bescheid vom 26.08.2013 lediglich den Regelsatz. Hiergegen erhob der Beklagte am 05.09.2013 Widerspruch. Auf Antrag des Beklagten wurde die Stadt H. durch Beschluss des zuständigen Sozialgerichts vom 30.04.2014 im Wege einstweiliger Anordnung verpflichtet, die Kosten der Unterkunft des Beklagten für die Zeit von November 2013 bis Juni 2014 zu tragen. Wegen rückständiger Mieten für die Zeit von Juni bis August 2013 hat der Kläger am 30.08.2013 erneut fristlos gekündigt und wegen der rückständigen Mieten für die Zeit von Oktober 2013 bis März 2014 ausgebliebenen Miete unter dem 12.03.2014. Ist der Beklagte zur Räumung verpflichtet?

Der Beklagte ist zur Räumung verpflichtet, wenn eine der Kündigungen des Klägers wirksam ist.

### I. Kündigung vom 17.04.2013

Eine außerordentliche fristlose Kündigung ist nach § 543 II 1 Nr. 3 BGB wirksam, wenn der Mieter mit mehr als zwei Monatsmieten in Verzug ist. Zum Zeitpunkt der Kündigung waren mehr als Mieten offen. Dies hatte der Beklagte nach § 286 IV BGB auch zu vertreten, da er die ihm durch das Jobcenter für die Mietzahlungen zur Verfügung gestellten Gelder nicht an den Kläger weitergeleitet hat.

Allerdings wird bei Mietverträgen über Wohnraum eine solche Kündigung nach § 569 III Nr. 2 BGB unwirksam, wenn sich binnen 2 Monaten nach Rechtshängigkeit einer Räumungsklage eine öffentliche Stelle zur Übernahme der Mietschulden verpflichtet. Die Klage ist durch Zustellung an den Beklagten am 08.06.2013 rechtshängig geworden, das Jobcenter hat eine entsprechende Verpflichtungserklärung am 08.08.2013, also noch fristgerecht abgegeben.

Die Kündigung vom 17.04.2013 ist dadurch nachträglich unwirksam geworden.

## II. Kündigung vom 30.08.2013

Auch bei Ausspruch der Kündigung vom 30.08.2013 waren mehr als zwei Monatsmieten offen für die Zeit von Juni bis August 2013, so dass die Voraussetzungen für eine wirksame Kündigung nach § 543 II 1 Nr. 3 BGB vorlagen.

„[Das] Jobcenter [hat] sich zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs gegenüber dem Kläger verpflichtet, die rückständige Miete jedenfalls bis August 2013 auszugleichen; die Vermögensinteressen des Klägers [sind] deshalb nicht ernsthaft gefährdet gewesen, auch wenn eine Zahlung für die Monate Juni bis August 2013 zum Kündigungszeitpunkt noch nicht erfolgt [ist].“ (BGH aaO.)

Daher ist diese Kündigung nach § 242 BGB unwirksam.

## III. Kündigung vom 12.03.2014

Der Beklagte hat auch die Miete für die Monate Oktober 2013 bis März 2014 nicht gezahlt. Hierin könnte ein für die ausgesprochene fristlose Kündigung erforderlicher wichtiger Grund im Sinne von § 543 II 1, II 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 III Nr. 2 1 BGB liegen.

### 1. Verzug des Beklagten

Fraglich ist jedoch, ob der Beklagte in Verzug geraten ist. Da die Fälligkeit nach dem Kalender bestimmbar ist, war eine Mahnung nach § 286 I 1, II Nr. 1 BGB entbehrlich. Allerdings setzt der Verzug nach § 286 IV BGB voraus, dass der Beklagte aus Ausbleiben der Leistung trotz Fälligkeit zu vertreten hat. Dem könnte entgegenstehen, dass der Beklagte rechtzeitig die entsprechenden Anträge beim zuständigen Sozialamt gestellt und ein sozialgerichtliches Verfahren angestrengt habe, nachdem das Sozialamt sich geweigert habe, die Kosten für die Unterkunft zu tragen.

#### a) Allgemeiner Haftungsmaßstab bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten für die Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen

„Zur Verantwortlichkeit des Schuldners und damit auch zu der von § 286 IV BGB geforderten Zurechnung einer Nichtleistung trotz Fälligkeit sieht § 276 I 1 BGB vor, dass der Schuldner **Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten** hat, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Eine solche **strengere Haftung** besteht aber nach allgemeiner Auffassung **bei Geldschulden**. Danach befreit eine **Leistungsunfähigkeit aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten**, um die es hier geht, den Schuldner auch dann nicht von den Folgen des Ausbleibens der (rechtzeitigen) Leistung, wenn sie auf **unverschuldeter Ursache** beruht. Vielmehr hat jedermann nach dem Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung, das § 276 I 1 BGB genauso zugrunde liegt wie der Vorgängerregelung des § 279 BGB aF und das im Übrigen auch aus dem geltenden Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht abzuleiten ist, **ohne Rücksicht auf ein Verschulden für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen** (BGH, Urteile vom 28.02.1989 - IX ZR 130/88, BGHZ 107, 92, 102 m.w.N.; vom 11.12.2001 - VI ZR 350/00, WM 2002, 347 unter II 3 b; vom 15.03.2002 - V ZR 396/00, BGHZ 150, 187, 194; ebenso auch BT-Drucks. 14/6040, S. 132).“ (BGH aaO.)

#### b) Haftungsmaßstab bei Mietzahlungsverpflichtungen

„Dieses Verständnis des Vertretenmüssens im Falle mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit gilt **auch für Mietzahlungspflichten** und die bei Ausbleiben der Miete bestehenden Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters aus wichtigem Grund nach § 543 II 1 Nr. 3 BGB (Senatsurteil vom 16.02.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 d cc; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2014, § 543 Rn. 56a; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 543 BGB Rn. 96 f.; Wiek, WuM 2010, 204, 205; jeweils m.w.N.). Soweit in der **Instanzenrechtsprechung teilweise die Auffassung vertreten** oder jedenfalls erwogen wird, ein Mieter, der Sozialleistungen einer öffentlichen Stelle beziehe, genüge seinen Pflichten zur Beschaffung der zur Entrichtung der Miete benötigten Geldmittel bereits dann, wenn er alles **ihm Obliegende und Zumutbare getan habe, um die öffentliche Stelle zur pünktlichen Zahlung der für seine Unterkunft geschuldeten Miete zu veranlassen** (LG Bonn, Beschluss vom 10.11.2011 - 6 T 198/11, juris Rn. 5; Urteil vom 06.11.2014 - 6 S 154/14, juris Rn. 15; LG Wiesbaden, WuM 2012, 623, 624; ähnlich LG Berlin, NZM 2013, 121, 122; WuM 2014, 607 f.), trifft dies nicht zu.“ (BGH aaO.)

Dies hat aber seine Ursache nicht darin, dass sich ein hilfebedürftiger Wohnungsmieter die Säumnis einer öffentlichen Stelle, die die Kosten seiner Unterkunft zu übernehmen hat, gemäß § 278 BGB als eigenes Verschulden zurechnen lassen muss.

„Denn eine **Behörde**, die im Rahmen der Daseinsvorsorge staatliche Transferleistungen an einen Bürger erbringt, ist hierbei **nicht Erfüllungsgehilfe des Mieters** zur Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen gegenüber seinem Vermieter (Senatsurteil vom 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rn. 30). Das ändert entgegen der Auffassung der Revision aber nichts daran, dass der Mieter verschuldensunabhängig für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat.

Dementsprechend sind auch die nach § 543 II 1 Nr. 3 BGB **allein auf den Umstand des Zahlungsverzugs abstellenden Kündigungsgründe** vom Gesetzgeber so konzipiert worden, dass sie - anders als § 543 I, § 573 II Nr. 1 BGB (dazu Senatsurteile vom 16.02.2005 - VIII ZR 6/04, aaO.; vom 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, aaO. Rn. 26) - eine **Berücksichtigung von persönlichen Umständen und Zumutbarkeitserwägungen grundsätzlich nicht zulassen** (Senatsurteil vom 15.04.1987 - VIII ZR 126/86, WM 1987, 932 unter II 1 c). Vielmehr ist danach bei Vorliegen der Tatbestände des § 543 II BGB allein aus diesem Grund eine außerordentliche fristlose Kündigung möglich, ohne dass die in § 543 I BGB genannten Abwägungsvoraussetzungen noch zusätzlich erfüllt sein müssen. Denn nach der Gesetzessystematik und den ihr zugrunde liegenden gesetzgeberischen Wertungen handelt es sich bei den in § 543 II 1 Nr. 1 bis 3 BGB aufgeführten, die (objektive) Verletzung bestimmter mietrechtlicher (Kardinal-)Pflichten von erheblichem Gewicht betreffenden Kündigungsgründen um gesetzlich typisierte Fälle der Unzumutbarkeit einer weiteren Fortsetzung des Mietverhältnisses. Soweit deren tatbestandliche Voraussetzungen erfüllt sind, ist danach grundsätzlich auch ein wichtiger Grund im Sinne von § 543 I BGB zur fristlosen Kündigung gegeben (vgl. BGH NJW 2010, 3020 Rn. 15; NJW 2009, 2297 Rn. 16 m.w.N.; WM 1969, 625 unter IV 3 c).“ (BGH aaO.)

### c) Keine Besonderheiten bei Sozialleistungsbezug

Allerdings könnte eine abweichende rechtliche Beurteilung angezeigt sein, wenn der Mieter aufgrund mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit auf öffentliche Sozialleistungen angewiesen ist und diese trotz rechtzeitiger Antragstellung ausbleiben.

„Der Gesetzgeber, der es seit langem als eine in der **Sozialstaatsverpflichtung** des Art. 20 I GG angelegte Aufgabe begreift, den vertragstreuen Mieter vor willkürlichen beziehungsweise **vor nicht von berechtigten Interessen des Vermieters getragenen Kündigungen** und damit dem Verlust seiner Wohnung **zu schützen** hat die in Rede stehende Problemlage gesehen, sie jedoch nicht dadurch zu bereinigen versucht, dass er - abweichend von den sonst geltenden rechtlichen Maßstäben - die **Anforderungen an die Leistungspflichten des Mieters und ein Vertretenmüssen** von Mietzahlungsrückständen zu Lasten des Vermieters **herabgesetzt** und dadurch die Kündigungsvoraussetzungen des § 543 II 1 Nr. 3 BGB verändert hat. Er hat dem Interesse des durch einen erheblichen Mietrückstand vertragsuntreu gewordenen Mieters an einem Erhalt der gemieteten Wohnung vielmehr dadurch Rechnung getragen, dass er ihm - allerdings vorrangig zum Zwecke der im allgemeinen Interesse liegenden Vermeidung von Obdachlosigkeit – durch § 569 III Nr. 2 1 BGB genauso wie zuvor schon durch § 554 II Nr. 2 BGB aF die Möglichkeit zur **einmaligen Nachholung rückständiger Mietzahlungen** innerhalb von zwei Jahren eingeräumt hat, um bei deren Einhaltung eine auf den eingetretenen Mietzahlungsverzug gestützte Kündigung unwirksam werden zu lassen.“ (BGH aaO.)

Dem Schutz des auf Sozialleistungen angewiesenen Mieters ist dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass statt einer tatsächlichen Befriedigung des Vermieters innerhalb der vorgesehenen Frist, die Vorlage einer entsprechenden Verpflichtungserklärung der Behörde ausreicht.

„Durch diese **Sonderregelung** (vgl. Senatsurteil vom 14.07.2010 - VIII ZR 267/09, aaO.) hat der Gesetzgeber - allerdings **abschließend** - im allgemeinen Interesse zugleich auch dem Anliegen eines leistungsunfähigen Mieters, eine auf einen erheblichen Mietzahlungsverzug gestützte fristlose Kündigung des Vermieters nachträglich ungeschehen zu machen und ihm so die gemietete Wohnung zu erhalten, Rechnung getragen (im Ergebnis ebenso Schmidt-Futterer/Blank, aaO. Rn. 97). Die dem Mieter auf diese Weise **kraft Gesetzes einmalig eingeräumte Nachfrist zur Beschaffung der zur Mietzahlung erforderlichen Mittel**, zumindest aber zur Herbeiführung der erforderlichen Verpflichtungserklärung, kann entgegen der Auffassung der Revision deshalb **nicht** dahin erweitert werden, dass **über den eindeutigen Gesetzeswortlaut hinaus bereits die Beantragung** der zur Erbringung der Mietzahlungen erforderlichen öffentlichen Mittel genügen soll. Denn die damit verbundene Ungewissheit, den Gebrauch der Mietsache weiterhin gewähren zu müssen, ohne als Gegenleistung zumindest die Sicherheit einer Begleichung der bis dahin fälligen Mietrückstände zu haben, hat der Gesetzgeber dem Vermieter über den zweimonatigen Schonfristzeitraum hinaus gerade nicht mehr aufbürden wollen.“ (BGH aaO.)

## 2. Unwirksamwerden der Kündigung nach § 569 III Nr. 2 S.1 BGB

Da bereits die unter dem 17.04.2013 wegen der bis dahin seit Januar 2013 aufgelaufenen Mietrückstände ausgesprochene fristlose Kündigung durch die im August 2013 abgegebene Verpflichtungserklärung des Jobcenters gemäß § 569 III Nr. 2 1 BGB unwirksam geworden war, kommt eine erneute Anwendung dieser Bestimmung hinsichtlich der auf den weiteren Mietzahlungsverzug im Zeitraum von Oktober 2013 bis März 2014 gestützten Kündigung vom 12.03.2014 von vornherein nicht mehr in Betracht (§ 569 III Nr. 2 2 BGB). Das Mietverhältnis der Parteien ist durch diese Kündigung vielmehr wirksam beendet worden.

StGB  
§ 24 I 1, 2

## Versuchsabgrenzungen

### Fehlgeschlagener, unbeendeter und beendeter Versuch

(BGH in NSZ-RR 2015, 105; Beschluss vom 27.11.2014 – 3 StR 458/14)

StR AT

1. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter nach **der letzten von ihm vorgenommenen Tathandlung** erkennt, dass mit den bereits eingesetzten oder den ihm sonst zur Hand liegenden Mitteln der erstrebte **Taterfolg nicht mehr herbeigeführt** werden kann, ohne dass er eine neue Handlungs- und Kausalkette in Gang setzt.
2. Die subjektive Sicht des Täters ist auch dann maßgeblich, wenn der Versuch zwar **objektiv fehlgeschlagen** ist, der **Täter dies aber nicht erkennt**; zumindest aber führt ein freiwilliger Verzicht auf weitere Tathandlungen zur Straffreiheit nach § 24 I 2 StGB.
3. Auch für die Frage, ob ein **Versuch unbeendet oder beendet** ist, kommt es maßgeblich darauf an, welche Vorstellung der Täter nach seiner letzten Ausführungshandlung von der Tat hat (sog. **Rücktrittshorizont**).
4. Danach liegt ein **unbeendeter Versuch** vor, wenn der Täter nach seiner Vorstellung noch nicht alles getan hat, was zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich ist; in diesem Fall kann er allein durch das freiwillige Unterlassen weiterer auf den Taterfolg abzielender Handlungen strafbefreiend vom Versuch zurücktreten (§ 24 I 1 1. Alt. StGB).
5. Hält der Täter dagegen den Eintritt des Taterfolgs für möglich, so ist der Versuch beendet; der strafbefreiende Rücktritt setzt dann voraus, dass der Täter den Taterfolg freiwillig durch aktives Tun verhindert (§ 24 I 1 2. Alt. StGB) oder zumindest entsprechende ernsthafte Bemühungen entfaltet, wenn der Erfolg ohne sein Zutun ausbleibt.

**Fall:** Nach den Feststellungen des LG entschloss sich der Angekl. in den frühen Morgenstunden des Tattages, spätestens gegen 5 Uhr, zum Selbstmord durch Herbeiführen einer Explosion, durch die das gesamte Mehrfamilienhaus, in dessen erstem Obergeschoss er wohnte und das 18 Wohneinheiten umfasste, zum Einsturz gebracht und zerstört werden sollte. Zu diesem Zweck verband er innerhalb der folgenden ca. 30 Minuten in seinem zwei Geschosse unterhalb seiner Wohnung gelegenen Kellerraum eine dort auf dem Boden stehende elektrische Camping-Kochplatte mit einer im Kellerraum montierten Steckdose, die von seinem Schlafzimmer aus schaltbar war. Auf die Kochplatte legte er einen Stapel mit Prospekten und Zeitschriften und übergoss diesen mit Benzin. Unmittelbar neben die Kochplatte legte er einen mit einem Butan/Propangasgemisch gefüllten Behälter, der nach seiner Vorstellung durch das nach Einschalten der Kochplatte entstehende Feuer so stark erhitzt werden sollte, dass es in der Folge zu einer Gasexplosion kommt.

Nachdem der Angekl. den Schalter in seinem Schlafzimmer betätigt hatte, erhitzte sich die Kochplatte, so dass sich das darauf gestapelte Papier entzündete und der Gasdruckbehälter erwärmt wurde. Infolge des Brandes entwickelte sich im Keller des Angekl. starker Rauch, so dass ein seine Wohnung verlassender Mieter im Treppenhaus Rauchgeruch wahrnahm und einen im Erdgeschoss des Hauses wohnenden Mitbewohner über ein mögliches Feuer informierte sowie umgehend die Feuerwehr rief. Der alarmierte Mitbewohner klingelte sodann bei „sämtlichen Hausbewohnern, um diese zum Verlassen des Hauses aufzufordern“. Die etwa 30 Minuten nach Bemerkung des Rauchgeruches eintreffende Feuerwehr brach das sich an der Kellertür des Angekl. befindliche Vorhängeschloss auf und löschte das auf der Kochplatte liegende, glimmende Papier sowie eine kleine offene Flamme, die auf der anderen Seite des Kellerraumes entstanden war. Der in den Kellerraum vorgedrungene Feuerwehrmann trennte sodann die Kochplatte von der Steckdose durch Herausziehen des Steckers. Eine nach dem Löschen durchgeführte Messung mittels einer Wärmebildkamera ergab eine Temperatur des Kochfeldes von etwa 180 °C sowie eine Außentemperatur des – nahezu vollständig gefüllten – Gasbehälters von etwa 85 °C. Zum Zeitpunkt des Brandes befanden sich neben dem Angekl. noch 13 andere Personen in dem Haus. Nach der Verhaftung des Angekl. war der Schalter im Schlafzimmer des Angekl. (wieder) ausgeschaltet und in dieser Stellung mit einem Klebeband fixiert.

Hat der Angeklagte sich wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit versuchtem Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion mit Todesfolge sowie versuchter Brandstiftung mit Todesfolge zur Freiheitsstrafe strafbar gemacht?

Der Angekl. hat ohne Zweifel einen Tatentschluss gefasst gerichtete auf die Verwirklichung der entsprechenden Straftatbestände. Fraglich ist jedoch, ob er nach § 24 I StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten ist.

#### I. Fehlschlag des Versuchs

Ein Rücktritt vom Versuch kommt jedoch nur in Betracht, wenn der Versuch nicht schon fehlgeschlagen war.

## 1. Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs

„Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter nach **der letzten von ihm vorgenommenen Tathandlung** erkennt, dass mit den bereits eingesetzten oder den ihm sonst zur Hand liegenden Mitteln der erstrebte **Taterfolg nicht mehr herbeigeführt** werden kann, ohne dass er eine neue Handlungs- und Kausalkette in Gang setzt (s. etwa nur BGH, Urt. v. 30.11.1995 – 5 StR 465/95 = BGHSt 41, 368 [369] = NJW 1996, 936 = NStZ 1996, 429; v. 09.05.2010 – 2 StR 278/09 = NStZ 2010, 690, 691 m.w.N.). Die subjektive Sicht des Täters ist auch dann maßgeblich, wenn der Versuch zwar **objektiv fehlgeschlagen** ist, der **Täter dies aber nicht erkennt**; zumindest soll ein freiwilliger Verzicht auf weitere Tathandlungen zur Straffreiheit nach § 24 I 2 StGB führen (vgl. BGH, Beschl. v. 24.11.2004 – 5 StR 239/04 = NStZ-RR 2005, 70 [71]).“ (BGH aaO.)

## 2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob nach diesen Maßstäben im vorliegenden Fall von einem fehlgeschlagenen Versuch auszugehen ist.

„Entgegen der Ansicht des GBA ergibt sich auch aus ihrem Gesamtzusammenhang nicht, dass in dem **Zeitpunkt**, in dem der Angekl. die **Stromzufuhr zu der Kochplatte wieder abstellte** und den Schalter überklebte, der **Taterfolg** auf Grund der Entdeckung des Feuers und des Eingreifens der Feuerwehr **nicht mehr eintreten konnte** und der Angekl. dies erkannt hatte. Das LG führt im Rahmen der rechtlichen Würdigung lediglich aus, dass die Vollendung der Tat „allein durch die Alarmierung und das Eingreifen der Feuerwehr verhindert“ worden sei. Zu dem **Zeitpunkt**, in dem der Angekl. die **weitere Stromzufuhr** zu der Kochplatte **unterbrach**, verhalten sich die Urteilsgründe indes ebenso wenig wie zu der Frage, ob **in diesem Moment das Feuer bereits entdeckt** war, die Feuerwehr eingegriffen hatte und – so dies der Fall war – der Angekl. sich dessen auch bewusst war. Zwar könnten die Feststellungen zur Temperatur der Kochplatte, der Entzündung der Prospekte und Zeitschriften sowie des Grades der Erhitzung der Gasflasche beim Eintreffen der Feuerwehr dafür sprechen, dass die Stromzufuhr erst zu einem sehr späten Zeitpunkt unterbrochen wurde. Für die Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs genügt dies ohne nähere Prüfung und Erörterung der weiteren Tatumstände indes nicht.“ (BGH aaO.)

Es kann daher unter Zugrundelegung der gewonnenen Erkenntnisse nicht von einem fehlgeschlagenen Versuch ausgegangen werden. Ein Rücktritt von Versuch ist daher nicht von vornherein ausgeschlossen.

## II. Beendeter oder unbeendeter Versuch

Die Anforderungen, welche das Gesetz an die Rücktrittsleistung stellt, hängen davon ab, ob der Täter subjektiv davon ausgeht, bereits alles für die Tatbestandsverwirklichung getan zu haben (beendeter Versuch) oder nicht (unbeendeter Versuch).

### 1. Subjektive Sicht des Täters maßgeblich

„Auch für die Frage, ob ein Versuch unbeendet oder beendet ist, kommt es maßgeblich darauf an, welche Vorstellung der Täter nach seiner letzten Ausführungshandlung von der Tat hat (sog. **Rücktrittshorizont**; s. nur BGH, Urt. v. 19.03.2013 – 1 StR 647/12 = NStZ-RR 2013, 273 [274] m.w.N.). Danach liegt ein **unbeendeter Versuch** vor, wenn der Täter **nach seiner Vorstellung noch nicht alles getan** hat, was zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich ist; in diesem Fall kann er allein durch das freiwillige Unterlassen weiterer auf den Taterfolg abzielender Handlungen strafbefreiend vom Versuch zurücktreten (§ 24 I 1. Alt. StGB). Hält er dagegen den **Eintritt des Taterfolgs für möglich**, so ist der Versuch beendet; der strafbefreiende Rücktritt setzt dann voraus, dass der Täter den Taterfolg freiwillig **durch aktives Tun verhindert** (§ 24 I 2. Alt. StGB) oder zumindest entsprechende **ernsthafte Bemühungen entfaltet**, wenn der Erfolg ohne sein Zutun ausbleibt (§ 24 I 2 StGB; s. BGH, Beschl. v. 19.05.1993 – GSSt 1/93, BGH St. 39, 221 [227] = NJW 1993, 205 = NStZ 1993, 433 m.w.N.). Lässt sich den Urteilsfeststellungen die entsprechende Vorstellung des Täters von seiner Tat nicht entnehmen, so hält das Urteil regelmäßig sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand, weil es die revisionsrechtliche Prüfung eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch nicht ermöglicht (s. etwa BGH, Urt. v. 12.06.2014 – 3 StR 154/14 = NStZ 2014, 507 [509] m.w.N.).“ (BGH aaO.)

### 2. Anwendung auf den Fall

„Nach den getroffenen Feststellungen ist bereits ein **freiwilliger Rücktritt des Angekl. vom unbeendeten Versuch nicht ausgeschlossen**. Ihnen lässt sich nicht entnehmen, welche Vorstellungen sich der Angekl. von der Entwicklung der Vorgänge im Keller machte, als er die Stromzufuhr zur Kochplatte unterbrach, insbesondere ob er davon ausging, die Prospekte und Zeitschriften seien bereits in Brand geraten, würden die Gasflasche bis zur Explosion erhitzen oder das Feuer werde auch unabhängig hiervon auf das Wohnhaus übergreifen. Sollte seine Vorstellung gewesen sein, dass sich das Papier noch nicht entzündet hatte und auch nicht mehr entzünden werde, läge ein unbeendeter Versuch vor, von dem er durch das Abschalten des Stromes zurückgetreten wäre. Dass im Keller tatsächlich bereits ein Feuer ausgebrochen war, würde hieran nichts ändern. Da das Urteil – wie bereits dargelegt – sich auch nicht dazu verhält, ob in dem Moment, als der Angekl. den Strom wieder ausschaltete, das Feuer bereits entdeckt, gegebenenfalls bereits die Feuerwehr vor Ort war und der Angekl. dies auch bemerkt hatte, schließen die bisherigen Feststellungen auch die Freiwilligkeit des Rücktritts nicht aus.“ (BGH aaO.)

EMRK

**Tatprovokation**

StR BT

Art. 6 I 1

**Rechtsstaatswidrigkeit hindert nicht zwingend Verurteilung**

(BGH in NJW 2015, 802; Beschluss vom 02.12.2014 – 1 StR 31/14)

1. Das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren wurzelt – wie die allgemeine Rechtsschutzgarantie – im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Freiheitsrechten des Grundgesetzes.
2. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst dann vor, wenn eine **Gesamt-schau auf das Verfahrensrecht** – auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte – ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde. Hierbei sind auch die Erfordernisse einer **funktionstüchtigen Strafrechtspflege** in den Blick zu nehmen.
3. Rechtsstaatswidriger führt nur in **extremen Ausnahmefällen** zu einem derartigen **Verbot** der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs.
4. Ein solcher Extremfall dürfte anzunehmen sein, wenn ein **gänzlich Unverdächtiger** betroffen ist, der lediglich als Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden einen vorgefertigten Tatplan **ohne eigenen Antrieb** ausführt.
5. Bei der Verfassungsbeschwerde ist eine unmittelbare **Berufung auf die EMRK** nicht möglich. Allerdings ist bei der Berufung auf Art. 20 III GG auch zu beachten, dass die nationalen Gerichte an die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR gebunden sind.
6. Es besteht daher eine Pflicht zur **konventionsfreundlichen Auslegung** des GG.
7. Hinsichtlich rechtsstaatswidriger Tatprovokation folgt der BGH der **Strafzumessungs-lösung**, nach welcher solche Umstände bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind.

**Fall:** Die drei Bf. wandten sich gegen ihre Verurteilung zu mehrjährigen Haftstrafen wegen Betäubungsmitteldelikten. Das LG Berlin (Urt. v. 07.11.2012 – [525] 69 Js 213/09 KLs [1/12]) stellte eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation und zugleich einen Verstoß gegen Art. 6 I 1 EMRK fest. Eine Vertrauensperson habe im Zuge einer Vielzahl legendenbildender Maßnahmen über sehr langen Zeitraum – ergänzt durch einen verdeckten Ermittler – mit erheblichen Verlockungen und Druck auf den Bf. zu 1 eingewirkt. Dadurch hätten die Ermittlungsbehörden die Begehung einer ganz erheblich über den Anfangsverdacht hinausgehenden Tat erleichtert. Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation berücksichtigte das LG Berlin im Rahmen der Strafzumessung. Dabei nahm es für den Bf. zu 1 einen Strafabschlag von wenigstens fünf Jahren und sieben Monaten vor und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und fünf Monaten. Für den Bf. zu 3 nahm es einen Strafabschlag von wenigstens drei Jahren und fünf Monaten vor und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sieben Monaten. Bei der Strafzumessung betreffend den Bf. zu 2 berücksichtigte das LG die staatliche Tatprovokation nur allgemein strafmildernd ohne konkrete Bezifferung, weil insoweit kein Konventionsverstoß festzustellen sei, und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren. Die Revision der Bf. verwarf der BGH (NSTZ 2014, 277). Die Bf. erhoben Verfassungsbeschwerde und rügten die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren aus Art. 2 I 1 i.V.m. Art. 20 III GG sowie von Art. 6 I 1 EMRK. Zu Recht?

**I. Verletzung von Art. 2 I i.V.m Art. 20 III GG**

Die angegriffenen Entscheidungen könnten die Bf. verletzen in ihrem Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 2 I i.V.m Art. 20 III GG verletzen.

**1. Gewährleistungen des Rechts auf ein faires Verfahren**

*„Das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren wurzelt – wie die allgemeine Rechtsschutzgarantie – im **Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Freiheitsrechten** des Grundgesetzes, insbesondere in dem durch ein Strafverfahren bedrohten Recht auf Freiheit der Person (Art. 2 II 2 GG) und in Art. 1 I GG, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt eines staatlichen Verfahrens herabzuwürdigen (vgl. BVerfG E 57, 250 [274 f.] = NJW 1981, 1719) und den **Staat zu korrektem und fairem Verfahren verpflichtet** (vgl. BVerfG NJW 1975, 103; NJW 2009, 1469; BVerfG, NJW 2013, 1058).*

*Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst dann vor, wenn eine **Gesamt-schau auf das Verfahrensrecht** – auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte – ergibt, dass **rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen** worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde (vgl. BVerfG NJW 1981, 1719; BVerfG NJW 1983, 2762; BVerfG NJW 2009, 1469; BVerfG NJW 2013, 1058).*

Das Rechtsstaatsprinzip, das die **Idee der Gerechtigkeit** als wesentlichen Bestandteil enthält (vgl. BVerfGE 7, 89 [92]; BVerfG NZA 1987, 347; stRspr), fordert nicht nur eine faire Ausgestaltung und Anwendung des Strafverfahrensrechts. Es gestattet und verlangt auch die Berücksichtigung der **Belange einer funktions-tüchtigen Strafrechtspflege**, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann (vgl. BVerfG NJW 1972, 2214; BVerfG NJW 1977, 2355; BVerfG NJW 2009, 1469; BVerfG NJW 2013, 1058). Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden (vgl. BVerfG NJW 1972, 2214; BVerfG NJW 1977, 2355; stRspr). Verfahrensgestaltungen, die den Erfordernissen einer wirksamen Strafrechtspflege dienen, verletzen daher nicht schon dann den grundrechtlichen Anspruch auf ein faires Strafverfahren, wenn verfahrensrechtliche Positionen des Angeklagten oder Beschuldigten dabei, gemessen am früheren Zustand, eine Zurücksetzung zu Gunsten einer wirksameren Strafrechtspflege erfahren (vgl. BVerfG NJW 2009, 1469; BVerfG NJW 2013, 1058).“ (BGH aaO.)

## 2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Strafgerichte nach diesen Maßstäben die rechtsstaatswidrige Tatprovokation bei ihren Entscheidungen hinreichend berücksichtigt haben oder ob nicht eine Verfahrenseinstellung geboten gewesen wäre.

### a) Verbot der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs bei Einsatz von Lockspitzeln

„In der bisherigen Kammerrechtsprechung des BVerfG wurde offengelassen, ob die **Mitwirkung eines polizeilichen Lockspitzels** bei der Überführung eines Straftäters überhaupt geeignet sein kann, die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs gegen den Betroffenen zu hindern. Auch der vorliegende Fall erfordert keine Entscheidung dieser Frage. Selbst wenn man ein Verfahrenshindernis auf Grund rechtsstaatswidriger Tatprovokation im Grundsatz für möglich erachten wollte, könnte ein derartiges **Verbot der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs nur in extremen Ausnahmefällen** aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet werden, weil das Rechtsstaatsprinzip nicht nur Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung schützt (vgl. BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 1987, 1874; NJW 1995, 651; Beschl. v. 18.05.2001 – 2 BvR 693/01, BeckRS 2001, 30181629; Beschl. v. 11.01.2005 – 2 BvR 1389/04, BeckRS 2005, 22544).“ (BGH aaO.)

### b) Annahme eines Extremfalls

Fraglich ist, ob ein solcher Extremfall hier angenommen werden kann.

„Mit ihrer Verpflichtung zur Objektivität (vgl. § 160 II StPO) ist die **Staatsanwaltschaft Garantin für Rechtsstaatlichkeit und gesetzmäßige Verfahrensabläufe** (vgl. BVerfGE 133, 168 [219] = NJW 2013, 1058). Die von der Staatsanwaltschaft eingesetzten Ermittlungspersonen haben ihren Anweisungen Folge zu leisten (§ 152 I GVG); diese sollen **Straftaten aufklären, nicht selbst herbeiführen**. Dennoch kann Fehlverhalten von einzelnen Ermittlungsbeamten nicht immer ausgeschlossen werden. Kommt die Staatsanwaltschaft ihrer **Kontrollfunktion** dann **nicht in ausreichendem Maße** nach oder entzieht sich die Polizei bewusst dieser Kontrolle, sind Rechtsstaatlichkeit und **gesetzmäßige Verfahrensabläufe nicht mehr sichergestellt**. Das zeigt der vorliegende Fall.“ (BGH aaO.)

Hier hat die Staatsanwaltschaft ihre Kontrollfunktion über die Polizei wegen der Einwirkungen auf den Tatentschluss und die Unterstützung bei der Tatvorbereitung nicht hinreichend ausgeübt und war nicht „Herrin des Ermittlungsverfahrens“.

„Gleichwohl kann die Frage, ob **in Extremfällen tatprovokierendes Verhalten** der Ermittlungsbehörden ein **Verfahrenshindernis** aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet werden kann, auch vorliegend offengelassen werden. Basierend auf den Feststellungen des Tatgerichts zu den konkreten Umständen der Provokation und des Tatgeschehens selbst konnten die Fachgerichte **verfassungsrechtlich vertretbar von der Annahme eines Extremfalls** im genannten Sinne **absehen**.

Ob dies anders zu beurteilen wäre, wenn es sich bei dem unmittelbar zur Tat verleiteten Bf. zu 1 um einen **gänzlich Unverdächtigen** gehandelt und er lediglich als **Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden** einen vorgefertigten Tatplan ohne eigenen Antrieb ausgeführt hätte, bedarf keiner Entscheidung. Allerdings erscheint es **zweifelhaft**, ob bei einer solchen Tat ein **staatlicher Strafanspruch** mit Blick auf die materielle Gerechtigkeit und entgegen den schützenswerten Belangen des Beschuldigten **noch aufrechterhalten werden könnte**. Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch nicht um eine derartige, ausschließlich staatlicherseits verursachte Tat; die Bf. waren nicht bloße Objekte staatlicher Strafverfolgung. Insbesondere war der Bf. zu 1 weder vor Beginn des provozierenden Verhaltens der Vertrauensperson unverdächtig noch hat sich sein Verhalten ausschließlich im Rahmen der Vorgaben der Ermittlungsbehörden bewegt. Gegen den Bf. zu 1 bestanden von Anfang an ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte, die die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz rechtfertigten. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)

Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation führt hier daher nicht zu einem Verbot der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Ein Extremfall liegt nicht vor. Die Einwirkungen auf die Bf. wurden bei der Strafzumessung hinreichend berücksichtigt. Eine Verletzung des Rechts der Bf. auf ein faires Verfahren nach Art. 2 I i.V.m Art. 20 III GG liegt nicht vor.

## II. Verletzung von Art. 6 I 1 EMRK

Grundsätzlich führt eine konventionswidrige Tatprovokation nach der Rechtsprechung des EGMR zu einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren. Dies gilt jedoch bei Verstößen im Ermittlungsverfahren nur, wenn diese durch die Fachgerichte nicht ausreichend kompensiert werden.

### 1. Berufung auf EMRK bei der Verfassungsbeschwerde

Zunächst stellt sich die Frage, ob ein Verstoß gegen Art. 6 I 1 EMRK überhaupt in einem Verfahren der Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG gerügt werden kann. Dies ist unmittelbar nicht möglich (vgl. BVerfG NJW 1988, 45; BVerfG NJW 2004, 3407; BVerfG NJW 2011, 1931; stRspr).

„Er kann jedoch, gestützt auf das einschlägige Grundrecht, in einem Verfahren vor dem BVerfG zum einen geltend machen, die **Fachgerichte** hätten eine **Entscheidung des Gerichtshofs missachtet** oder nicht berücksichtigt (vgl. BVerfGE 111, 307 [329 f.] = NJW 2004, 3407; vgl. auch BVerfGE 128, 326 [368] = NJW 2011, 1931). Denn zur Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) gehört auch die **Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des Gerichtshofs** im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung (vgl. BVerfGE 111, 307 [323] = NJW 2004, 3407). Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische „Vollstreckung“ können deshalb gegen **Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip** verstoßen (vgl. BVerfG NJW 2004, 3407). Im Rahmen der **konventionsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes** ist zum anderen die Rechtsprechung des EGMR auf der Ebene des Verfassungsrechts möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen (vgl. BVerfG NJW 2004, 3407; BVerfG NJW 2011, 1931). Die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung nicht mehr vertretbar erscheint (vgl. BVerfG NJW 2004, 3407; BVerfG NJW 2011, 1931; BVerfG, NZA 2014, 1387 Rn. 129).“ (BGH aaO.)

### 2. Inhalt der Rechtsprechung des EGMR

„Die Rechtsprechung des EGMR verfolgt hinsichtlich der **rechtlichen Würdigung tatprovokierender Verhaltens von Ermittlungsbehörden** verglichen mit der den angegriffenen Entscheidungen zu Grunde liegenden so genannten „**Strafzumessungslösung**“ des BGH (vgl. BGH NJW 1984, 2300; BGH NJW 2000, 1123; BGH NJW 2001, 2981) einen anderen dogmatischen Ansatz, weil der Gerichtshof bei Annahme einer Tatprovokation die Frage der Zulässigkeit der Verfahrensdurchführung an sich und der Beweisverwertung in den Mittelpunkt stellt (vgl. nur EGMR, NStZ 1999, 47 – Teixeira de Castro/Portugal; EGMR [GK], NJW 2009, 3565 – Ramanauskas/Lithuania; EGMR, NJW 2012, 3502 = NStZ 2013, 175 – Prado Bugallo/Spain sowie zuletzt EGMR, Ur. v. 23.10.2014 – 54648/09, BeckRS 2015, 80007 [engl. Fassung] – Furcht/Germany). Infolgedessen hat der Gerichtshof ausgeführt, dass das öffentliche Interesse die Verwendung von Beweisen, die durch polizeiliche Anstiftung gewonnen wurden, nicht rechtfertigen könne. Eine Anstiftung zu einer Straftat durch die Polizei und die Verwendung der so gewonnenen Beweise könnten vielmehr dazu führen, dass das Recht des betroffenen Täters auf ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 EMRK verletzt sei (vgl. EGMR, NJW 2012, 3502 [3503] m.w.N. – Prado Bugallo/Spain; vgl. auch zuletzt EGMR, Ur. v. 23.10.2014 – 54648/09, BeckRS 2015, 80007 [engl. Fassung] § 47 m.w.N. – Furcht/Germany).“ (BGH aaO.)

### 3. Umsetzung dieser Rechtsprechung durch den BGH (sog. Strafzumessungslösung)

Der BGH stimmt dem EGMR darin zu, dass der Staat unbescholtene Bürger nicht zu Straftaten verleiten darf; die Ermittlungsbehörden sollen Straftaten verfolgen, nicht sie verursachen. Er ist aber der Auffassung, dass das nationale Rechtssystem nicht zwingend dem dogmatischen Ansatz des Gerichtshofs folgen muss.

„Solange die **inhaltlichen Anforderungen**, die Art. 6 I 1 EMRK an die Fairness des Strafverfahrens stellt, erfüllt sind, überlässt es der Gerichtshof den nationalen Gerichten zu entscheiden, wie die Anforderungen von Art. 6 I 1 EMRK in die **jeweiligen nationalen Strafrechtssysteme zu integrieren** sind. Der Gerichtshof betont dementsprechend, dass die Frage der **Zulässigkeit und Würdigung einzelner Beweise vornehmlich der Regelung des nationalen Rechts** vorbehalten bleibe, wohingegen seine Aufgabe darin bestehe, festzustellen, ob das Verfahren als Ganzes, einschließlich der Art und Weise der Beweisaufnahme, fair war (vgl. EGMR, NStZ 1999, 47 [48] § 34 – Teixeira de Castro/Portugal; EGMR [GK], NJW 2009, 3565 [3566] § 52 m.w.N. – Ramanauskas/Lithuania sowie zuletzt EGMR, Ur. v. 23.10.2014 – 54648/09, BeckRS 2015, 80007 [engl. Fassung] § 46 m.w.N. – Furcht/Germany). Dabei habe sich der Gerichtshof nicht dazu zu äußern, ob einzelne Beweise rechtswidrig gesammelt wurden, sondern zu prüfen, ob eine solche „Rechtswidrigkeit“

zur Verletzung eines von der Konvention geschützten Rechts führe (vgl. EGMR, NJW 2009, 3565 [3566] § 52 – Ramanauskas/Lithuania).“ (BGH aaO.)

Der BGH hat offen gelassen, ob die so genannte „Strafzumessungslösung“ diesen Anforderungen des EGMR in jedem Einzelfall gerecht wird.

„Zwar fügt sich die „Strafzumessungslösung“ in das deutsche Strafrechtssystem schlüssig ein, weil die **Reichweite von Beweisverwertungsverböten im deutschen Strafverfahrensrecht grundsätzlich eng auf die jeweils unzulässige Ermittlungshandlung zu begrenzen** ist. Zudem sind unter Rechtsstaatsgesichtspunkten herzuleitende Verfahrenshindernisse allenfalls eine seltene Ausnahme; so führt selbst ein Verstoß gegen verbotene Vernehmungsmethoden nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des § 136 a III 2 StPO lediglich zu einem Beweisverwertungsverbot. Diesbezüglich ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass im Falle eines Verfahrenshindernisses der Opferschutz leiden kann, wenn das Strafrecht seine **Genugtuungs- und Präventionsfunktion** nicht mehr erfüllt. Dritte können als Opfer der Tat in ihren Individualrechtsgütern verletzt werden. Jedoch erfolgt die Herleitung der „Strafzumessungslösung“ ungeachtet ihrer Vorteile nicht aus der Verfassung; sie ist **einfachrechtlich begründet**. Eine andere Reaktion auf die rechtsstaatswidrige Tatprovokation wäre von Verfassungs wegen zulässig.“ (BGH aaO.)

#### 4. Anwendung auf den Fall

Maßgeblich ist hier jedoch, ob im vorliegenden Fall die Strafzumessungslösung die Anforderungen des Art. 6 I 1 EMRK an ein faires Verfahren zu erfüllen vermag.

„Schon das Tatgericht setzte sich ausgiebig und unter Bezugnahme auf die „im Licht der **Entscheidungen des EuGH**“ ergangene Rechtsprechung des BGH mit den genauen Umständen der Tatprovokation auseinander. ...In seinem Revisionsurteil setzte sich der BGH nicht nur ausführlich mit den Rechtsfolgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation auseinander, sondern er trat dabei auch der Auffassung der Staatsanwaltschaft entgegen, die sich – neben der Strafzumessung – vor allem gegen die Annahme einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gewandt hatte. Der BGH **berücksichtigte** bei seiner Entscheidung auch die bis zu diesem Zeitpunkt ergangene **Rechtsprechung des EGMR**, indem er auf seine vorangegangene Judikatur Bezug nahm, die sich ihrerseits ausführlich mit der Rechtsprechung des EuGH auseinandergesetzt hatte. Die Entscheidung in der Rechtssache Furcht/Germany (EGMR, Urt. v. 23.10.2014– 54648/09, BeckRS 2015, 80007 [engl. Fassung]) war zu diesem Zeitpunkt noch nicht ergangen und konnte seitens des BGH daher nicht berücksichtigt werden.

Im Ergebnis haben die Strafgerichte bei ihrer Auslegung des einfachen Rechts die **Rechtsprechung des EGMR möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem eingefügt**, ohne dass ihr Vorgehen nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung nicht mehr vertretbar erscheint. Hierbei spielt neben der ausdrücklichen Feststellung und Anerkennung eines Verstoßes gegen Art. 6 I 1 EMRK und dem ganz erheblichen, konkret bezifferten Strafnachlass auch das Vorgehen des LG im Rahmen der Beweiswürdigung eine bedeutende Rolle. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)

Eine Verletzung der Bf. in Art. 20 III GG i.V.m. Art. 6 I 1 EGMR liegt daher ebenfalls nicht vor.

## Allgemeiner öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch Lärmbelästigung durch Bolzplatz

AVR

(VGH Mannheim in VBIBW 2015, 81; Beschluss vom 23.05.2014 – 10 S 249/14)

1. Auch bei von hoheitlich betriebenen Anlagen ausgehendem Lärm folgt aus einer etwaigen Verletzung des immissionsschutzrechtlichen Vermeidungsgebots gemäß § 22 I. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG kein unmittelbarer Abwehranspruch im Nachbarschaftsverhältnis zwischen Störer und Gestörtem; als **Anspruchsgrundlage für das Lärminderungsbegehren** von Nachbarn kommt allein der **allgemeine öffentlich-rechtliche Abwehranspruch** in Betracht.
2. Die Kinderlärm privilegierende und ein absolutes Toleranzgebot statuierende Vorschrift des § 22 Ia BImSchG ist nicht anwendbar, wenn der **Benutzerkreis einer öffentlichen Einrichtung nicht auf Kinder** (also auf Personen unter 14 Jahren) beschränkt ist oder es sich bei der Einrichtung ihrer Ausstattung nach um einen Bolzplatz und nicht um eine Ballspielfläche für Kinder handelt.
3. Die Zumutbarkeit des von einem Bolzplatz ausgehenden Lärms kann **nicht abschließend anhand von technischen Regelwerken** beurteilt werden, da sich weder die TA Lärm oder die 18. BImSchV (Sportanlagenlärmschutzverordnung) noch die Freizeitlärm-Richtlinie (LAI-Richtlinie) für derartige Anlagen Geltung beimessen. Die normkonkretisierende Funktion der Immissionsrichtwerte der Sportanlagenlärmschutzverordnung kann die individuelle Würdigung der von **Spiel- und Freizeitanlagen** ausgehenden Lärmimmissionen nicht ersetzen; die Verordnung kann jedoch einen Ausgangspunkt für die rechtliche Bewertung bieten.

**Fall:** Der Kläger ist Mieter eines Hauses. Er wendet sich gegen Lärmimmissionen, die von der Nutzung eines von der beklagten Gemeinde in unmittelbarer Nähe betriebenen Bolzplatzes ausgehen. Dieser Platz wird überwiegend von Jugendlichen zwischen 14 und 18 Jahren genutzt. Der Platz war zuvor von der Gemeinde als Tennisplatz genutzt worden. Die Nutzungsänderung wurde baurechtlich genehmigt. Der Kläger erhebt Klage vor dem Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Beklagte zu verpflichten die Nutzung einzustellen oder zumindest zu beschränken. Wird er Erfolg haben?

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

### I. Zulässigkeit der Klage

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

Der Kläger macht hier einen ungeschriebenen, aber allgemein anerkannten **öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch** geltend, für den der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

#### 2. Statthafte Klageart

Da der Kläger von der Beklagten ein schlicht hoheitliches Handeln, genauer ein Unterlassen verlangt, ist die zulässige Klageart die allgemeine Leistungs-(Unterlassungs-)Klage (vgl. grundlegend BVerwG, Urteil vom 07.10.1983 - 7 C 44.81 - BVerwGE 68, 62).

#### 3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

Der Kläger müsste nach der Möglichkeitstheorie geltend machen können, durch das Betreiben des Bolzplatzes in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein.

*„Zutreffend weist die Beklagte im Ausgangspunkt zwar darauf hin, dass **bauplanungsrechtlicher Nachbarschutz** nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts **nur dem Eigentümer** zusteht, nicht jedoch sonstigen Personen, die - wie hier der Kläger als Wohnungsmieter - lediglich obligatorisch berechtigt sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 11.05.1989 - 4 C 1.88 - BVerwGE 82, 61). Der Kläger macht jedoch keinen Nachbarschutz nach bauplanungsrechtlichen Vorschriften, sondern einen **allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch zur Abwehr von "schädlichen Umwelteinwirkungen"** im Sinne von § 3 I BImSchG geltend. Dieser Anspruch und die immissionsschutzrechtlichen Schutzpflichten sind anders als das Bauplanungsrecht jedoch **nicht grundstücksbezogen**, sondern bezwecken den Schutz sämtlicher Personen, welche von den Auswirkungen einer genehmigungsbedürftigen oder sonstigen Anlage als Nachbarn und damit nicht bloß als Teil der Allgemeinheit betroffen werden; **ausreichend** ist, dass sich die **Person regelmäßig derartig im Einwirkungsbereich der Anlage aufhält**, dass sie durch diese in einer von § 5 I 1 Nr. 1 BImSchG missbilligten Weise betroffen sein kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 22.10.1982 - 7 C 50.78 - DVBl 1983, 183). Entsprechend dem Schutzzweck der immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten ist es deshalb unerheblich, ob sich der Betroffene als Eigentümer oder lediglich als Mieter einer Wohnung im Einwirkungsbereich der Anlage aufhält. Zu Recht weist das erstinstanzliche Urteil insoweit auf den unterschiedlichen Nachbarbegriff im Bau- und Immissionsschutzrecht hin.“ (VGH Mannheim aaO.)*

Der Kläger ist daher auch analog § 42 II VwGO klagebefugt. Hinsichtlich des Vorliegens der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken.

## II. Begründetheit der Klage

Die Klage müsste auch begründet sein. Dies ist der Fall, wenn die Voraussetzungen für einen Anspruch des Klägers vorliegen.

### 1. Verletzung des immissionsschutzrechtlichen Vermeidungsgebots

Ein Abwehranspruch könnte sich aus der Verletzung des immissionsschutzrechtlichen Vermeidungsgebots gemäß § 22 I 1 Nr. 1 BImSchG ergeben.

*„Auch in Bezug auf Anlagen, die - wie hier der Bolzplatz - als **öffentliche Einrichtung** (vgl. § 10 II GemO) **hoheitlich betrieben** werden, gilt, dass § 22 I BImSchG kein Rechtsverhältnis zwischen Betreiber und Nachbarn begründet und dem letzteren daher auch keinen unmittelbaren Anspruch gegen jenen verleiht (vgl. grundlegend BVerwG, Urteil vom 29.04.1988 - 7 C 33.87 - BVerwGE 79, 254). Die §§ 22 ff. wie auch die §§ 4 ff. BImSchG begründen **Rechte (Befugnisse) und Pflichten im Verhältnis zwischen** der für die Genehmigung und Überwachung emittierender Anlagen zuständigen **Behörde und dem Errichter und Betreiber** der Anlage sowie - soweit die Vorschriften drittschützend sind - zwischen Behörde und Drittbetroffenen. Sie begründen ihrer Struktur nach **keine Duldungspflichten und Abwehransprüche im unmittelbaren Nachbarschaftsverhältnis zwischen Störer und Gestörtem**, auch dann nicht, wenn der Störer ein öffentlicher Hoheitsträger ist. Die Bestimmungen der § 22 I 1 BImSchG i.V.m. § 3 I 1 BImSchG sind deshalb lediglich zur Beurteilung der Frage heranzuziehen, welches Maß an Lärmbelastigungen dem Kläger zuzumuten ist.“* (VGH Mannheim aaO.)

### 2. Allgemeiner öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch

Als Anspruchsgrundlage für das Begehren des Klägers kommt deshalb der allgemeine öffentlich-rechtliche Abwehranspruch in Betracht.

#### a) Herleitung des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs

*„Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat der **Nachbar einer von der öffentlichen Hand (schlicht-hoheitlich) betriebenen Anlage** einen am Maßstab des § 22 BImSchG i.V.m. § 3 I BImSchG ausgerichteten öffentlich-rechtlichen Anspruch darauf, dass **erhebliche Lärmbelastigungen** aus dem Betrieb der Anlage **unterbleiben** oder **auf ein Mindestmaß beschränkt** werden.“* (VGH Mannheim aaO.)

Der Anspruch wird entweder aus einer analogen Anwendung der §§ 1004, 906 BGB hergeleitet oder ergibt sich aufgrund eines grundrechtlichen Anspruchs aus Art. 2 II 1 GG und Art. 14 I 1 GG ergibt und ist allgemein anerkannt (vgl. grundlegend zu dem öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch BVerwG, Urteile vom 29.04.1988 - 7 C 33.87 -, aaO.; sowie vom 19.01.1989 - 7 C 77.87 - BVerwGE 81, 197; vgl. hierzu auch Senatsbeschluss vom 06.03.2012 - 10 S 2428/11 -NVwZ 2012, 837).

#### b) Keine Legalisierungswirkung der baurechtlichen Genehmigung

*„Einem öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch steht dabei **nicht entgegen**, dass das Landratsamt am 12.02.2010 die Umnutzung der bestehenden Tennisplatzanlage als Bolzplatz **baurechtlich genehmigt** hat. Der durch die Baugenehmigung vermittelte **Bestandsschutz** kann sich nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts **nur in den Grenzen** entfalten, die ihm das **Immissionsschutzrecht** lässt (vgl. BVerwG, Urteil vom 23.09.1999 - 4 C 6.98 - BVerwGE 109, 314). Da die Grundpflichten des § 22 I 1 BImSchG für die gesamte Dauer des Betriebs einer Anlage zu erfüllen sind, steht nicht einmal die durch eine bestandskräftige Baugenehmigung geschützte Position einem öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch entgegen.“* (VGH Mannheim aaO.)

#### c) Voraussetzungen des Abwehranspruchs

Nach §§ 906 I 1, 1004 I BGB kann ein Nachbar u.a. **Geräusche**, welche die Benutzung seines Grundstücks **nicht nur unwesentlich beeinträchtigen**, abwehren.

##### aa) Maßstab für wesentliche Beeinträchtigung

Als Maßstab dafür, ob Geräuschimmissionen wesentlich und deshalb nicht zu dulden sind, ist § 22 I i.V.m. § 3 I BImSchG heranzuziehen (vgl. hierzu etwa BVerwG, Urteil vom 19.01.1989 - 7 C 77.87 -aaO.).

*„Nach den Regelungen des § 22 I 1 Nr. 1 BImSchG sind **immissionsschutzrechtlich nicht genehmigungsbedürftige Anlagen**, zu denen der hier streitgegenständliche Bolzplatz als sonstige ortsfeste Einrichtung im Sinne des § 3 V Nr. 1 BImSchG zählt, so zu errichten und zu betreiben, dass **schädliche Umwelteinwirkungen verhindert** werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind.“* (VGH Mannheim aaO.)

## bb) Maßstab für die Bewertung von Geräuschen

Dann müsste die Geräuschbeeinträchtigung durch den Bolzplatz als schädliche Umwelteinwirkung angesehen werden können. § 3 I BImSchG definiert schädliche Umwelteinwirkungen als **Immissionen**, die nach **Art, Ausmaß oder Dauer** geeignet sind, **Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen** für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen.

*„Ob Immissionen als schädlich anzusehen sind, hängt von einer **Vielzahl von Faktoren** ab. Die Schädlichkeit lässt sich nicht nach einem festen und einheitlichen Maßstab für jegliche Art von Geräuschen bestimmen und ist weitgehend der tatrichterlichen Wertung im Einzelfall vorbehalten. Insofern ist eine **umfassende situationsbezogene Abwägung aller Umstände des Einzelfalls** und ein Ausgleich widerstrebender Interessen vorzunehmen. Dabei sind die Wirkungen der Immissionen für die Betroffenen zu berücksichtigen. Die tatrichterliche Bewertung der Zumutbarkeit richtet sich danach ausschließlich nach den jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles, insbesondere nach der durch die **Gebietsart** und die **tatsächlichen Verhältnisse** bestimmte Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit. Zu berücksichtigen sind dabei wertende Elemente wie **allgemeine Akzeptanz** und **soziale Adäquanz**. Diese Umstände müssen im Sinne einer "Güterabwägung" in eine wertende Gesamtbetrachtung einfließen (vgl. BVerwG, Urteile vom 24.04.1991 - 7 C 12.90 - BVerwGE 88, 143; sowie vom 30.04.1992 - 7 C 25.91 - BVerwGE 90, 163; Senatsurteil vom 16.04.2002 - 10 S 2443/00 - NVwZ-RR 2002, 643).“* (VGH Mannheim aaO.)

Zur Beurteilung der Schädlichkeit kann das Gericht grundsätzlich auch technische Regelwerke heranziehen, wenn sie für die Beurteilung der Erheblichkeit der Lärmbelästigung im konkreten Streitfall brauchbare Anhaltspunkte liefern.

*„Sofern für die Ermittlung und Bewertung der auf die Nachbarschaft einwirkenden Geräusche **keine bestimmten Mess- und Berechnungsverfahren oder Lärmwerte rechtlich verbindlich vorgegeben** sind, bleiben die Umstände des konkreten Einzelfalls maßgeblich (vgl. BVerwG, Beschluss vom 17.07.2003 - NJW 2003, 3360).“* (VGH Mannheim aaO.)

## cc) Anwendung auf den Fall

Es ist also zunächst zu schauen, ob in technischen Regelwerken Messverfahren und Lärmwerte verbindlich vorgegeben sind. Anderenfalls ist Einzelfallabhängig eine Wertung vorzunehmen.

### (1) Anwendbarkeit technischer Regelwerke

#### (a) § 22 Ia BImSchG

Für die von Kindern verursachten Geräusche enthält § 22 Ia BImSchG eine Spezialvorschrift. Danach sind Geräuscheinwirkungen, die von Kindertagesstätten, Kinderspielplätzen und ähnlichen Einrichtungen wie beispielsweise Ballspielplätzen durch Kinder hervorgerufen werden, im Regelfall keine schädlichen Umwelteinwirkungen. Bei der Beurteilung der Geräuscheinwirkungen dürfen Immissionsgrenz- und Richtwerte nicht herangezogen werden.

*„Nach dieser Regelung steht **Kinderlärm** unter einem **besonderen Toleranzgebot der Gesellschaft**; Geräusche spielender Kinder sind Ausdruck der kindlichen Entwicklung und Entfaltung und daher grundsätzlich zumutbar (vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 22 Ia BImSchG, BT-Drs. 17/4836, S. 4).*

*Diese Privilegierungsregelung ist im hier zu beurteilenden Fall indes nicht anwendbar. Dem steht zum einen bereits entgegen, dass der **Benutzerkreis** der Ballspielanlage von der Beklagten **nicht verbindlich und nach außen erkennbar auf Kinder** im Sinne des § 22 Ia BImSchG **beschränkt** worden ist. Nach der Gesetzesbegründung knüpft der in § 22 Ia BImSchG verwendete Begriff des Kindes an die Definition des § 7 I Nr. 1 SGB VIII an; **Kind ist mithin, wer noch nicht 14 Jahre alt** ist (vgl. BT-Drs. 17/4836, S. 6). Auf diesen Kreis der Kinder unter 14 Jahren hat die Beklagte die Benutzung des Bolzplatzes jedoch nicht beschränkt; vielmehr soll er nach ihrem Vortrag im gerichtlichen Verfahren ausdrücklich auch der sportlichen Betätigung für Jugendliche und junge Erwachsene dienen. Zum anderen ist die **Privilegierung** des § 22 Ia BImSchG nach der Intention des Gesetzgebers **auf Bolzplätze** schon wegen des unterschiedlichen Lärmprofils **nicht anwendbar**. [wird ausgeführt]“* (VGH Mannheim aaO.)

## (b) TA-Lärm

Die TA-Lärm (6. Allgem. Verw. v. Vorschrift zum BImSchG - Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm, vom 26.08.1998, GMBI. S. 503) könnte verbindliche Vorgaben zu Messungen und Grenzwerten machen. Dazu müsste die TA-Lärm aber überhaupt anwendbar sein.

*„Gemäß Ziffer 1 a, b TA Lärm ist diese **weder auf Sportanlagen**, die der 18. BImSchV unterliegen, **noch auf sonstige nicht genehmigungsbedürftige Freizeitanlagen** anwendbar. Zwar sind gemäß Nr. 1 der LAI-Richtlinie Freizeitanlagen Anlagen, die dazu bestimmt sind, von Personen zur Gestaltung ihrer Freizeit genutzt zu werden, was für eine Anwendung auch für Bolzplätze sprechen könnte. Die in Nr. 1 der Freizeitlärm-Richtlinie aufgeführten Regelbeispiele für ihre Anwendbarkeit zeigen jedoch, dass die Richtlinie **primär größere Freizeitanlagen mit technischen Einrichtungen** und einem entsprechenden Störungspotential im Blick hat.“ (VGH Mannheim aaO.)*

Ein Rückgriff auf die TA-Lärm ist daher nicht möglich.

## (c) Sportanlagenlärmschutzverordnung

Möglicher Weise können aber die Vorgaben der Sportanlagenlärmschutzverordnung (18. VO zur Durchführung des BImSchG - 18. BImSchV - vom 18.07.1991, BGBl. I S. 1588) herangezogen werden.

*„**Sportanlagen** sind nach der Legaldefinition des § 1 II 18. BImSchV **ortsfeste Einrichtungen** im Sinne des § 3 V Nr. 1 BImSchG, die **zur Sportausübung bestimmt** sind. Wie das Bundesverwaltungsgericht (Beschluss vom 11.02.2003 - 7 B 88.02 - NVwZ 2003, 377) mit Blick auf einen Bolz- und Skateplatz für Kinder bis 14 Jahre ausgeführt hat, ließen die Beschreibungen des Anwendungsbereichs der Verordnung sowie die in ihrem § 3 vorgesehenen Maßnahmen erkennen, dass sich der Verordnungsgeber am Leitbild einer Sportanlage orientiert habe, die dem **Vereinssport, Schulsport oder vergleichbar organisierten Freizeitsport** diene. Die aufgeführten Verpflichtungen des Betreibers passten **nicht** auf kleinräumige Anlagen, die auf regelmäßig unorganisierte, ohne nennenswerte Beteiligung von Zuschauern und ohne Schiedsrichter oder Sportaufsicht stattfindende **körperlich-spielerische Aktivitäten von Kindern** zugeschnitten seien. Die in § 2 I der 18. BImSchV geregelten Anforderungen an die Errichtung und den Betrieb von Sportanlagen, die das vom Normgeber für erforderlich gehaltene Lärmschutzniveau differenzierend nach dem Gebietscharakter, nach Tages-, Nacht- und Ruhezeiten und nach Werktagen sowie Sonn- und Feiertagen durch Festlegung bestimmter Immissionswerte konkretisieren, würden der Eigenart speziell für Kinder bestimmter besonderer Ballspielplätze und ähnlicher Einrichtungen, die dadurch gekennzeichnet seien, dass sie wegen ihrer sozialen Funktion **regelmäßig wohngebietsnah** sein müssen, nicht in jedem Fall gerecht. Ausweislich der Entstehungsgeschichte der Sportanlagenlärmschutzverordnung sei der Verordnungsgeber davon ausgegangen, dass **„Kinderspielplätze und freizeitsportliche Aktivitäten auf Sportgelegenheiten wie Wegen, Plätzen, Spielstraßen und Freiflächen ... nicht erfasst“** würden. Dieser Beurteilung schließt sich der Senat an.“ (VGH Mannheim aaO.)*

Die Sportanlagenlärmschutzverordnung ist daher nicht anwendbar.

## (2) Einzelfallabwägung

Es daher eine Abwägung im Einzelfall stattzufinden. Hierbei können jedoch auch die Vorgaben der technischen Regelwerke, die nicht unmittelbar anwendbar sind, in die Abwägung eingestellt werden.

*„[Es] bietet es sich an, die von solchen Anlagen ausgehenden Geräuschimmissionen mangels geeigneter und speziell hierfür einschlägiger Vorschriften nach dem in der Sportanlagenlärmschutzverordnung festgelegten Ermittlungs- und Messverfahren zu bestimmen, das der Besonderheit der bei Sport und Spiel auftretenden Geräusche hinreichend Rechnung trägt. Die **Beurteilung der Zumutbarkeit** von Geräuschen, die von derartigen Anlagen ausgehen, muss jedoch wegen deren Atypik und Vielgestaltigkeit weitgehend der **tatrichterlichen Wertung im Einzelfall** vorbehalten bleiben. Die normkonkretisierende Funktion der Immissionsrichtwerte der Sportanlagenlärmschutzverordnung kann die individuelle Würdigung bei den aus der Sicht der Verordnung atypischen Spiel- und Freizeitanlagen nicht ersetzen; sie kann jedoch einen Ausgangspunkt für die rechtliche Bewertung bieten.*

*Ausgehend hiervon und von der von der Beklagten im Laufe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens eingeholten Schallimmissionsprognose der anerkannten Begutachtungsstelle X-GmbH vom 27.04.2009 sind die von dem Bolzplatz ausgehenden Geräusche für den Kläger zumutbar. [wird ausgeführt]“ (VGH Mannheim aaO.)*

StVO

**Abschleppmaßnahme**

POR

§ 41 I i.V.m. VZ 229

**Verbotswidrig an Taxenstand abgestelltes Fahrzeug**

(BVerwG in BayVBI 2015, 60; Urteil vom 09.04.2014 – 3 C 5/13)

Die Einleitung einer kostenpflichtigen Abschleppmaßnahme wegen eines verbotswidrig an einem Taxenstand (Zeichen 229 zu § 41 StVO) abgestellten Fahrzeugs ist regelmäßig auch **ohne Einhaltung einer bestimmten Wartezeit** mit dem bundesverfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar. Nach Maßgabe der konkreten Umstände kann es allerdings geboten sein, von Abschleppmaßnahmen abzusehen, etwa wenn eine **Beeinträchtigung des reibungslosen Taxenverkehrs ausgeschlossen** ist, oder mit der Abschleppanordnung zu warten, etwa wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Verantwortliche kurzfristig wieder am Fahrzeug erscheinen und es unverzüglich selbst entfernen wird.

**Fall:** Am 02.02.2011 stellte ein mit der Überwachung des ruhenden Verkehrs beauftragter Bediensteter der Beklagte um 19:30 Uhr fest, dass ein Reisebus des Kl. auf einem mit dem Zeichen 229 ausgeschilderten Taxenstand in F. abgestellt und dessen Fahrer nicht im Fahrzeug oder dessen Umgebung anzutreffen war. Nachdem der städtische Bedienstete vergeblich versucht hatte, den Kl. über die im Reisebus sichtbar angebrachte Mobilfunknummer zu erreichen, ordnete er das Abschleppen des Busses an. Gegen 19:40 Uhr erschien der Kl. wieder am Bus und fuhr ihn wenig später fort. Der städtische Bedienstete brach die Abschleppmaßnahme um 19:42 Uhr noch vor dem Eintreffen des Abschleppfahrzeugs ab.

Mit Bescheid vom November 2011 machte die Beklagte gegenüber dem Kl. Kosten in Höhe von 513,15 € geltend; dieser Betrag setzt sich zusammen aus den der Beklagte vom Abschleppunternehmen in Rechnung gestellten Kosten für die Leerfahrt eines mit zwei Mitarbeitern besetzten vierachsigen Abschleppfahrzeugs in der Zeit von 19:38 Uhr bis 20:08 Uhr in Höhe von 446,25 €, Verwaltungsgebühren in Höhe von 60 € und Zustellkosten in Höhe von 6,90 €. Dem Widerspruch des Kl. half die Beklagte in Höhe der hälftigen Zustellkosten ab; im Übrigen wies sie den Widerspruch zurück. Die hiergegen gerichtete Klage hatte keinen Erfolg. Allerdings wurde der Berufung des Kl. stattgegeben und der Bescheid nebst Widerspruchsbescheid aufgehoben. Hierbei wurde darauf abgestellt, dass die Maßnahme unangemessen und daher nicht verhältnismäßig gewesen sei. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten.

**I. Prüfungsumfang der Revision**

Nach § 137 I VwGO prüft das BVerwG nur die Verletzung von Bundesrecht oder einer Vorschrift des Verwaltungsverfahrensgesetzes eines Landes, die ihrem Wortlaut nach mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes übereinstimmt.

Hier sind die Rechtsgrundlagen für den von der Beklagte gegen den Kl. geltend gemachten Kostenerstattungsanspruch im Wesentlichen dem irreversiblen Landesrecht zu entnehmen, namentlich den Vorschriften des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) und des Hessischen Verwaltungskostengesetzes (HVwKostG) sowie der Verwaltungskostenordnung für den Geschäftsbereich des Hessischen Ministeriums des Innern und für Sport, auf die die Abschleppanordnung und die daran anschließende Heranziehung des Kl. zur Kostentragung gestützt sind.

Allerdings stand die Abschleppmaßnahme im Ermessen der Beklagten. Bei der Ausübung dieses Ermessens ist sie an den bundesverfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden. Dies gilt auch für die an diese Maßnahme anknüpfende Heranziehung des Kl. zur Kostentragung.

*„Der revisionsgerichtlichen Überprüfung unterliegt jedoch, ob das Berufungsgericht dabei den **bundesverfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zutreffend angewendet** hat (stRspr; vgl. u.a. Beschl. v. 18.02.2002 – BVerwG 3 B 149.01, Buchholz 442.151 § 12 StVO Nr. 10 S. 2 m.w.N.). Dass die Inanspruchnahme des Kl. unabhängig davon aus Gründen des Landesrechts rechtswidrig war, haben die Vorinstanzen nicht angenommen; das ist auch sonst nicht ersichtlich.“* (BVerwG aaO.)

Die Revision kann daher prüfen, ob das Berufungsgericht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fehlerfrei angewendet hat.

**II. Verhältnismäßigkeit der Abschleppmaßnahme**

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass die Abschleppanordnung unangemessen war, weil hier nicht länger mit der Abschleppanordnung gewartet wurde. Es war der Auffassung, dass in den Fällen eines Verstoßes gegen das absolute Haltverbot, das an Taxenständen nach dem Zeichen 229 für andere als betriebsbereite Taxen gilt, im Allgemeinen eine

Wartezeit von mindestens 30 Minuten seit der Feststellung des unzulässigen Abstellens eingehalten werden muss, bevor eine Abschleppmaßnahme eingeleitet werden darf. Fraglich ist, ob dies einer Überprüfung standhält.

### 1. Ausübung von Ermessen

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der städtische Bedienstete, welcher die Abschleppmaßnahme eingeleitet hatte, sein Ermessen überhaupt nicht ausgeübt hat. Immerhin hat vor der Einleitung der Abschleppmaßnahme – allerdings vergeblich – zunächst noch versucht, Abhilfe über einen Anruf auf der im Reisebus ausliegenden Mobiltelefonnummer zu schaffen; damit wurden auch in Betracht kommende Handlungsalternativen in seine Entscheidungsfindung einbezogen.

### 2. legitimer Zweck

*„Mit dem Abstellen des Reisebusses am Taxenstand hat der Kl. gegen das mit dem Zeichen 229 angeordnete absolute Haltverbot für nichtberechtigte Fahrzeuge und das sich **daraus zugleich ergebende Wegfahrgebot** verstoßen, das in entsprechender Anwendung von § 80 II Nr. 2 VwGO **sofort vollziehbar** ist (vgl. Beschl. v. 26.01.1988 – BVerwG 7 B 189.87, Buchholz 442.151 § 13 StVO Nr. 4 S. 1 f. und v. 15.06.1981 – BVerwG 7 B 216.80, Buchholz 442.151 § 41 StVO Nr. 4 S. 3). Der Kl. hat damit gemäß § 49 III Nr. 4 i.V.m. § 41 I StVO und Zeichen 229 der Anlage 2 zur StVO eine Ordnungswidrigkeit begangen. Darüber hinaus **verletzt** dieses Verhalten – auch ohne dass es erst noch zu einer konkreten Beeinträchtigung der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs kommen muss – die **öffentliche Sicherheit im Sinne des Gefahrenabwehrrechts** (vgl. zum Hessischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung – HSOG: VGH Kassel, Urt. v. 22.05.1990 – 11 UE 2056/89, NVwZ-RR 1991, 28).“ (BVerwG aaO.)*

Der Schutz der öffentlichen Sicherheit stellt ohne weiteres einen legitimen Zweck dar.

### 3. Geeignetheit

Das Entfernen des Reisebusses von dem verbotswidrig in Anspruch genommenen Taxistellplatz war geeignet, den entsprechenden Verstoß gegen das absolute Haltverbot und die damit eingetretene Störung der öffentlichen Sicherheit wieder zu beseitigen.

### 4. Erforderlichkeit

Die Einleitung der Abschleppmaßnahme war erforderlich, wenn es kein milderes Mittel gleicher Eignung gab, um die öffentliche Sicherheit zu schützen.

*„Insoweit gilt nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats, dass bei einer – bezogen auf den Zeitpunkt der Entdeckung des Verstoßes – zeitnahen Abschleppmaßnahme eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (nur) dann in Betracht zu ziehen ist, wenn der **Führer des Fahrzeugs ohne Schwierigkeiten und ohne Verzögerung festgestellt und zur Beseitigung des verbotswidrigen Parkens veranlasst** werden kann (vgl. Beschl. v. 27.05.2002 – BVerwG 3 B 67.02, VRS 2002 309 [310] m.w.N.).*

*Dementsprechend war es **nicht ausreichend**, dass der Kl. seine **Mobilfunknummer** im Reisebus hinterlegt hatte. Der städtische Bedienstete unternahm vor dem Bestellen des Abschleppwagens den Versuch, den Kl. über diese Nummer telefonisch zu erreichen. Nachdem dieser Versuch ohne Erfolg blieb und auch sonst nicht zu erkennen war, dass der Fahrer des Busses alsbald wieder an seinem Fahrzeug eintreffen würde, waren weitere Maßnahmen zu einer Kontaktaufnahme nicht veranlasst. Der Kl. hat keinerlei konkrete Angaben zu seinem aktuellen Aufenthalt hinterlassen; für den städtischen Bediensteten war damit nicht ersichtlich, wo sich der für das Fahrzeug Verantwortliche befand. Der Kl. kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, er sei wegen eines dringenden Ganges auf die Toilette vorübergehend telefonisch nicht erreichbar gewesen. Der für den Verkehrsverstoß Verantwortliche hat das Risiko für seine jederzeitige Erreichbarkeit zu tragen. Hier hat der Kl. zudem, wie er in seiner Revisionserwiderung vorträgt, das Mobiltelefon selbst abgestellt.“ (BVerwG aaO.)*

### 5. Angemessenheit

#### a) Maßstäbe für die Angemessenheit einer Abschleppmaßnahme

*„Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats und des zuvor für das Straßenrecht zuständigen 7. Senats des BVerwG ist es zwar **unverhältnismäßig**, einen **bloßen Verstoß etwa gegen das Verbot des Gehweg Parkens** oder allein die Vorbildwirkung des fehlerhaften Verhaltens, also **ausschließlich generalpräventive Erwägungen**, zum Anlass für Abschleppmaßnahmen zu nehmen; andererseits ist es aber nicht zweifelhaft, dass verbotswidrig abgestellte Fahrzeuge **regelmäßig abgeschleppt** werden dürfen, wenn sie andere Verkehrsteilnehmer **behindern**. Dies gilt etwa beim Verstellen des gesamten Bürgersteigs oder einem Hineinragen des Fahrzeugs in die Fahrbahn, bei Funktionsbeeinträchtigungen einer Fußgängerzone oder beim verbotswidrigen Parken auf einem Schwerbehinderten-Parkplatz, in Feuerwehranfahrzonen oder auch bei einem Abschleppen zur Verhinderung von Straftaten. In allen diesen wie auch in sonstigen Abschleppfällen dürfen jedoch die **für den Betroffenen entstehenden Nachteile nicht außer Verhältnis zu dem mit der Maßnahme bezweckten Erfolg** stehen, was unter*

Abwägung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen ist. Dabei hat die Straßenverkehrsbehörde sich davon leiten zu lassen, dass **Abschleppmaßnahmen ohne konkrete Behinderungen** zwar **nicht ausgeschlossen** sind, die **gegenläufigen Interessen** aber naturgemäß ein **größeres Gewicht** bekommen (zusammenfassend dazu Beschl. v. 18.02.2002 aaO. S. 2 f. m.w.N.).“ (BVerwG aaO.)

## b) Anwendung auf den Fall

Da eine konkrete Behinderung im vorliegenden Fall nicht feststellbar war, kommt es für die Angemessenheit der Abschleppmaßnahme darauf an, ob die gegenläufigen Interessen des Klägers Vorrang vor dem Schutz der öffentlichen Sicherheit haben.

### aa) Bedeutung von Taxenstellplätzen

„Dabei fällt zugunsten des ordnungsbehördlichen Einschreitens ins Gewicht, dass sowohl der Gesetz- als auch der Ordnungsgeber dem **reibungslosen Funktionieren des Taxenverkehrs einen hohen Stellenwert** beimessen. Gemäß § 8 II des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) ist der Verkehr mit Taxen, der eine der in § 8 I PBefG genannten Verkehrsarten – also die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr – ersetzt, ergänzt oder verdichtet, **Teil des öffentlichen Personennahverkehrs**. Auch der erkennende Senat hat – wenn auch in anderem Zusammenhang – angenommen, dass die Existenz und das Funktionieren des Taxenverkehrs als **überragend wichtiges Gemeinschaftsgut** anzusehen sind (vgl. Beschl. v. 31.01.2008 – BVerwG 3 B 77.07, juris Rn. 7 m.w.N.). Der Ordnungsgeber hat mit der 17. Verordnung zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften vom 14.12.1993 (BGBl I S. 2043) das früher an Taxenständen geltende Parkverbot für nicht berechnete Fahrzeuge (vgl. § 12 III Nr. 5 StVO a. F.) durch ein **absolutes Haltverbot** ersetzt; er hat dadurch deutlich gemacht, dass er dem Taxenverkehr im Allgemeinen und der **jederzeitigen bestimmungsgemäßen Nutzbarkeit der Taxenstände** im Besonderen eine hohe Bedeutung beimisst. Zur Begründung für diese Änderung verweist er darauf, dass im Interesse eines möglichst reibungslosen Taxiverkehrs die **rechtlichen Voraussetzungen für das Freihalten der Taxenstände von unberechtigt haltenden und parkenden Fahrzeugen verbessert** werden müssten (VkBf 1994 S. 172). Diese als Nummer 9 an die sonstigen absoluten Haltverbote des § 12 I StVO angefügte Regelung hat mit der 46. Verordnung zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften vom 05.08.2009 (BGBl I S. 2631) und der Verordnung zur Neufassung der Straßenverkehrs-Ordnung vom 06.03.2013 (BGBl I S. 367) ihren Standort in Nummer 15 der Anlage 2 zu § 41 I StVO gefunden; die **rechtliche Gewichtung** des absoluten Haltverbots an Taxenständen ist davon unberührt geblieben.“ (BVerwG aaO.)

### bb) Entbehrlichkeit einer konkreten Behinderung

Vor diesem Hintergrund wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung davon ausgegangen, dass eine Abschleppmaßnahme bei einem Verstoß gegen das sich aus dem Zeichen 229 ergebende absolute Haltverbot grundsätzlich auch **ohne konkrete Beeinträchtigung** eines zum Halten und Parken an Taxenständen berechtigten Taxis verhältnismäßig ist (so u.a. VGH München, Beschl. v. 15.12.2006 – 24 ZB 06.2743, BayVBl 2007, 249; OVG Hamburg, Beschl. v. 07.03.2006 – 3 Bf 392/05, VRS 2006, 231 [232 f.] sowie OVG Saarlouis, Beschl. v. 16.06.1999 – 9 Q 166/98, juris Rn. 13).

„Das findet seine Rechtfertigung darin, dass **in aller Regel zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Erlass einer Abschleppanordnung weder absehbar ist, wann das nächste halteberechtigte Taxi am Taxenstand eintreffen wird, noch eingeschätzt werden kann, wann der Verantwortliche das dort unberechtigt abgestellte Fahrzeug selbst wegfahren wird**. Da unterstellt werden kann, dass Taxenstände regelmäßig nur in dem für einen ordnungsgemäßen Taxenbetrieb erforderlichen Umfang ausgewiesen werden, muss vielmehr **jederzeit mit der Inanspruchnahme des Taxenstandes durch Taxen** und bei einem verbotswidrigen Abstellen sonstiger Fahrzeuge mit deren Behinderung gerechnet werden (in diesem Sinne auch VGH München, Beschl. v. 15.12.2006 aaO. und OVG Hamburg, Beschl. v. 07.03.2006 aaO.). Etwas anderes kann nur ausnahmsweise bei Vorliegen **besonderer örtlicher oder zeitlicher Umstände** angenommen werden, etwa dann, wenn offenkundig nicht (mehr) mit einer Inanspruchnahme des Taxenstandes durch Taxen und deren Fahrgäste zu rechnen ist. Das war hier – an einem Samstagabend in Frankfurt-Sachsenhausen – fernliegend. Darüber hinaus erwies sich die Beeinträchtigung der Nutzung des Taxenstandes schon wegen der Größe des Reisebusses als besonders gravierend.“ (BVerwG aaO.)

## III. Ergebnis

Die Einleitung der Abschleppmaßnahme war kein übermäßiger Eingriff in den Rechtskreis des Kl. Der städtische Bedienstete durfte in Abwägung der wesentlichen Umstände des Einzelfalls zum Ergebnis kommen, dass die Nachteile, die mit der Abschleppmaßnahme für den Betroffenen verbunden sind, nicht außer Verhältnis zum bezweckten Erfolg stehen.

## 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.

AGG  
§ 3 I

## Benachteiligung wegen des Geschlechts Pflicht zur Entschädigung

ArbeitsR

(BAG in BB 2015, 506; Urteil vom 18.09.2014 – 8 AZR 753/13)

**Fall:** Die Parteien streiten über einen Entschädigungsanspruch, den die Klägerin aufgrund einer Benachteiligung als Frau bei einer Bewerbung geltend macht. Die Klägerin ist gelernte Verwaltungsfachfrau. Sie ist verheiratet und Mutter eines schulpflichtigen Kindes, das im Zeitpunkt der Bewerbung sieben Jahre alt war. Die Beklagte, die in S einen Radiosender betreibt, suchte per Zeitungsanzeige für eine Vollzeitstelle eine/n „Buchhalter/-in“ mit abgeschlossener kaufmännischer Ausbildung. Mit Schreiben vom 14.04.2012 bewarb sich die Klägerin unter Beifügung ihres Lebenslaufes. Sie erhielt unter dem 02.05.2012 eine Absage, der die Beklagte zu ihrer Entlastung die Bewerbungsunterlagen beifügte. Auf dem zurückgesandten Lebenslauf fand die Klägerin neben ihrer Textzeile „verheiratet, ein Kind“ den handschriftlich hinzugesetzten Vermerk „7 Jahre alt!“. Die so entstehende Wortfolge „ein Kind 7 Jahre alt!“ war durchgängig unterstrichen worden. Mit Schreiben vom 06.05.2012 machte die Klägerin bei der Beklagten eine Entschädigung wegen Verstoßes gegen das AGG geltend, was die Beklagte unter dem 21.06.2012 ablehnte. Hat die Klägerin einen entsprechenden Anspruch?

### I. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet.

„Als Bewerberin ist die Klägerin **„Beschäftigte“** nach § 6 I 2 Alt. 1 AGG. Da die Beklagte um Bewerbungen für das von ihr angestrebte Beschäftigungsverhältnis nachgesucht hat, ist sie **„Arbeitgeberin“** i.S.d. § 6 II 1 AGG (vgl. BAG 23.01.2014 - 8 AZR 118/13 - Rn. 17 und 20; 21.06.2012 - 8 AZR 188/11 - Rn. 17 und 18, BAGE 142, 143; 19.08.2010 - 8 AZR 370/09 - Rn. 23).

Nach § 15 IV 1 AGG muss ein Anspruch nach I oder II des § 15 AGG **innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden**. Im Falle einer Bewerbung beginnt die Frist grundsätzlich mit dem Zugang der Ablehnung (§ 15 IV 2 AGG) zu laufen, nicht jedoch vor dem Zeitpunkt, in dem der Bewerber von seiner Benachteiligung Kenntnis erlangt hat (BAG 15.03.2012 - 8 AZR 37/11 - Rn. 55, BAGE 141, 48 = AP AGG § 15 Nr. 11). Ihren auf eine Benachteiligung wegen ihres Geschlechts gestützten Entschädigungsanspruch hat die Klägerin jedenfalls, soweit er in die Revision gelangt ist, **innerhalb der Fristen des § 15 IV AGG, § 61b I ArbGG geltend gemacht und eingeklagt**. Diese Klage, in deren Begründung die Klägerin ausführen lässt, sie mache „gegenwärtig einen Anspruch von insgesamt 3.000 € geltend“, wurde der Beklagten am 01.08.2012 zugestellt, womit auch die **Dreimonatsfrist des § 61b I ArbGG** gewahrt wurde.“ (BAG aaO.)

### II. Unmittelbare Benachteiligung

„Das Berufungsgericht, das ausschließlich auf eine mittelbare Diskriminierung abgestellt hat, hat verkannt, dass eine arbeitgeberseitige handschriftliche Anmerkung oder Äußerung „ein Kind 7 Jahre alt!“ auf dem Lebenslauf einer Frau von dem Verbot unmittelbarer Benachteiligung erfasst sein kann (§ 3 I AGG). Eine solche **verbotene unmittelbare Benachteiligung** ist stets vorrangig zu prüfen (vgl. EuGH 20.10.2011 - C-123/10 - [Brachner] Rn. 55, Slg. 2011, I-10003; 06.12.2007 - C-300/06 - [Voß] Rn. 26, Slg. 2007, I-10573; 09.09.2003 - C-25/02 - [Rinke] Rn. 32, Slg. 2003, I-8349; 09.02.1999 - C-167/97 - [Seymour-Smith und Perez] Rn. 53, Slg. 1999, I-623).“ (BAG aaO.)

#### 1. Benachteiligung

„Die Beklagte hat die Klägerin mit der Bewerbungsablehnung benachteiligt. Eine solche Benachteiligung liegt nach § 3 I 1 AGG vor, wenn eine Person eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Im Verhältnis zur tatsächlich eingestellten, erfolgreichen Person wurde die Klägerin **weniger günstig behandelt**.“ (BAG aaO.)

#### 2. Vergleichbare Situation mit gewählter Bewerberin

„Die Klägerin befand sich mit der letztlich ausgewählten Person in einer vergleichbaren Situation (§ 3 I 1 AGG). Zwar hat die Beklagte vorgetragen, ihre Einstellungsentscheidung hätte ausschließlich fachliche Gesichtspunkte gehabt. Damit hat sie jedoch nicht in Abrede gestellt, dass die Klägerin objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet gewesen wäre.“ (BAG aaO.)

#### 3. Kausalzusammenhang zwischen benachteiligender Behandlung und verbotenem Anknüpfungsmerkmal

„§ 22 AGG trifft dabei hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs zwischen Nachteil und verbotenem Merkmal eine **Beweislastregelung**, die sich zugleich auf die Darlegungslast auswirkt. Nach § 22 HS. 1 AGG genügt eine Person, die sich wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe für benachteiligt hält, ihrer Darlegungslast, wenn sie **Indizien vorträgt**, die diese **Benachteiligung vermuten** lassen (BAG 26.06.2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 31 m.w.N.; 26.09.2013 - 8 AZR 650/12 - Rn. 25 f. m.w.N.; EuGH 19.04.2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 34 ff.; vgl. auch Art. 19 I RL 2006/54/EG). Bei der Prüfung eines solchen Kausalzusammenhangs sind alle Umstände des Rechtsstreits im Sinne einer **Gesamtbetrachtung und -würdigung des Sachverhalts** zu berücksichtigen (vgl. EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociatia ACCEPT] Rn. 50; 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 42 ff.; BAG 26. Juni 2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 31 m.w.N.; 21. Juni 2012 - 8 AZR 364/11 - Rn. 33, BAGE 142, 158). Die vorgetragenen Tatsachen müssen darauf schließen lassen, dass die **Benachteiligung zumindest auch wegen jenes Merkmals** erfolgt ist. Durch die Verwendung der Begriffe „Indizien“ und „vermuten“ bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass es hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen einem der in § 1 AGG genannten Gründe und einer ungünstigeren Behandlung genügt, Hilfsstatsachen vorzutragen, die zwar **nicht zwingend den Schluss auf die Kausalität** zulassen, die aber gleichwohl die Annahme rechtfertigen, dass die Kausalität gegeben ist (BAG 23.08.2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 32; 27.01.2011 - 8 AZR 580/09 - Rn. 29). Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (BAG 21.06.2012 - 8 AZR 364/11 - Rn. 32, aaO.). Ist eine solche Vermutung für eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu bejahen, trägt nach § 22 AGG die **andere**

**Partei die Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass **kein Verstoß** gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat. Für die Vermutungswirkung des § 22 AGG ist es ausreichend, dass ein in § 1 AGG genannter Grund „**Bestandteil eines Motivbündels**“ ist, das die Entscheidung beeinflusst hat. Es ist **nicht erforderlich**, dass der von Verfassungen oder Gesetzes wegen als Anknüpfungspunkt verbotene Grund **ausschließliches oder auch nur ein wesentliches Motiv** für das Handeln des Benachteiligenden ist. Eine bloße Mitursächlichkeit genügt (BAG 26.06.2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 34; 26.09.2013 - 8 AZR 650/12 - Rn. 25). Sollte die Beklagte vorliegend also an das Geschlecht der Klägerin bei ihrer benachteiligenden Behandlung angeknüpft haben, so musste dies nicht der vorherrschende Beweggrund, ihr Hauptmotiv oder die „Triebfeder“ ihres Verhaltens sein.“ (BAG aaO.)

#### 4. Anknüpfungskriterium Mutterschaft

„Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts i.S.d. § 3 I 2 AGG liegt nicht schon deswegen vor, weil die Klägerin bei ihrer Bewerbung wegen ihrer „Mutterschaft“ ungünstiger behandelt worden wäre. Schwangerschaft und Mutterschaft sind **untrennbar mit dem Geschlecht** verbunden, sie können als Differenzierungsmerkmale ausschließlich Frauen nachteilig treffen. Die Tatsache, dass die Klägerin Mutter eines siebenjährigen Kindes ist, fällt nicht unter „Mutterschaft“, wie sie das AGG und das Unionsrecht unter besonderen Schutz stellen. Eine **unmittelbare Diskriminierung in diesem Sinne liegt nicht vor.**“ (BAG aaO.)

#### 5. Anknüpfungskriterium Geschlecht

„§ 3 I 2 AGG sieht bei diesen Umständen „auch“ **eine unmittelbare Benachteiligung**, was klarstellt, dass eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 3 I 1 AGG nicht vom Gesetzgeber gewollt war (vgl. dazu die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/1780 S. 32). Zwar geht es bei der unmittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts um einen Grund, der ausschließlich Arbeitnehmer eines der beiden Geschlechter betrifft (EuGH 18.03.2014 - C-167/12 - [CD] Rn. 46 f.; 07.12.2000 - C-79/99 - [Schnorbus] Rn. 33, Slg. 2000, I-10997). Solche Gründe sind jedoch **nicht auf biologische Tatsachen** zu reduzieren, die Männer und Frauen nicht in gleicher Weise betreffen können, wie sich zum einen an dem Wortlaut von § 3 I 2 AGG („auch“), aber auch an der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ablesen lässt (vgl. EuGH 8. November 1990 - C-177/88 - [Dekker] Slg. 1990, I-3941; vgl. BT-Drs. 16/1780 S. 32).

Eine arbeitgeberseitige Äußerung, die **dem anderen Geschlecht gegenüber nicht gemacht** worden wäre, kann einen Grund i.S.v. § 3 I 1 AGG darstellen, wenn ausschließlich Arbeitnehmer eines der beiden Geschlechter davon betroffen sind. Darunter können auch Äußerungen fallen, die von **tradierten Rollenmustern** ausgehen und diese als Grundlage der Personalauswahl verdeutlichen. Dies kann auch eine arbeitgeberseitige Bezugnahme auf die tradierte Rollenverteilung in Familien einschließlich der damit einhergehenden pauschalen Annahme sein, eines der beiden Geschlechter sei hauptsächlich für die Kinderbetreuung zuständig und als Arbeitskraft deshalb **weniger flexibel oder nur mit Einschränkungen verfügbar.**“ (BAG aaO.)

### III. Anwendung auf den Fall

„Eine arbeitgeberseitige handschriftliche Anmerkung „ein Kind 7 Jahre alt!“, kann an sich auf einem Lebenslauf bezüglich der in § 1 AGG genannten Gründe **neutral** sein, wenn sie **bei allen sich bewerbenden Eltern gemacht** würde, unabhängig vom Geschlecht und aus einer Motivation heraus, die mit dem AGG offensichtlich in Einklang steht, § 5 AGG. Dies etwa bei einem Arbeitgeber, der sich **besonders für die berufliche Entwicklung von Eltern stark macht** und bevorzugt diese bei Einstellungen berücksichtigt. Wird dagegen eine solche Anmerkung **nur auf Lebensläufen weiblicher Elternteile** gemacht, liegt darin eine direkte Benachteiligung „als Frau“, wenn die Äußerung auf die herkömmliche Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen bezogen ist und die **Problematik der Vereinbarung von Kinderbetreuung und Berufstätigkeit** demgemäß nur als Einstellungshindernis für Frauen und Mütter negativ in den Blick genommen wird.“ (BAG aaO.)

BGB  
§§ 355, 495

### Widerruf eines Verbraucherdarlehens Fehlen einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung (OLG Hamm in MDR 2015, 198; Beschluss vom 25.08.2014 – 31 U 74/14)

SR BT

Eine **Verwirkung** des Widerrufsrechts des Darlehensnehmers kommt regelmäßig **nicht in Betracht**, wenn die dem Darlehensnehmer erteilte **Widerrufsbelehrung nicht ordnungsgemäß** ist und der Darlehensgeber die Erteilung einer ordnungsgemäßen Nachbelehrung unterlassen hat.

#### I. Vorliegen eines Verbraucherdarlehensvertrages

„Dem Kläger steht im Hinblick auf den Darlehensvertrag ein **Widerrufsrecht nach den §§ 495 I, 355 BGB** zu, welches er mit seinem Schreiben v. 14.01.2013 ... wirksam ausgeübt hat. Bei dem Darlehensvertrag, den der Kläger im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an der N Beteiligungs GmbH & Co Verwaltungs GmbH ... abgeschlossen hat, handelte es sich unstreitig um einen **Verbraucherdarlehensvertrag** i.S.d. § 491 I BGB.“ (OLG Hamm aaO.)

#### II. Widerrufsfrist

Den Widerruf hat der Kläger rechtzeitig erklärt, weil **mangels ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung** bezüglich beider Darlehensverträge der Lauf der Widerrufsfrist nicht begonnen hatte (§ 355 II S. 1 BGB).

„Die **Widerrufsfrist beginnt** nach § 355 II S. 1 BGB mit dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher eine **deutlich gestaltete Belehrung über sein Widerrufsrecht**, die ihm seine Rechte deutlich macht, in Textform mitgeteilt worden ist. Nach der Rechtsprechung des BGH muss die Widerrufsbelehrung **umfassend, unmissverständlich** und für den Verbraucher **eindeutig** sein. Der Verbraucher soll dadurch nicht nur von seinem Widerrufsrecht Kenntnis erlangen, sondern auch in die Lage versetzt werden, dieses auszuüben. Er ist deshalb auch über den Beginn der Widerrufsfrist eindeutig zu informieren. Um die vom Gesetz bezweckte Verdeutlichung des Rechts zum Widerruf nicht zu beeinträchtigen, darf die Widerrufsbelehrung grundsätzlich keine anderen Erklärungen enthalten, die einen eigenen Inhalt aufweisen und weder für das Verständnis noch für die Wirksamkeit der Belehrung von Bedeutung sind und deshalb von ihr ablenken oder den Verbraucher verwirren können (BGH, Urt. v. 18.03.2014 – II ZR 109/13 – Rn. 15, MDR 2014, 703 = juris; Urt. v. 13.01.2009 – XI ZR 118/08 – Rn. 14, MDR 2009, 1232 = juris m.w.N.). Diesen Anforderungen genügte die im vorliegenden Verfahren verwendete Widerrufsbelehrung nicht, was das LG in dem angegriffenen Urteil zutreffend ausgeführt hat und was von der Beklagten im Berufungsverfahren auch nicht weiter beanstandet wird. Die Finanzierungsverträge haben sich durch den wirksamen Widerruf in Rückabwicklungsverhältnisse umgewandelt. Die Rechtsfolgen richten sich nach den §§ 357, 358, 346 ff. BGB. Dass der Beitritt zu dem Fonds und der Finanzierungsvertrag verbundene Geschäfte i.S.v. § 358 III BGB darstellen, sind unstreitig. Der wirksame Widerruf der Kläger führt deshalb dazu, dass die Beklagte

nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB im Verhältnis zum Kläger in die Rechte und Pflichten des jeweiligen Fonds aus dem verbundenen Vertrag eintritt. Nach dem wirksamen Widerruf hat der Kläger als Verbraucher gegen die Beklagte als finanzierende Bank grundsätzlich einen Anspruch auf Rückerstattung aller aus seinem Vermögen an den Darlehensgeber und Unternehmer erbrachten Leistungen.“ (OLG Hamm aaO.)

### III. Keine Verwirkung

„Die Forderung des Klägers ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht verwirkt. Ein schutzwürdiges Vertrauen kann die Beklagte schon deshalb nicht in Anspruch nehmen, weil sie die Situation selbst herbeigeführt hat, indem sie dem Kläger keine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung erteilte (vgl. BGH, Ur. v. 07.05.2014 – IV ZR 76/11 – Rn. 39, MDR 2014, 718). Außerdem fehlt es ... an konkretem Vortrag, dass und aus welchen Gründen sich die Beklagte, die spätestens aufgrund der Entscheidung des BGH v. 29.04.2010 – I ZR 66/08 – Rn. 21, MDR 2010, 1411) ohne weiteres hätte erkennen können, dass die von ihr verwendete Widerrufsbelehrung fehlerhaft war, berechtigter Weise darauf eingerichtet haben will, dass Anleger Verträge nicht auch noch Jahre nach deren Abschluss und gegebenenfalls auch dann noch widerruf–MDR 2015, 199fen, wenn das Darlehen bereits zurückbezahlt worden ist. Dies gilt erst recht, wenn man berücksichtigt, dass die Beklagte ohne weiteres in der Lage gewesen wäre, den Kläger in wirksamer Form nachzubelehren (§ 355 II S. 3 BGB). Im Übrigen verkennt die Beklagte, dass es eine gesetzgeberische Entscheidung war, eine damalige Sechsmonatsfrist, innerhalb der das Widerrufsrechts auch bei Fehlen einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung erlöschen sollte, nicht in das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zu übertragen. Diese gesetzgeberische Wertung kann nicht dadurch unterlaufen werden, dass man Banken das Recht zubilligt, sich der Haftung durch die Berufung auf § 242 BGB zu entziehen. Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte in diesem Zusammenhang auf die Entscheidungen (OLG Köln v. 25.01.2012 – 13 U 30/11, WM 2012, 1532 ff.; KG, Ur. v. 16.08.2012 – 8 U 101/12, GuT 2013, 213 f.; OLG Düsseldorf, Ur. v. 09.01.2014 – 14 U 55/13, juris). Diese Entscheidungen beruhen jeweils auf die von den genannten Gerichten getroffen Feststellungen tatsächlicher Art und können daher nicht einschränkungslos auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden.“ (OLG Hamm aaO.)

StGB

## Schwere Vergewaltigung

StR BT

§ § 177 IV Nr. 1 StGB

### Kopfkissen als gefährliches Werkzeug

(BGH in FD-StrafR 2015, 365271; Beschluss vom 05.11.2014 – 1 StR 503/14)

1. Ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 177 IV Nr. 1 StGB wird **nicht nur dann** benutzt, wenn der Täter ein **generell gefährliches** Tatmittel einsetzt.
2. Die erforderliche objektive Gefährlichkeit des eingesetzten Gegenstandes kann sich auch erst aus der **konkreten Art seiner (zweckwidrigen) Verwendung** ergeben.
3. Die gefährliche Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (§ 224 I Nr. 5 StGB) steht in **Idealkonkurrenz** zu einer besonders schweren Vergewaltigung mittels gefährlichem Werkzeug, bei der das Opfer schwer misshandelt wird (§ 177 IV Nr. 1, Nr. 2a StGB).

**Fall:** A vergewaltigte die 86 Jahre alte G und drückte ihr ein 80 mal 80 cm großes Kopfkissen mindestens eine Minute lang derart auf das Gesicht, so dass diese unter starker, quälender Atemnot und Todesangst litt und kurz vor der Bewusstlosigkeit stand. Infolge der Atemnot erlitt sie Einblutungen im gesamten Gesichtsbereich.

Das LG verurteilte A wegen besonders schwerer Vergewaltigung gemäß § 177 IV Nr. 1, Nr. 2a StGB in Tateinheit mit einer gefährlichen Körperverletzung mittels das Leben gefährdender Behandlung nach § 224 I Nr. 5 StGB. Zu Recht?

Fraglich ist, ob die das Kopfkissen hier als gefährliches Werkzeug qualifiziert werden kann.

„Ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 177 IV Nr. 1 StGB wird nicht nur dann benutzt, wenn der Täter ein generell gefährliches Tatmittel einsetzt. Die **erforderliche objektive Gefährlichkeit** kann der eingesetzte Gegenstand auch erst aus der **konkreten Art seiner Verwendung** erhalten. Eine Gefährlichkeit des Tatmittels kann sich gerade daraus ergeben, dass ein an sich **ungefährlicher Gegenstand bestimmungswidrig gebraucht** wird. Die Verwendung muss allerdings geeignet sein, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Werkzeug im Sinne des Tatbestandes kann hierbei jeder bewegliche Gegenstand sein, mit dem – gleich auf welche Weise – auf den Körper des Opfers eingewirkt werden kann. Erhalte das an sich ungefährliche Kopfkissen seine objektive Gefährlichkeit durch die konkrete Art und Weise seiner hier vorgenommenen zweckwidrigen Verwendung als Erstickungsmittel, sei es bei der Tat als ein gefährliches Werkzeug im Sinne der §§ 224 I Nr. 2, 177 IV Nr. 1 StGB anzusehen.

Die besonders schwere Vergewaltigung nach § 177 IV Nr. 1, Nr. 2a StGB steht in Tateinheit zu einer gefährlichen Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung nach § 223 I Nr. 5 StGB. Der Unrechtsgehalt des potentiellen Gefährungsdelikts in § 224 I Nr. 5 StGB gehe nicht in dem Unrechtsgehalt von § 177 IV Nr. 1, 2a StGB auf, sodass die Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz für die Annahme von Tateinheit spreche.“ (BGH aaO.)

StGB

## Kein Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte

StR BT

§ 113

### Bei bloßer Flucht vor der Polizei

(BGH in FD-StrafR 2015, 367569; Beschluss vom 15.01.2014 – 2 StR 205/14)

**Fall:** Beamte einer zivilen Ermittlergruppe verfolgten mit drei zivilen Fahrzeugen den vom Angeklagten (A) gesteuerten PKW Smart, in dem sich Diebesgut und Einbruchswerkzeuge befanden. Die Beamten wollten den gegen den auf dem Beifahrersitz sitzenden Mitangeklagten (M) bestehenden Haftbefehl vollstrecken. Als der PKW Smart an einer roten Ampel hielt, erfolgte der Zugriff. Der PKW Opel Astra mit zwei Polizeibeamten stellte sich quer vor den Smart, der PKW Vectra mit zwei weiteren Beamten, einer davon E, hielt rechts neben dem Smart in einem Abstand von 40 cm, der PKW Suzuki stellte sich mit ebenfalls zwei Polizeibeamten schräg dahinter. Die Polizeibeamten stiegen aus ihren Fahrzeugen aus. Jedenfalls drei der Polizeibeamten trugen ihre Dienstausweise offen und gut sichtbar, so dass sie als solche erkennbar waren. Zwei riefen laut und deutlich "Polizei! Türen auf! Aussteigen!" und zwei weitere zogen ihre Waffe und nahmen die Sicherungshaltung ein.

A erkannte, dass es sich um einen Polizeieinsatz handelte. Er legte abrupt den Rückwärtsgang ein, lenkte stark nach rechts und setzte das Fahrzeug hastig zurück, um sich der Festnahme zu entziehen. Dabei wurde der Polizeibeamte E zwischen der hinteren Ecke des PKW Smart und dem hinteren linken Radhaus des Opels Vectra eingeklemmt, wodurch er am Knie verletzt wurde.

Außerdem wurde der Opel Vectra beschädigt. A nahm die Beschädigung des Opels Vectra billigend in Kauf. A und M gaben nach der Kollision den Versuch auf, sich der Polizeikontrolle zu entziehen. Das Landgericht (LG) hat diesen Sachverhalt als Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte gemäß § 113 I, III StGB sowohl in Tateinheit mit Sachbeschädigung (§§ 303 I, 303c StGB, als auch mit Fahren ohne Fahrerlaubnis (§ 21 I Nr. 1 StVG) gewertet. Indem der Angeklagte D. versucht habe, sich der Polizeikontrolle durch Festnahme zu entziehen und zu diesem Zweck den PKW Smart abrupt trotz der ihn einkeilenden drei Fahrzeuge zurücksetzte, habe er bewusst und gewollt mit Gewalt Widerstand gegen die rechtmäßige Diensthandlung der Polizeibeamten geleistet. A wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls und wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte in Tateinheit mit Sachbeschädigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. A hat hiergegen Revision eingelegt.

Fraglich ist, ob die bloße Flucht vor der Polizei als Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte gewertet werden kann.

„Unter Widerstand ist eine **aktive Tätigkeit gegenüber dem Vollstreckungsbeamten mit Nötigungscharakter** zu verstehen, mit der die Durchführung einer Vollstreckungsmaßnahme verhindert oder erschwert werden soll (BGH NStZ 2013, 336). Nach dem Schutzzweck des § 113 StGB muss die **Gewalt gegen den Amtsträger gerichtet** und für ihn - unmittelbar oder mittelbar über Sachen - körperlich spürbar sein (BGHSt 18, 133; Lackner/Kühl, 28. Aufl. 2014, § 113 StGB Rn. 5). **Bloße Flucht** vor der Polizei ist **kein (gewaltsamer) Widerstand**, auch wenn dadurch gegebenenfalls Dritte gefährdet oder unvorsätzlich verletzt werden (BGH NStZ 2013, 336; Fischer StGB, 62. Aufl. 2015, § 113 Rn. 23).

Danach fehlt es hier an einem Widerstande leisten im Sinne von § 113 StGB. Da der Polizeibeamte E. vom Angeklagten unbemerkt um das Heck des PKW Smart herum lief, als der Angeklagte das Fahrzeug zurücksetzte, fehlt es bereits an der für den äußeren Tatbestand erforderlichen, gewaltsamen, gegen die Person des Vollstreckenden gerichteten Handlung. Ebenso wenig wird der für die Verwirklichung des § 113 StGB **notwendige Vorsatz** deutlich, durch eine nötigende Handlung gegen den Vollstreckungsbeamten die Vollstreckungsmaßnahme zu verhindern oder zu erschweren; festgestellt ist lediglich, dass der Angeklagte D. die Beschädigung des Opel Vectra billigend in Kauf nahm, nicht jedoch, dass er die Verletzung eines der Polizeibeamten im Rechtssinne gebilligt hat.“ (BGH aaO.)

StGB  
§ 249

### Ausnutzen der nötigenden Wirkungen Kein Raub, wenn Nötigung anders motiviert

StR BT

(BGH in NStZ 2015, 156; Beschluss vom 18.02.2014 – 5 StR 41/14)

**Fall:** Nach den Feststellungen besuchten am 20.04.2013 der Angekl. W und die Angekl. B, die von ihrer Tochter und deren Freund, dem gesondert Verfolgten S begleitet wurde, die geschädigten Eheleute F in deren Wohnung. Über ein als unangemessen gewertetes Ansinnen erobert versetzte zunächst die Angekl. B, sodann der ebenfalls verärgerte Angekl. W dem Geschädigten Schläge in das Gesicht. Im Bewusstsein ihrer körperlichen Überlegenheit und in Ansehung des durch die Schläge deutlich eingeschüchterten Geschädigten kamen der Angekl. W und S spontan überein, aus der Wohnung der Eheleute brauchbare Gegenstände wegzunehmen. Unter dem Eindruck der erhaltenen Schläge ließ es der Geschädigte F widerstandslos zu, dass der Angekl. W und S Gegenstände im Gesamtwert von ca. 100 € zusammenpackten. Dieses Tun billigte die Angekl. B, in deren Wohnung das Stehlgut anschließend verbracht wurde.

Drei Tage später suchte der Angekl. W, die Angekl. B, ihre Tochter und S erneut die Eheleute F auf. Wiederum erzürnte sich die Angekl. B und schlug dem Geschädigten mehrfach in das Gesicht. Der Angekl. W und S schlossen sich diesen Tätlichkeiten an. Weiterhin brachte der Angekl. W dem Geschädigten an den Händen mit einer glimmenden Zigarette Brandwunden bei. Nachdem es dem Geschädigten gelungen war, in ein anderes Zimmer der Wohnung zu flüchten, entwendete der Angekl. W und S aus der Wohnung der Eheleute F „ungestört in Ausnutzung der fortwirkenden Gewalt“ Gegenstände im Gesamtwert von ca. 100 €. Die Angekl. B machte sich die Wegnahme zu Eigen, indem sie half, die entwendeten Sachen in ihre Wohnung zu tragen.

Das LG hat den Angekl. W wegen Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und wegen besonders schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt; die nichtrevindicierende Mitangekl. B hat es wegen Raubes in zwei Fällen jeweils in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Hiergegen gehen die Angekl. mit einer Sachrüge im Rahmen der Revision vor. Mit Erfolg?

Fraglich ist, ob hier der Tatbestand eines besonders schweren Raubes dadurch verwirklicht wurde, dass vor der Wegnahme Gewalt eingesetzt wurde.

„Nach st. Rspr. muss zwischen der Drohung mit oder dem Einsatz von Gewalt und der Wegnahme beim Raub eine finale Verknüpfung bestehen; **Gewalt oder Drohung müssen das Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme** sein. An einer solchen Verknüpfung fehlt es, wenn eine Nötigungshandlung nicht zum Zwecke der Wegnahme vorgenommen wird, sondern der Täter den **Entschluss zur Wegnahme erst nach Abschluss dieser Handlung** fasst (vgl. BGH Ur. v. 22.09.1983 – 4 StR 376/83, BGHSt 32, 88, 92; Ur. v. 20.04.1995 – 4 StR 27/95, BGHSt 41, 123, 124; Ur. v. 16.01.2003 – 4 StR 422/02, NStZ 2003, 431, 432; Beschl. v. 24.02.2009 – 5 StR 39/09, NStZ 2009, 325; MüKo/Sander, StGB, 2. Aufl., § 249 Rn 31 m.w.N.).

Hier hatte sich der Angekl. nach den Feststellungen jeweils erst nach seiner letzten Gewaltanwendung zur Wegnahme entschlossen. Eine Äußerung oder sonstige Handlung des Angekl. vor der Wegnahme, die eine auch nur konkludente Drohung mit weiterer Gewalt beinhaltete, ist nicht festgestellt. Allein der Umstand, dass die Wirkungen eines ohne Wegnahmeabsicht eingesetzten Nötigungsmittels noch andauern und der Täter dies ausnutzt, genügt für die Annahme eines Raubes nicht (vgl. BGH Beschl. v. 21.03.2006 – 3 StR 3/06, NStZ 2006, 508; v. 24.02.2009 – 5 StR 39/09, NStZ 2009, 325; v. 25.09.2012 – 2 StR 340/12, NStZ-RR 2013, 45). Das bloße Ausnutzen der Angst eines der Einwirkenden des Täters schutzlos ausgelieferten Opfers reicht nicht aus (vgl. BGH Ur. v. 08.05.2013 – 2 StR 558/12, NStZ 2013, 648).

Die Sache bedarf deshalb insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das LG in neuer Hauptverhandlung Feststellungen zu treffen vermag, die eine Verurteilung wegen Raubdelikten stützen.“ (BGH aaO.)

## Verbot des Tragens eines islamischen Kopftuchs während der Arbeitszeit in christlicher Einrichtung

(BAG in MDR 2015, 106; Urteil vom. 29.09.2014 – 5 AZR 611/12)

Das Tragen eines Kopftuchs als Symbol der Zugehörigkeit zum islamischen Glauben und damit als Kundgabe einer anderen Religionszugehörigkeit ist regelmäßig mit der arbeitsvertraglichen Verpflichtung einer in einer Einrichtung der Evangelischen Kirche tätigen Arbeitnehmerin zu einem zumindest neutralen Verhalten gegenüber der Evangelischen Kirche nicht in Einklang zu bringen.

**Fall:** Der Klägerin, welche in einer Einrichtung der evangelischen Kirche arbeitet, wurde das Tragen eines Kopftuchs verboten, welches sie als Ausdruck eines als verbindlich empfundenen Bekleidungsgebotes betrachtet.

Durch das Verbot fühlt sie sich in ihrem Grundrecht auf Religionsfreiheit nach Art. 4 I, II GG verletzt. Zu Recht?

### I. Eingriff in die Religionsfreiheit

„Die der Klägerin auferlegte Pflicht, das Bekenntnis zu ihrem Glauben nicht durch das Befolgen von religiös begründeten Bekleidungsregeln sichtbar werden zu lassen, **greift in ihre durch Art. 4 I und II GG verbürgte individuelle Glaubensfreiheit ein** (vgl. BVerfG v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 – zu B II 2 der Gründe, BVerfGE 108, 282). Art. 4 GG garantiert in I die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses, in II das Recht der ungestörten Religionsausübung. Beide Absätze des Art. 4 GG enthalten ein umfassend zu verstehendes einheitliches Grundrecht. Es erstreckt sich nicht nur auf die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben, sondern auch auf die äußere Freiheit, den Glauben zu bekunden und zu verbreiten. Dazu gehört auch das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln (BVerfG v. 24.09.2003, aaO.). Eine Verpflichtung, während der Arbeitszeit auf das Tragen eines Kopftuchs oder einer diesem entsprechenden Kopfbedeckung zu verzichten, führt für die Klägerin zu einem ernsthaften Glaubenskonflikt, indem sie die Klägerin vor die Wahl stellt, entweder ihre Tätigkeit bei der Beklagten auszuüben oder dem von ihr als verbindlich angesehenen religiösen Bekleidungsgebot Folge zu leisten.“ (BAG aaO.)

### II. Rechtfertigung des Eingriffs

„Werden – wie hier – **Loyalitätsanforderungen in einem Arbeitsvertrag festgelegt**, nimmt der kirchliche Arbeitgeber nicht nur die allgemeine Vertragsfreiheit für sich in Anspruch, er macht zugleich von seinem **verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrecht** Gebrauch (vgl. BVerfG v. 04.06.1985 – 2 BvR 1703/83 u.a., BVerfGE 70, 138; BAG v. 08.09.2011 – 2 AZR 543/10 – Rn. 23, BAGE 139, 144; v. 25.04.2013 – 2 AZR 579/12 – Rn. 25, BAGE 145, 90 = MDR 2013, 1286).

Die staatlichen Gerichte sind **an die kirchliche Einschätzung arbeitsvertraglicher Loyalitätspflichten gebunden**, es sei denn, sie begäben sich dadurch in Widerspruch zu Grundprinzipien der Rechtsordnung ... Die Gerichte haben jedoch sicherzustellen, dass die kirchlichen Einrichtungen nicht in Einzelfällen unannehmbare Anforderungen an die Loyalität ihrer Arbeitnehmer stellen (BVerfG v. 04.06.1985, aaO. – zu B II 2 a der Gründe; BAG v. 25.04.2013, aaO. – Rn. 25).

Bei der Abwägung der Grundrechte der Klägerin mit dem **kirchlichen Selbstbestimmungsrecht der Beklagten** – unterstellt es handelt sich bei ihr um eine der Evangelischen Kirche zugeordnete Einrichtung – ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin in die Obliegenheit, die an sie **gestellten Loyalitätserwartungen** im Rahmen ihrer Aufgabenwahrnehmung zu erfüllen, bei Begründung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten **eingewilligt** hat (vgl. dazu EGMR v. 23.09.2010 – 1620/03 – Rn. 71 [Schüth]; v. 03.02.2011 – 18136/02 – Rn. 46 [Siebenhaar]; BAG v. 25.04.2013, aaO. – Rn. 32). ... Während die Loyalitätserwartungen der Beklagten unverändert geblieben sind, hat sich die Bereitschaft der Klägerin, ihnen zu entsprechen, gewandelt. Der Konflikt zwischen den verfassungsrechtlichen Gewährleistungen ist deshalb in ihrer Sphäre begründet.

Andererseits ist zu beachten, wird der **Kernbereich der Glaubensfreiheit der Klägerin hierdurch nicht betroffen**: Ihre Glaubensfreiheit ist nur funktional, zeitlich und räumlich, nämlich bei der Ausübung ihrer beruflichen Aufgaben eingeschränkt. Die Klägerin wird während ihrer Arbeitszeit als eine Muslima, die kein Kopftuch trägt, nur von einem eingeschränkten Personenkreis wahrgenommen. Sie verrichtet ihre Tätigkeit als Krankenschwester nicht vor den Augen einer breiten Öffentlichkeit und muss sich ohne Kopftuch nur den Arbeitskollegen und Patienten und ggf. auch Besuchern zeigen. Sie kann außerhalb der Arbeitszeit ... uneingeschränkt den Bekleidungsgeboten ihres Glaubens folgen und ein Kopftuch tragen. Indem ihr dies nur während der Arbeitszeit untersagt ist, werden ihr keine unannehmbaren Loyalitätspflichten auferlegt.

Die Beklagte müsste, würde sie Glaubensbekundungen der Klägerin tolerieren, zudem damit rechnen, dass andere nichtchristliche Mitarbeiter ebenso während der Arbeitszeit Glaubensbekundungen zugunsten der Religionsgemeinschaft, der sie jeweils angehören, tätigen würden. Zu Recht hat das LAG angenommen, der **Verkündigungsauftrag der Kirche und deren Glaubwürdigkeit** könnten hierdurch ernsthaft gefährdet werden. Außenstehende könnten den Eindruck gewinnen, die Kirche halte Glaubenswahrheiten für beliebig austauschbar. Zwänge man der Beklagten auf, dies innerhalb ihrer Einrichtung hinzunehmen, wäre das **kirchliche Selbstbestimmungsrecht im Kernbereich beeinträchtigt**.

Die Beklagte muss sich nicht entgegenhalten lassen, ein kirchlicher Arbeitgeber habe sich mit der Entscheidung, auch nichtchristliche Mitarbeiter einzustellen, bereits für eine Form von religiösem Pluralismus geöffnet. Durch die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf die Präambel des BAT-KF und die RL-EKD hat die Beklagte vielmehr deutlich zum Ausdruck gebracht, dass auch von nichtchristlichen Mitarbeitern erwartet werde, den kirchlichen Auftrag zu beachten und die ihnen übertragenen Aufgaben im Sinne der Kirche zu erfüllen, wie es § 4 I und IV RL-EKD entspricht. [Rn. 63-76].“ (BAG aaO.)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

InsO  
§ 133 I

### Insolvenzanfechtung Vorsatz bei bargeschäftsähnlichem Leistungsaustausch (BGH in Der Betrieb 2015, 791; Urteil vom 12.02.2015 – IX ZR 180/12)

InsolvenzR

1. **Kennt** der Schuldner seine **Zahlungsunfähigkeit**, kann das daraus folgende **starke Beweiszeichen** für seinen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei der Befriedigung eines Gläubigers entfallen, wenn der mit diesem vorgenommene Leistungsaustausch **bargeschäftsähnlichen Charakter** hat und **zur Fortführung des Unternehmens notwendig** ist.
2. Das aus der Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit abgeleitete Beweiszeichen für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz entfällt trotz **Belieferung des Schuldners zu marktgerechten Preisen** nicht, wenn es wegen eines verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts des Geschäftspartners an dem erforderlichen unmittelbaren Austausch gleichwertiger Leistungen fehlt oder der Schuldner weiß, dass mit der Fortführung des Unternehmens weitere Verluste anfallen, die für die Gläubiger auch auf längere Sicht ohne Nutzen sind.

**Fall:** Der Kläger ist Verwalter in dem auf Eigenantrag vom 10.04.2007 über das Vermögen der B.-GmbH und Co. Abwicklungs KG (nachfolgend: Schuldnerin) am 01.06.2007 eröffneten Insolvenzverfahren. Die Schuldnerin stellte Backwaren her. Zutaten, insb. Mehl, bezog sie von der Beklagten.

Die von der Beklagten verwendeten Lieferungs- und Zahlungsbedingungen für Mühlenprodukte sahen in Nr. VII I eine Zahlungsfrist von 14 Tagen ab Rechnungsdatum vor. In Nr. XIII war ein Eigentumsvorbehalt vorgesehen. Nach Absatz 4 dieser Bedingung war die Schuldnerin als Käuferin zu einem Weiterverkauf der Vorbehaltsware berechtigt. Die ihr hieraus gegen die Kunden zustehenden Forderungen trat sie im Voraus zur Sicherung sämtlicher Ansprüche aus der Geschäftsverbindung an die Beklagte ab, wobei sie zum Einzug dieser Forderungen berechtigt sein sollte, solange sie alle Zahlungsverpflichtungen aus der Geschäftsverbindung mit der Beklagten ordnungsgemäß erfüllte. Nach Absatz 6 war die Schuldnerin zu einer Bearbeitung, Vermischung oder Verarbeitung der Vorbehaltsware berechtigt. Die Beklagte sollte in diesen Fällen als Herstellerin anzusehen sein und das Eigentum an der neuen Sache erwerben. Bei Verwendung von Vorbehaltsware anderer Vorlieferanten sollte sie gem. § 947 BGB Miteigentum erwerben. Die Regelung des Absatzes 4 sollte für diese Fälle entsprechend gelten.

Ab April 2006 ließ die Schuldnerin vermehrt Beitragsrückstände bei den Sozialversicherungsträgern entstehen. Ab Ende August 2006 erfüllte sie eine Mehrzahl der Lohnforderungen ihrer Arbeitnehmer nicht mehr. Zum 01.09.2006 betrug die Zahlungsrückstände gegenüber Lieferanten einschließlich der Beklagten 141.063,73 €. Auf ihrem Hauptgeschäftskonto, von welchem die Hauptlieferanten ihre jew. fälligen Forderungen einziehen konnten, war der Schuldnerin ein Kontokorrentkredit i.H.v. 100.000 € eingeräumt. Der Tagessaldo bewegte sich jedoch ab dem 01.07.2006 arbeitstäglich über dem eingeräumten Kreditlimit. Ab dem 03.07.2006 kam es zu einer Vielzahl von Rücklastschriften, von welchen auch die Beklagte betroffen war. Allerdings glich die Schuldnerin nach dem Eingang von Erlösen aus ihren Warenverkäufen ausgewählte Forderungen durch erneute Vorlage der Lastschriftermächtigung oder durch Scheckzahlung aus. Auf diese Weise erbrachte sie vom 05.09.2006 bis zur Stellung des Insolvenzantrags an die Beklagte Zahlungen für Warenlieferungen in einer Gesamthöhe von 156.108,89 €. Der Kläger hat die Zahlungen insolvenzrechtlich angefochten. Mit Erfolg?

Grundsätzlich kann der Insolvenzverwalter nach § 129 I InsO Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Insolvenzgläubiger benachteiligen, anfechten. Hierfür gelten im weiteren die Vorgaben der §§ 130 bis 146 InsO. Nach § 133 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

#### I. Anfechtungsfestes Absonderungsrecht

Allerdings ist eine Benachteiligung der Gläubiger ausgeschlossen, wenn ein anfechtungsfestes Absonderungsrecht durch eine den Wert ausgleichende Zahlung aus dem Schuldnervermögen abgelöst wird.

##### 1. Entstehen eines anfechtungsfesten Absonderungsrechts

Dies könnte hier wegen der **Lieferung von Backzutaten unter verlängertem und erweitertem Eigentumsvorbehalt** der Fall sein.

„Die Geschäftsbeziehung zwischen der Schuldnerin und der Beklagten beruhte auf einem durch die Beklagte **fortlaufend neu ausgereichten Warenkredit**, für welchen diese eine Sicherheit nach Maßgabe von Nr. XIII der von ihr gestellten Lieferungs- und Zahlungsbedingungen verlangte. Nach Absatz 1 der genannten Bedingung lieferte die Beklagte die zur Weiterverarbeitung durch die Schuldnerin bestimmten Backzutaten nur unter **Eigentumsvorbehalt**. Gem. Absatz 4 war dieser nicht nur als verlängerter, sondern auch als erweiterter Eigentumsvorbehalt in Form des sog. **Kontokorrentvorbehaltes** ausgestaltet, sodass die im Voraus abgetretenen Forderungen aus der Weiterveräußerung der Vorbehaltsware sämtliche offene Forderungen der Beklagten aus der mit der Schuldnerin bestehenden Geschäftsverbindung sicherten. Dies ist im kaufmännischen Verkehr regelmäßig unbedenklich, und zwar auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Überdies sah Absatz 6 zugleich eine **Verarbeitungs- bzw. Herstellerklausel** vor, nach welcher die Beklagte als Herstellerin der unter Verwendung der von ihr gelieferten Zutaten neu hergestellten Backwaren anzusehen war. Für die neue Ware sollten die Bestimmungen für den verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt nach Nr. XIII Absatz 4 entsprechend gelten. Ferner war die Schuldnerin nach Nr. XIII Absatz 4 Satz 3 zum Einzug der vorzedierten Forderungen ermächtigt. Der Beklagten stand demzufolge eine **revolvierende Sicherheit** zu.“ (BGH aaO.)

## 2. Untergang des Absonderungsrechts

Fraglich ist jedoch, ob die Schuldnerin mit den angefochtenen Zahlungen dieses Absonderungsrecht abgelöst hat.

„Die Beklagte hatte ... durch die Einziehung der sicherungsabgetretenen Forderungen aus Warenveräußerungen durch die Schuldnerin ein an ihnen etwaig bestehendes Absonderungsrecht verloren, ohne dass ein Ersatzabsonderungsrecht oder ein sonstiges Absonderungsrecht an dem Erlös entstanden wäre.

Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Schuldnerin **in Ausübung ihrer Einziehungsermächtigung** aus Nr. XIII Absatz 4 Satz 3 der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen die **Forderungen aus den Warenverkäufen** auch nach dem 04.09.2006, also im Anfechtungszeitraum, weiterhin eingezogen und die Erlöse ihrem allgemeinen Geschäftskonto gutgebracht hatte. Durch die **Zahlung** des jeweiligen Kunden auf die **sicherungsbedingte Forderung erlosch diese** jedoch auch mit Wirkung gegenüber der Beklagten gem. § 362 I, § 407 I BGB. Zugleich erlosch ein daran bestehendes Absonderungsrecht. Den Verlust ihrer Sicherheit hätte die Beklagte nur vermeiden können, wenn sie die Abtretung offengelegt und die Forderungen selbst eingezogen oder wenn sie eine Anschlussicherheit vereinbart hätte. Beides ist nicht geschehen.“ (BGH aaO.)

Möglicher Weise kann sich die Beklagte aber darauf berufen, dass sie an den eingezogenen Erlösen entsprechend § 48 InsO ein Ersatzabsonderungsrecht erworben habe. Dies wäre aber nur dann der Fall, wenn die Schuldnerin die sicherungsabgetretenen Forderungen aus den Warenverkäufen unberechtigt eingezogen hat.

„Der Anspruch setzte jedenfalls voraus, dass der **Gegenstand**, an dem das Absonderungsrecht bestand, **vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** vom Schuldner oder nach Eröffnung vom Insolvenzverwalter **unberechtigt veräußert** worden ist. Da dies ausscheidet, wenn der Schuldner oder der Insolvenzverwalter mit Einwilligung oder Genehmigung des Gläubigers gehandelt hat, konnte hier nur die **unbefugte Einziehung** einer mit einem Absonderungsrecht belasteten Forderung das Ersatzabsonderungsrecht nach § 48 InsO auflösen.

Hiervon kann selbst dann nicht ausgegangen werden, wenn die Schuldnerin aus Nr. XIII Absatz 4 Satz 3 der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen gegenüber der Beklagten zur weiteren Einziehung **nicht mehr berechtigt** gewesen sein sollte, weil sie dieser gegenüber nicht alle Zahlungsverpflichtungen ordnungsgemäß erfüllt hatte. Denn die Beklagte hat der **Fortsetzung des Forderungseinzugs zugestimmt**. Eine Genehmigung kann auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Dies setzt regelmäßig voraus, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und dass in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unberechtigt anzusehende Geschäft auch für sich als verbindlich anzuerkennen. So liegt es hier. Es entsprach der zwischen der Schuldnerin und der Beklagten bestehenden Vereinbarung, dass die **Schuldnerin zum Einzug der vorzedierten Forderungen aus Warenverkäufen ermächtigt** war, auch um diese zur Befriedigung der Forderungen der Beklagten gegenüber der Schuldnerin einsetzen zu können. Soweit die Beklagte in **Kenntnis der bestehenden Zahlungsrückstände** gleichwohl Zahlungen der Schuldnerin aus Veräußerungserlösen entgegennahm, ohne den wegen § 407 BGB wirksam erfolgten Forderungseinzug zu beanstanden und den künftigen Forderungseinzug durch ausdrücklichen Widerruf gegenüber der Schuldnerin oder Offenlegung der Sicherungsabtretung gegenüber den Drittschuldnern an sich zu ziehen, genehmigte sie vorausgegangene Einziehungen und stimmte der Fortsetzung dieser Übung zu.“ (BGH aaO.)

Die Beklagte hat daher kein Ersatzabsonderungsrecht an den eingezogenen Erlösen entsprechend § 48 InsO. Mit ihren Zahlungen an die Beklagte löste die Schuldnerin kein Absonderungsrecht der Beklagten ab. Ein solches steht der Annahme einer Gläubigerbernachteiligung daher nicht entgegen.

## II. Objektive Gläubigerbenachteiligung

Durch die Zahlungen der Schuldnerin an die Beklagte sind die Gläubiger i.S.v. § 129 I InsO objektiv benachteiligt worden.

„Deren Befriedigungsmöglichkeiten hätten sich ohne diese Rechtshandlungen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet. Durch die angefochtenen Zahlungen auf die Lieferforderungen der Beklagten ist das Aktivvermögen der Schuldnerin verkürzt und insoweit der Zugriff der anderen Gläubiger auf ihr Vermögen vereitelt worden.“ (BGH aaO.)

## III. Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin

Die Schuldnerin müsste auch mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt haben.

„Ein solcher Vorsatz ist gegeben, wenn der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung (§ 140 InsO) die **Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen** als Erfolg seiner Rechtshandlung **gewollt oder** als mutmaßliche Folge, sei es auch **als unvermeidliche Nebenfolge** eines erstrebten anderen Vorteils, **erkannt und gebilligt** hat. Ein Schuldner, der zahlungsunfähig ist und seine Zahlungsunfähigkeit kennt, handelt in aller Regel mit Benachteiligungsvorsatz. In diesem Fall weiß er, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen.“ (BGH aaO.)

### 1. Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit beurteilt sich im gesamten Insolvenzrecht und darum auch im Insolvenzanfechtungsrecht nach § 17 InsO.

„Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 17 II 1 InsO kann eine **Liquiditätsbilanz** aufgestellt werden, wobei die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu setzen sind zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten. Dem werden die Darlegungen des klagenden Verwalters zu den stichtagsbezogenen Unterdeckungen zwar nicht gerecht, weil sie keine Angaben zu kurzfristig verfügbaren Mitteln enthalten. Zur Feststellung der **Zahlungsunfähigkeit** i.S.d. § 17 II 1 InsO ist die Aufstellung einer Liquiditätsbilanz jedoch **entbehrlich**, wenn eine **Zahlungseinstellung** (§ 17 II 2 InsO) die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit begründet. Zahlungseinstellung ist dasjenige nach außen hervortretende Verhalten des Schuldners, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Sie kann auch, wie hier, aus einer Gesamtschau mehrerer darauf hindeutender **Beweisanzeichen** gefolgert werden.

Spätestens ab Mitte des Jahres 2006 schob die Schuldnerin infolge der ständig verspäteten Begleichung ihrer Verbindlichkeiten einen Forderungsrückstand vor sich her und operierte demzufolge ersichtlich am finanziellen Abgrund. [wird ausgeführt] Dafür, dass die Schuldnerin ihre Zahlungen im Allgemeinen wieder aufgenommen und damit die eingetretene Zahlungseinstellung beseitigt hätte besteht kein Anhalt.“ (BGH aaO.)

Es spricht daher eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Schuldnerin mit dem Vorsatz gehandelt hat, ihre Gläubiger zu benachteiligen.

### 2. Entkräftung der Vermutung

Fraglich ist, ob diese Vermutung mit der Begründung entkräftet werden, die Zahlungen an die Beklagte seien kongruente Leistungen, die Zug um Zug gegen eine zur Fortführung des Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht worden seien und damit allen Gläubiger nutze. Eine solche bargeschäftsähnliche Lage ist ein Indiz gegen das Bestehen eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes.

#### a) Begriff der bargeschäftsähnlichen Lage

„Die genannten Grundsätze gelten grds. auch bei Anfechtung kongruenter Deckungen, wenn der Schuldner nur weiß, dass er zur Zeit der Wirksamkeit der Rechtshandlung (§ 140 InsO) zahlungsunfähig oder drohend zahlungsunfähig war. In Fällen **kongruenter Leistungen** hat der Senat allerdings anerkannt, dass der Schuldner trotz der vorgenannten Vermutungsregel **ausnahmsweise** nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelt, wenn er diese **Zug um Zug gegen eine zur Fortführung seines Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung** erbracht hat, die den Gläubigern im Allgemeinen nutzt. Der subjektive Tatbestand kann hiernach entfallen, wenn im unmittelbaren Zusammenhang mit der potenziell anfechtbaren Rechtshandlung eine **gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners** gelangt, also ein Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft stattfindet. Dem liegt zugrunde, dass dem Schuldner in diesem Fall infolge des gleichwertigen Leistungsaustauschs die dadurch eingetretene mittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht bewusst geworden sein kann.“ (BGH aaO.)

## b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist jedoch, ob eine solche Situation hier tatsächlich gegeben ist. Dies hängt davon ab, ob ein unmittelbarer Austausch zwischen Leistung und Gegenleistung festgestellt werden kann.

*„Mit Blick auf den in Nr. XIII Absatz 4 der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen vorgesehenen **verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt** in Form des sog. Kontokorrentvorbehalts **fehlt** es für die Annahme einer bargeschäftsähnlichen Lage an dem für das Bargeschäft erforderlichen **unmittelbaren Austausch zwischen Leistung und Gegenleistung**. Bei der Vereinbarung eines erweiterten Eigentumsvorbehalts in der Form, dass der Schuldner Eigentum an den erstandenen Sachen erst erwerben soll, wenn er nicht nur den Kaufpreis bezahlt, sondern auch alle anderen oder zumindest bestimmte andere Ansprüche aus der Geschäftsverbindung tilgt, fehlt es zudem an der Gleichwertigkeit der erbrachten Gegenleistung. Dasselbe gilt, wenn bei einem verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt in Form des Kontokorrentvorbehalts, wie im vorliegenden Fall, sämtliche Forderungen des Lieferanten gesichert sind.*

***Selbst wenn eine bargeschäftsähnliche Situation** in dem genannten Sinne vorliegt, wird sich der Schuldner der eintretenden mittelbaren Gläubigerbenachteiligung jedoch gleichwohl bewusst werden, wenn er weiß, dass er **trotz Belieferung zu marktgerechten Preisen fortlaufend unrentabel** arbeitet und deshalb bei der Fortführung seines Geschäfts mittels der durch bargeschäftsähnliche Handlungen erworbenen Gegenstände weitere Verluste anhäuft, die die Befriedigungsaussichten der Gläubiger weiter mindern, ohne dass auf längere Sicht Aussicht auf Ausgleich besteht. Deshalb konnte auch die Schuldnerin nicht davon ausgehen, dass der durch die angefochtenen Zahlungen ermöglichte weitere Bezug der Zutaten den Gläubigern auch nur im Allgemeinen genutzt hätte. Die Fortführung der Produktion war hier für die Gläubiger ohne Nutzen, weil die Schuldnerin nach dem unwidersprochenen Vortrag des Klägers unwirtschaftlich arbeitete und damit die Zahlungsrückstände ständig erhöhte. Angesichts ihrer Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit fehlte der Schuldnerin die berechtigte Erwartung, durch die Fortsetzung der Produktion die eigene Insolvenz noch abwenden oder einen anderen Nutzen für ihre Gläubiger erzielen zu können.“ (BGH aaO.)*

## IV. Kenntnis der Beklagten vom Benachteiligungsvorsatz

Nach § 133 I 2 InsO wird die Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners widerleglich vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und die Handlung die Gläubiger benachteiligte, wobei es für die Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit ausreicht, wenn der Gläubiger Umstände kennt, die zwingend auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit hindeuten.

*„Hiernach ist eine entsprechende Kenntnis bereits nach dem unstreitigen Vorbringen zu vermuten. Sie ist i.d.R. **anzunehmen**, wenn die **Verbindlichkeiten des Schuldners bei dem Anfechtungsgegner**, wie hier, über einen längeren Zeitraum hinweg ständig in beträchtlichem Umfang **nicht ausgeglichen** werden und diesem den Umständen nach bewusst ist, dass es noch weitere Gläubiger mit ungedeckten Ansprüchen gibt.“ (BGH aaO.)*

Diese Vermutung kann die Beklagte auch nicht widerlegen.

*„Die Beklagte kann sich nicht damit entlasten, der Geschäftsführer der Schuldnerin habe **immer wieder versichert** und dies auch **plausibel dargestellt**, er werde durch den Verkauf der Filialen und deren Umstellung auf Franchising die seit dem Jahr 2005 aufgelaufenen Verbindlichkeiten erfüllen können. Ist der Schuldner bereits zahlungsunfähig, handelt er zwar ohne Vorsatz, die Gesamtheit der Gläubiger zu benachteiligen, wenn er aufgrund konkreter Umstände mit einer baldigen Überwindung seiner Krise rechnen kann; droht ihm die Zahlungsunfähigkeit, bedarf es **konkreter Umstände**, die nahelegen, dass die **Krise noch abgewendet** werden kann. Entsprechendes gilt für die Widerlegung der Vermutung des § 133 I 2 InsO. Solche Umstände, etwa ein in Kürze bevorstehender Verkauf von kostenträchtigen Filialen, hat die Beklagte jedoch **nicht ausreichend dargelegt**. Ihr Vortrag beschränkt sich auf die Wiedergabe einer entsprechenden Hoffnung, ohne deren Stichhaltigkeit zu begründen.*

*Die Beklagte kann die Vermutungswirkung auch nicht damit entkräften, Nr. XIII der von ihr verwendeten Lieferungs- und Zahlungsbedingungen sehe einen **umfassenden Eigentumsvorbehalt** vor, der eine Gläubigerbenachteiligung ausschließe. Gleiches gilt für den Hinweis, die Schuldnerin habe ihre Zahlungen im Rahmen einer bargeschäftsähnlichen Lage erbracht. Der Beklagten waren alle **tatsächlichen Umstände bekannt**, welche eine umfassende Sicherung ihrer Ansprüche ausschließen. Mit Blick auf den von ihr geforderten Kontokorrentvorbehalt war ihr auch bekannt, dass die Schuldnerin für ihre Zahlungen keine gleichwertigen Gegenleistungen erhielt.“ (BGH aaO.)*

## V. Ergebnis

Die Voraussetzungen für eine wirksame Insolvenzanfechtung lagen vor.

(OLG Hamm in Rpfleger 2015, 292; Beschluss vom 18.11.2014 – I-15 VA 7/14)

Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung, mit dem sich die Beklagte eines Zivilprozesses gegen die Annahmeanordnung der Hinterlegungsstelle (hier: betr. eine Bürgschaftsurkunde zum Zweck der Erbringung einer prozessualen Sicherheitsleistung) richtet, ist mangels einer eigenen Rechtsbeeinträchtigung unzulässig.

**Fall:** Die Beteiligte zu 1) wendet sich mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen eine Annahmeanordnung der Hinterlegungsstelle beim Amtsgericht Recklinghausen.

Die Beteiligte zu 1) ist von der Gemeinde G vor dem Landgericht München II unter dem Gesichtspunkt der Mängelhaftung aus einem Bauvertrag auf Zahlung und Freistellung von verschiedenen Verpflichtungen in Anspruch genommen worden. Die Klage war in erster Instanz weitgehend erfolgreich. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Gemeinde hat bei dem Landgericht München II einen Beschluss erwirkt, wonach die zu erbringende Sicherheit auch durch Hinterlegung einer Bürgschaftsurkunde erbracht werden kann.

Die vorgenannte Gemeinde hat bei der Hinterlegungsstelle des Amtsgerichts Recklinghausen unter gleichzeitiger Vorlage einer formularmäßigen Bürgschaftserklärung der Kreissparkasse G beantragt, diese zur Hinterlegung anzunehmen. Die Hinterlegungsstelle hat daraufhin am 17.07.2013 eine Annahmeanordnung erlassen und die Bürgschaftsurkunde an die Oberjustizkasse weitergeleitet. Diese hat der Gemeinde G eine Einlieferungsquittung erteilt.

Das hier vorgelegte Bürgschaftsformular ist an das Landgericht München II adressiert. In dem ergänzten Formularetext wird zunächst die Vollstreckbarkeit des Urteils des Landgerichts München II unter voller Nennung der Parteien des Rechtsstreits beschrieben. Weiter heißt es dann wörtlich:

„Wir übernehmen hiermit Ihnen gegenüber die unbefristete, unwiderrufliche und unbedingte selbstschuldnerische Bürgschaft ...“

Die anwaltlichen Vertreter der Beteiligten zu 1) haben sich am 03.09.2013 schriftsätzlich bei dem Amtsgericht Recklinghausen gemeldet und Beschwerde gegen die Annahmeanordnung erhoben. Diese hat der Beteiligte zu 2) am 09.09.2014 zurückgewiesen. Hiergegen ließ die Beteiligte zu 1) weitere Einwendungen erheben, die der Beteiligte zu 2) als weitere Beschwerde behandelt und dem Präsidenten des Landgerichts Bochum zur Entscheidung vorgelegt hat. Dieser hat die (weitere) Beschwerde mit Bescheid vom 30.04.2014 zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 1) mit der Antragschrift vom 27.05.2014. Sie beantragt (sinngemäß),

- 1.) das Amtsgericht Recklinghausen unter Aufhebung der Beschwerdeentscheidungen anzuweisen, die Annahmeanordnung vom 17.07.2013 aufzuheben, und
- 2.) festzustellen, dass die Annahmeanordnung rechtswidrig war.

Wird der Antrag Erfolg haben?

Dann müsste ein solcher Antrag überhaupt zulässig sein. Nach §§ 5 II HintG, 23ff EGGVG ist ein solcher Antrag auf gerichtliche Entscheidung grundsätzlich statthaft. Fraglich ist jedoch, ob die Antragstellerin antragsbefugt ist.

## I. Antragsbefugnis bei Justizverwaltungsakten

Nach § 24 EGGVG ist der Antrag nur zulässig, wenn die fragliche Justizverwaltungsmaßnahme in die Rechte des jeweiligen Antragstellers eingreift.

„Erforderlich ist danach mehr als eine Berührung der rechtlichen und/oder wirtschaftlichen Interessen. Die Maßnahme muss vielmehr, die Richtigkeit des Antragsvorbringens unterstellt, **unmittelbar in eine rechtlich geschützte Position des jeweiligen Antragstellers eingreifen** (MüKo-ZPO/Papst, 4. Aufl., § 24 EGGVG Rn. 2; Kissel, GVG, 7. Aufl., § 24 EGGVG Rn. 1ff).“ (OLG Hamm aaO.)

## II. Unmittelbare Betroffenheit einer rechtlich geschützten Position

Fraglich ist daher, ob die Annahmeanordnung nach § 7 HintG bezogen auf diejenigen Beteiligten, die der Hinterleger als potentielle Empfänger benennt, unmittelbar in eine rechtlich geschützte Position des Antragstellers eingreift.

### 1. Rechtsnatur der Annahmeanordnung

„Die Annahmeanordnung ist lediglich eine Entscheidung darüber, ob die **formellen Hinterlegungsvoraussetzungen** vorliegen. Eine Entscheidung über das Vorliegen der jeweiligen materiellen Hinterlegungsvoraussetzungen trifft die Hinterlegungsstelle nicht (OLG München FGPrax 2008, 52, 53), so dass ihre Entscheidung auch nicht unmittelbar in Rechte der weiteren Beteiligten eingreifen kann.“

Für die **Hinterlegung nach den §§ 372 ff BGB** ist allgemein anerkannt, dass die **materiellen Rechtsfolgen** der Hinterlegung nur eintreten, wenn die **Hinterlegung rechtmäßig** erfolgt ist, also insbesondere ein Hinterlegungsgrund vorlag (BGH NJW 1993, 55f; OLG München aaO.). Darüber, ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat im Streitfall dementsprechend **allein das Prozessgericht** zu entscheiden.

Für den hier in Frage stehenden Fall einer **prozessrechtlichen Hinterlegung** gilt nichts anderes. Wird aufgrund gerichtlicher Zulassung eine Sicherheit hinterlegt, um die Zwangsvollstreckung zu ermöglichen, so kann sich -nach deutschem Vollstreckungsrecht- das jeweilige **Vollstreckungsorgan** nicht auf die **Prüfung der Annahmeanordnung** (nebst Einlieferungsquittung) beschränken. Vielmehr obliegt ihm auch die Prüfung, ob eine hinterlegte Sicherheit den **Anforderungen, die durch die gerichtliche Entscheidung bestimmt werden**, genügt. Nicht zu prüfen hat das Vollstreckungsorgan die materiell-rechtliche oder gar die wirtschaftliche Eignung der Sicherheit (MüKo-ZPO/Heßler, 4. Aufl., § 751 Rn.17). Gleichwohl ist die **Eignung der Sicherheitsleistung** auch unter den zuletzt genannten Aspekt Voraussetzung der Zwangsvollstreckung, weshalb **Mängel der Sicherheitsleistung in materiell-rechtlicher Hinsicht** mit den Rechtsbehelfen nach den §§ 766, 794 ZPO gerügt werden können (Heßler, aaO.).“ (OLG Hamm aaO.)

## 2. Eingriff durch Annahmeanordnung wegen

Wenn auch die Annahmeanordnung selbst keine materielle Regelung trifft, so könnte sie jedoch deshalb unmittelbar in Rechte des Vollstreckungsschuldners eingreifen kann, weil sie (in Verbindung mit der tatsächlichen Ablieferung der Sicherheit) die **Grundlage für das (erste) Tätigwerden des jeweiligen Vollstreckungsorgans** darstellt. Hierdurch gerät der Schuldner in die Situation, dass er materiell-rechtliche oder wirtschaftliche Defizite seinerseits mit besonderen Rechtsbehelfen geltend machen muss.

„Die Hinterlegungsanordnung ist zunächst eine **Verwaltungsentscheidung**, die nur **an den Hinterleger gerichtet** ist. Sie zielt damit nicht auf Rechte der weiteren Hinterlegungsbeteiligten. Dies ergibt sich schon aus den §§ 10 I 1, 15 HintG, nach denen die Benachrichtigung der weiteren Hinterlegungsberechtigten der Hinterlegungsstelle nur unter besonderen Umständen obliegt. Den hier gegebenen Fall einer prozessualen Sicherheit erfasst § 15 HintG dabei überhaupt nicht, weil die **Benachrichtigung des Schuldners insoweit durch § 751 II ZPO sichergestellt** ist. Schon die Tatsache, dass der Hinterlegungsgegner in dem ersten Verfahrensstadium nicht oder nur unter besonderen Voraussetzungen zu beteiligen ist, zeigt, dass das Gesetz selbst davon ausgeht, dass die **Annahmeanordnung nicht in Rechte der weiteren Hinterlegungsbeteiligten eingreifen kann**. Deren Rechte sieht das Gesetz vielmehr nur dann als berührt an, wenn die Herausgabe der Hinterlegungsmasse in Frage steht (§ 22 HintG).

Allein diese Betrachtungsweise entspricht im Übrigen dem durch die §§ 7, 8 HintG vorgegebenen **Prüfungsumfang der Hinterlegungsstelle**. Eine verpflichtende Prüfung dahingehend, ob der tatsächlich hinterlegte Gegenstand mit den vorgetragenen **Hinterlegungsvoraussetzungen** korrespondiert, sieht das Gesetz ... nicht vor. Vielmehr kann die Annahmeanordnung, wie sich aus den §§ 9 und 10 HintG ergibt, ergehen, ohne dass die Hinterlegungsstelle den dann tatsächlich hinterlegten Gegenstand jemals zu Gesicht bekommt. Danach ist nämlich die Annahmeanordnung nicht von der Vorlage des zu hinterlegenden Gegenstandes bei der Hinterlegungsstelle abhängig. Vielmehr erfolgt die Prüfung der Hinterlegungsstelle allein aufgrund der Angaben des Antragstellers sowie ggf. der nach § 7 Nr. 1, 2. Alt. HintG vorzulegenden Entscheidung dahingehend, ob die (formellen) Hinterlegungsvoraussetzungen vorliegen. Wollte man den Standpunkt der Beteiligten zu 1) konsequent zu Ende denken, müsste man nicht den Rechtspfleger der Hinterlegungsstelle, sondern den Kasenbeamten der Oberjustizkasse (vgl. § 1 I HintG) für verpflichtet halten, die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Bürgschaftserklärung zu beurteilen. Auch dies zeigt aus Sicht des Senats, dass der Rechtsstandpunkt der Beteiligten zu 1), die Hinterlegungsstelle sei in ihrem als Empfängerin der Prozessbürgschaft rechtlichen Interesse verpflichtet gewesen, die hier mit dem Hinterlegungsantrag eingereichte Bürgschaft auf ihre Tauglichkeit zu prüfen, im Gesetz keinerlei Stütze findet.“ (OLG Hamm aaO.)

## III. Ergebnis

Der Antrag ist daher mangels Antragsbefugnis unzulässig

## IV. obiter dictum zum Begründetheit

„Nur am Rande sei bemerkt, dass hieraus zugleich folgt, dass der Antrag, unterstellt man seine Zulässigkeit, unbegründet wäre. Denn da die Hinterlegungsstelle nicht verpflichtet ist, bei der Annahmeanordnung die sachliche Tauglichkeit des konkret hinterlegten Gegenstandes zu prüfen, dies nach dem Gesetz u.U. sogar nicht einmal kann, kann eine Annahmeanordnung auch dann **nicht rechtswidrig sein, wenn ein tatsächlich ungeeigneter Gegenstand hinterlegt** wird.

Eine erweiterte Auslegung des § 24 EGGVG ist hier auch nicht im Hinblick auf die **Gewährung effektiven Rechtsschutzes** geboten. Innerhalb des deutschen Rechtssystems ist ein solcher Schutz durch das zivilprozessuale und vollstreckungsrechtliche Rechtsmittelsystem gewährleistet. Insoweit bedarf es eines Rückgriffs auf die §§ 23 ff EGGVG zwecks Beseitigung der Annahmeanordnung aus einem der Zwangsvollstreckung vorgeschalteten Hinterlegungsverfahren nicht, wobei dahingestellt bleiben kann, ob eine solche überhaupt zulässig ist (vgl. hierzu Brandenburg. OLG, Beschluss vom 18.08.2008 - 11 VA 4/08, zitiert nach juris).“ (OLG Hamm aaO.)

(BVerfG in NStZ-RR 2015, 117; Beschluss vom 26.06.2014 - 2 BvR 2699/10  
sowie BVerfG in StrafV 2015, 203; Beschluss vom 06.10.2014 –2 BvR 1568/12)

1. Aus dem Grundgesetz ergibt sich im Allgemeinen **kein Anspruch auf eine Strafverfolgung** Dritter.
2. Allerdings besteht **Anspruch auf eine effektive Strafverfolgung** dort, wo der Einzelne nicht in der Lage ist, erhebliche Straftaten gegen seine höchstpersönlichen Rechtsgüter - Leben, körperliche Unversehrtheit, sexuelle Selbstbestimmung und Freiheit der Person - abzuwehren und ein Verzicht auf die effektive Verfolgung solcher Taten zu einer **Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates** führen würde.
3. Ein solcher Anspruch kann auch nahen Angehörigen des Opfers zustehen.
4. Ein Anspruch auf eine effektive Strafverfolgung kann auch dort in Betracht kommen, wo der Vorwurf im Raum steht, dass Amtsträger bei Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben Straftaten begangen haben, weil ein **Verzicht auf eine effektive Verfolgung** solcher Taten zu einer **Erschütterung des Vertrauens in die Integrität staatlichen Handelns** führen kann.
5. Ein Anspruch auf effektive Strafverfolgung kann ferner in den Fällen in Betracht kommen, in denen sich die Opfer möglicher Straftaten in einem „besonderen Gewaltverhältnis“ zum Staat befinden und diesem eine spezifische Fürsorge- und Obhutspflicht obliegt.
6. Die Strafverfolgungsorgane haben insofern eine **wirksame Anwendung** der zum Schutz des Lebens, der körperlichen Integrität, der sexuellen Selbstbestimmung und der Freiheit der Person **erlassenen Strafvorschriften sicherzustellen**. Es muss gewährleistet werden, dass Straftäter für von ihnen verschuldete Verletzungen dieser Rechtsgüter auch tatsächlich zur Verantwortung gezogen werden.
7. Dies bedeutet nicht, dass der in Rede stehenden Verpflichtung **stets nur durch Erhebung einer Anklage** genügt werden kann. Vielfach wird es ausreichend sein, wenn die Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens und - nach ihrer Weisung - die Polizei die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel personeller und sächlicher Art sowie ihre Befugnisse auch tatsächlich nach Maßgabe eines angemessenen Ressourceneinsatzes nutzen, um den **Sachverhalt aufzuklären und Beweismittel zu sichern**.
8. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die **Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention** in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte **bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes zu berücksichtigen**.
9. **Danach** müssen **wirksame Ermittlungen prompt, umfassend, unvoreingenommen und gründlich** sein. Die rechtlichen Vorgaben in Deutschland stellen dies hinreichend sicher.

**Fall:** Die Beschwerdeführer sind die Eltern eines 24-Jährigen, der im April 2009 bei einem Polizeieinsatz von mehreren Schüssen getroffen und hierdurch tödlich verletzt wurde, nachdem er zuvor mehrere Polizeibeamte mit einem vorgehaltenen Küchenmesser bedroht hatte. Vorgegangen waren wiederholte Aufforderungen der Polizeibeamten, das Messer niederzulegen, die Abgabe eines Warnschusses sowie zwei Durchschüsse im Knie- und Armbereich. Die Beschwerdeführer sind überzeugt, dass der Tod ihres Sohnes weder gerechtfertigt noch entschuldigt werden könne, und begehren die Durchführung eines Strafverfahrens gegen zwei Polizeibeamte.

Die Staatsanwaltschaft Regensburg hat das unter anderem wegen Totschlags geführte Ermittlungsverfahren gegen die am Einsatz beteiligten Polizeibeamten im Dezember 2009 eingestellt, weil nach dem Ermittlungsergebnis zugunsten der beschuldigten Beamten von einer Rechtfertigung der Tötung durch Notwehr im Sinne des § 32 StGB auszugehen und der Einsatz von Schusswaffen auch nach dem bayerischen Polizeirecht zulässig gewesen sei. Der Beschwerde nach § 172 I StPO gab der Generalstaatsanwalt in Nürnberg keine Folge.

Die hiergegen erhobenen Anträge auf gerichtliche Entscheidung nach § 172 II StPO wies das Oberlandesgericht Nürnberg mit Beschluss vom 19.10.2010 zurück. Für die Erhebung einer öffentlichen Klage wegen Totschlags, gefährlicher Körperverletzung, fahrlässiger Tötung oder fahrlässiger Körperverletzung fehle es an einem hinreichenden Tatverdacht. Die durchgeführten Ermittlungen genügten auch den Anforderungen, wie sie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte für Fälle eines von Hoheitsträgern verursachten Todes aufgestellt habe.

Weitergehende Ermittlungsansätze seien von den Beschwerdeführern nicht aufgezeigt worden. Gegen die gerichtlichen Entscheidungen haben die Bf. Verfassungsbeschwerde erhoben. Sie rügen eine Verletzung ihres Anspruchs auf effektiven Schutz durch das Strafrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und Art. 20 II GG sowie von Art. 3 I GG.

## I. Verletzung von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG wegen Missachtung eines verfassungsrechtlichen Strafverfolgungsanspruchs

### 1. Bestehen eines verfassungsrechtlichen Strafverfolgungsanspruchs

Es stellt sich die Frage, ob sich aus dem Grundgesetz überhaupt ein Anspruch auf Strafverfolgung Dritter herleiten lässt.

#### a) Kein grundsätzlicher Strafverfolgungsanspruch

„Art. 2 II 1 und 2 in Verbindung mit Art. 1 I 2 GG verpflichten den Staat, sich dort schützend und fördernd vor das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit und die sexuelle Selbstbestimmung des Einzelnen zu stellen und sie vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren (vgl. BVerfGE 39, 1 [42]; 46, 160 [164]; 121, 317 [356]; BVerfGK 17, 1 [5]), wo die Grundrechtsberechtigten selbst nicht dazu in der Lage sind. Ein **Anspruch auf bestimmte, vom Einzelnen einklagbare Maßnahmen** ergibt sich daraus jedoch grundsätzlich **nicht**. Insbesondere kennt die Rechtsordnung in der Regel keinen grundrechtlich radizierten Anspruch auf eine Strafverfolgung Dritter (vgl. BVerfGE 51, 176 [187]; 88, 203 [262 f.]; BVerfGK 17, 1 [5]; BVerfG, Beschluss der 4. Kammer des Zweiten Senats vom 09.04.2002 - 2 BvR 710/01 -, NJW 2002, 5. 2861 [2861 f.]).“ (BVerfG aaO.)

#### b) Strafverfolgungsanspruch bei erheblichen Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die sexuelle Selbstbestimmung und die Freiheit der Person

Bei Betroffenheit bestimmter, besonders hoch- und schützenswerter Individualrechtsgüter kann sich allerdings die sich aus den Grundrechten ergebende staatliche Schutzpflicht zu einem Strafverfolgungsanspruch konkretisieren.

„Die wirksame Verfolgung von Gewaltverbrechen und vergleichbaren Straftaten stellt eine **Konkretisierung der staatlichen Schutzpflicht** aus Art. 2 II 1 und 2 in Verbindung mit Art. 1 I 2 GG dar (vgl. BVerfGK 17, 1 [5]). Vor diesem Hintergrund besteht ein **Anspruch auf eine effektive Strafverfolgung** dort, wo der Einzelne nicht in der Lage ist, erhebliche Straftaten gegen seine höchstpersönlichen Rechtsgüter - Leben, körperliche Unversehrtheit, sexuelle Selbstbestimmung und Freiheit der Person - abzuwehren und ein Verzicht auf die effektive Verfolgung solcher Taten zu einer **Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates** und einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und Gewalt führen kann. In solchen Fällen kann, gestützt auf Art. 2 II 1 und 2 in Verbindung mit Art. 1 I 2 GG, ein Tätigwerden des Staates und seiner Organe verlangt werden (vgl. BVerfGE 39, 1 [36 ff.]; 49, 89 [141 f.]; 53, 30 [57 f.]; 77, 170 [214]; 88, 203 [251]; 90, 145 [195]; 92, 26 [46]; 97, 169 [176 f.]; 109, 190 [236]). Bei **Kapitaldelikten** kann ein solcher Anspruch auf der Grundlage von Art. 6 I GG in Verbindung mit Art. 2 II 1 und Art. 1 I GG **auch nahen Angehörigen** zustehen.“ (BVerfG aaO.)

#### c) Strafverfolgungsanspruch bei Straftaten von Amtsträgern bei Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben

„Ein Anspruch auf eine effektive Strafverfolgung kann auch dort in Betracht kommen, wo der Vorwurf im Raum steht, dass Amtsträger bei Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben Straftaten begangen haben, weil ein **Verzicht auf eine effektive Verfolgung** solcher Taten zu einer **Erschütterung des Vertrauens in die Integrität staatlichen Handelns** führen kann. In diesen Fällen muss bereits der Anschein vermieden werden, dass gegen Amtswalter des Staates weniger effektiv ermittelt wird oder dass insoweit erhöhte Anforderungen an eine Anklageerhebung gestellt werden.“ (BVerfG aaO.)

#### d) Strafverfolgungsanspruch bei Straftaten, bei denen sich die Opfer in einem besonderen Obhutsverhältnis zur öffentlichen Hand befinden

Ein Anspruch auf effektive Strafverfolgung kann ferner in den Fällen in Betracht kommen, in denen sich die Opfer möglicher Straftaten in einem „besonderen Gewaltverhältnis“ zum Staat befinden und diesem eine spezifische Fürsorge- und Obhutspflicht obliegt.

„In dergestalt **strukturell asymmetrischen Rechtsverhältnissen**, die den Verletzten nur eingeschränkte Möglichkeiten lassen, sich gegen strafrechtlich relevante Übergriffe in ihre Rechtsgüter aus Art. 2 II GG zu wehren (z.B. im Maßregel- oder Strafvollzug), obliegt den Strafverfolgungsbehörden eine **besondere Sorgfaltspflicht** bei der Durchführung von Ermittlungen und der Bewertung der gefundenen Ergebnisse.“ (BVerfG aaO.)

## 2. Inhalt des Strafverfolgungsanspruchs

Der verfassungsrechtliche Strafverfolgungsanspruch bezieht sich auf das Tätigwerden aller Strafverfolgungsorgane.

„Ihr Ziel muss es sein, eine **wirksame Anwendung** der zum Schutz des Lebens, der körperlichen Integrität, der sexuellen Selbstbestimmung und der Freiheit der Person **erlassenen Strafvorschriften sicherzustellen**. Es muss insoweit gewährleistet werden, dass Straftäter für von ihnen verschuldete Verletzungen dieser Rechtsgüter auch tatsächlich zur Verantwortung gezogen werden.

Dies bedeutet nicht, dass der in Rede stehenden Verpflichtung **stets nur durch Erhebung einer Anklage** genügt werden kann. Vielfach wird es ausreichend sein, wenn die Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens und - nach ihrer Weisung - die Polizei die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel personeller und sächlicher Art sowie ihre Befugnisse auch tatsächlich nach Maßgabe eines angemessenen Ressourceneinsatzes nutzen, um den **Sachverhalt aufzuklären und Beweismittel zu sichern**.

Die Erfüllung der Verpflichtung zur effektiven Strafverfolgung unterliegt der gerichtlichen Kontrolle (§§ 172 ff. StPO) und setzt eine detaillierte und vollständige Dokumentation des Ermittlungsverlaufs ebenso voraus wie eine nachvollziehbare Begründung der Einstellungsentscheidungen.“ (BVerfG aaO.)

## 3. Berücksichtigung der EMRK

Hierbei sind die Anforderungen an die effektive Strafverfolgung so auszugestalten, dass sie den von Art. 2 in Verbindung mit Art. 1 EMRK statuierten Mindeststandards genügen.

### a) Relevanz der EMRK für die Auslegung der Grundrechte

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die **Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention** in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte **bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes zu berücksichtigen**, soweit dies nicht zu einer von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt (vgl. BVerfGE 74, 358 [370]; 83, 119 [128]; 111, 307 [317]; 120, 180 [200 f.]; 128, 326 [368]).“ (BVerfG aaO.)

### b) Gewährleistungsinhalt

„Aus **Art. 2 EMRK** in Verbindung mit der allgemeinen Verpflichtung des Staates aus Art. 1 EMRK, „allen (seiner) Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I dieser Konvention bestimmten Rechte und Freiheiten“ zuzusichern, folgt eine **Pflicht der Signatarstaaten, wirksame amtliche Ermittlungen anzustellen**, wenn ein **Mensch durch Gewalteinwirkung zu Tode gekommen** ist (vgl. EGMR, Entscheidung vom 02.09.1998, Nr. 22495/93, Yasa/Türkei, Rep. 1998-VI, S. 2411, Rn. 100; EGMR, Entscheidung vom 22.03.2005, Nr. 28290/95, Güngör/Türkei, Rn. 67). Das gilt insbesondere, wenn sich der Verdacht gegen Repräsentanten des Staates richtet (vgl. grundlegend EGMR, Entscheidung vom 27.09.1995, Nr. 18984/91, McCann u. a./Vereinigtes Königreich, Serie A 324, Rn. 161). **Wirksame Ermittlungen** müssen **prompt, umfassend, unvoreingenommen und gründlich** sein (vgl. EGMR, McCann u. a./Vereinigtes Königreich, aaO., Rn. 163) und darüber hinaus geeignet, zur Identifizierung und Bestrafung der verantwortlichen Person zu führen (vgl. EGMR, Entscheidung vom 20.05.1999, Nr. 21554/93, Oğur/Türkei, NJW 2001, S. 1991 [1994]; EGMR, Entscheidung vom 10.04.2012, Nr. 9829/07, Ali Günes/Türkei, NVwZ 2013, S. 1599, Rn. 45). Freilich stellt nicht jeder Ermittlungsfehler schon eine Verletzung von Art. 2 EMRK dar, sondern nur ein Fehler, der den Untersuchungszweck gefährdet, Todesursache und verantwortliche Personen festzustellen (vgl. EGMR, McCann u.a./Vereinigtes Königreich, aaO., Rn. 157 ff.; EGMR, Entscheidung vom 05.10.1999, Nr. 33677/96, Grams/Deutschland, NJW 2001, S. 1989 [1989 f.]).“ (BVerfG aaO.)

## 4. Anwendung auf den Fall

Nach Auffassung des BVerfG genügt der angegriffene Beschluss den vorstehenden Anforderungen.

„Er verkennt weder die Bedeutung des Grundrechts auf Leben noch die Anforderungen an die effektive Strafverfolgung. [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO.)

## II. Verletzung des sich aus Art. 3 I GG ergebenden Willkürverbotes

Der angegriffene Beschluss könnte aber den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) in seiner Gestalt als Willkürverbot verletzen

„Die Grenze zur Willkür ist erst dort überschritten, wo Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts unter Berücksichtigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken **nicht mehr verständlich** sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf **sachfremden Erwägungen** beruhen (vgl. etwa BVerfGE 81, 132 [137], st. Rspr.). Das ist hier nicht der Fall.“ (BVerfG aaO.)

(OVG Münster in NWVBI 2015, 113; Urteil vom 04.11.2014 – 4 A 775/14; nicht rechtskräftig)

1. Der Konsum einer E-Zigarette ist von den Rauchverböten des Nichtraucherschutzgesetzes NRW nicht erfasst.
2. Nach derzeitigem wissenschaftlichem Kenntnisstand lässt sich **nicht feststellen**, dass vom Gebrauch einer E-Zigarette **vergleichbare Gefahren** für Dritte **wie beim sog. Passivrauchen** herkömmlicher Zigaretten entstehen.
3. Eine Einbeziehung der E-Zigarette in bestehende Rauchverböte kommt nur unter dem Gesichtspunkt der **Gefahrenvorsorge** in Betracht. Sie hätte einer ausdrücklichen Klarstellung im Gesetzestext und einer Risikoabschätzung durch den Gesetzgeber bedurft.

**Fall** Der Kläger ist Betreiber der Gaststätte „M.“ in Köln, in der er seinen Gästen die Nutzung von E-Zigaretten gestattet. Bei einer Kontrolle stellte die Beklagte am 26.06.2013 fest, dass ein Gast im Thekenbereich in der Zeit von 20.00 Uhr bis 1.45 Uhr wiederholt eine E-Zigarette konsumierte, ohne dass der Kläger oder seine Mitarbeiter hiergegen einschritten.

Mit Schreiben vom 01.07.2013 mahnte die Beklagte gegenüber dem Kläger die Einhaltung des Rauchverbotes in seiner Gaststätte an. Für den Fall erneuter Zuwiderhandlung seien weitere Maßnahmen, insbesondere der Erlass einer Untersagungsverfügung, zu erwarten. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, seit dem 01.05.2013 gelte in Nordrhein-Westfalen ein uneingeschränktes und produktunabhängiges Rauchverbot in Gaststätten, das nicht nur den Konsum von Zigaretten und anderen Tabakwaren, sondern auch die Nutzung von E-Zigaretten sowie von Shisha-Pfeifen und Kräuterzigaretten erfasse.

Am 28.07.2013 hat der Kläger Klage erhoben, mit der er die Feststellung erstrebt, dass die Nutzung von E-Zigaretten in der von ihm betriebenen Gaststätte nicht nach § 3 I 1 NiSchG NRW verboten ist. Seine Klage sei als allgemeine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO zulässig. Mit dem Schreiben vom 01.07.2013 habe sich die Frage der Geltung des Rauchverbotes in seiner Gaststätte zu einem konkreten Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten verdichtet. Wird die Klage Erfolg haben?

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

### I. Zulässigkeit der Klage

Die Feststellungsklage ist nach § 43 I VwGO nur zulässig, wenn um das Bestehen oder Nichtbestehen eines **konkreten Rechtsverhältnisses** bestritten wird. Hierbei muss es um die Anwendung einer Norm auf einen konkreten Sachverhalt gehen, wobei die Feststellungsklage gegenüber Anfechtungs- und Leistungsklage **subsidiär** ist.

Fraglich ist, ob hier durch die Ankündigung der Behörde hinsichtlich der Sanktionierung der Gestattung von E-Zigaretten ein solches konkretes Rechtsverhältnis angenommen werden kann.

*„Insoweit wird auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts Bezug genommen, die sich der Senat zu Eigen macht und denen die Beklagte im Berufungsverfahren nicht entgegen getreten ist.“* (OVG Münster aaO.)

Das VG hatte ausgeführt:

*„Die Feststellungsklage sei zulässig, da infolge der „Ermahnung“ der Beklagten vom 1. Juli 2013 zwischen den Beteiligten ein **konkretes Rechtsverhältnis** im Streit stehe. Die Beklagte habe sich in diesem Schreiben darauf berufen, dass eine entsprechende Verpflichtung des Klägers bestehe und ordnungsbehördliche Maßnahmen bei Nichterfüllung der Verpflichtung angekündigt. Der Kläger habe zudem ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung. Ihm sei es **nicht zumutbar, die angekündigten Sanktionen abzuwarten** und erst hierauf mit den dann möglicherweise zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen zu reagieren. Daher sei die Feststellungsklage auch nicht im Sinne von § 43 II VwGO subsidiär.“* (OVG Münster aaO.)

### II. Begründetheit der Klage

Die Klage müsste auch begründet sein. Dies ist der Fall, wenn der Konsum von E-Zigaretten nicht dem Rauchverbot nach § 3 I NiSchG NRW unterfällt.

#### 1. Inhalt der gesetzlichen Regelung

Nach § 3 I NiSchG NRW ist das Rauchen nach Maßgabe dieses Gesetzes in den Einrichtungen nach § 2 Nr. 1 bis 8 – zu denen auch Gaststätten gehören – verboten.

*„Dem Wortlaut nach umfasst das Rauchverbot die Nutzung einer E-Zigarette nicht. Unter „**Rauchen**“ versteht man im allgemeinen und wissenschaftlichen Sprachgebrauch das **Einatmen des Rauchs, der bei dem Verbrennungsvorgang (Pyrolyse) von Tabakwaren entsteht**. Vgl. OVG NRW, Urteil vom 17.09.2013 – Az. 13*

A 1100/12 -, juris; Kasper/Krüger/Stollmann, MedR 2012, 495, 500; Müller, PharmR 2012, 137, 140 m.w.N.“ (OVG Münster aaO.)

### a) Verbrennungsvorgang

Es stellt sich also die Frage, ob es bei dem Gebrauch einer E-Zigarette zu einem Verbrennungsvorgang kommt.

„Eine **Pyrolyse findet** bei dem Konsum einer E-Zigarette **nicht statt**. Die Abluft einer E-Zigarette entsteht vielmehr durch Verdampfung einer Flüssigkeit („Liquid“), ohne dass es zu einem Verbrennungsprozess käme. Die Flüssigkeit wird durch Ziehen an dem Mundstück oder Betätigen eines Knopfes durch eine Pumpe oder ein System von Kapillaren aus der Kartusche in die Verdampfer-Einheit geleitet und dort bei Temperaturen zwischen 60 C und 120 C verdampft. Dabei entstehen **durch Kondensation Aerosole mit flüssigen Partikeln**. Dieser als feiner Dampf sichtbare Nebel wird dann von dem Konsumenten inhaliert. Vgl. OVG NRW, Urteil vom 17.09.2013 – Az. 13 A 2448/12 -, juris; Volkmer, PharmR 2012 S. 11, 12; Kasper/Krüger/ Stollmann, MedR 2012, S. 495, 496; Deutsches Krebsforschungszentrum, Rote Reihe, Tabakprävention und Tabakkontrolle, Band 19, Elektrische Zigaretten – ein Überblick, S. 3; Müller, PharmR 2012, 137, 141. Insoweit **unterscheidet sie sich** nicht nur von der herkömmlichen Zigarette, sondern **von einer Wasserpfeife** (Shisha). Bei deren Gebrauch liegt nämlich noch ein Verbrennungsprozess vor. Die Befüllung wird zwar nicht wie bei der herkömmlichen Zigarette bei hohen Temperaturen von 800°C bis 900°C verbrannt, sondern mit Hilfe der glühenden Kohle bei ca. 100°C verschwelt. Dies stellt sich jedoch **im chemisch-physikalischen Sinne** als ein **Verbrennungsprozess** dar, bei dem Rauch entsteht, der ähnliche gesundheitsschädliche Verbrennungsprodukte wie Zigarettenrauch, insbesondere Kohlenmonoxid und Teer, enthält. Diese Stoffe gelangen in Form **lungengängiger feiner Partikel in die Raumluft**, zum Teil sogar in höheren Konzentrationen als beim Zigarettenrauch. Vgl. BfR, Ausgewählte Fragen und Antworten zu Wasserpfeifen, Aktualisierte FAQ vom 17.10.2011; Deutsches Krebsforschungszentrum, „Wasserpfeife – die süße Versuchung“, 2008. Damit fällt die Benutzung der Wasserpfeife grundsätzlich unter den Begriff des Rauchens. Der Umstand, dass die Nutzung einer Wasserpfeife in der Rechtsprechung jedenfalls dann einhellig als „Rauchen“ im Sinne der Nichtraucherenschutzgesetze anerkannt ist, wenn sie mit Tabak befüllt ist, vgl. BVerfG, Beschluss vom 02.08.2010 - 1 BvQ 23/10 – juris; BayVerfGH, Beschluss vom 13.09.2011 – Vf. 12-VII-10 – juris; OVG NRW, Beschluss vom 01.08.2013 – 4 B 608/13 – m. w. N., juris, besagt für die Nutzung einer E-Zigarette damit nichts.“ (OVG Münster aaO.)

### b) Tabakwaren

Zudem ist zweifelhaft, ob es sich bei den zu verdampfenden Liquids um Tabakwaren im Rechtssinne handelt.

#### aa) Bezug des Nichtraucherenschutzgesetzes nur auf Tabakwaren

Die Verbotsnorm des § 3 NiSchG NRW bezieht sich nicht ausdrücklich nur auf Tabakwaren. Es ergibt sich jedoch aus der Begründung des Gesetzes, dass nur der Schutz vor dem Rauch von Tabakwaren bezweckt ist.

„Zum einen ist – wie ausgeführt – mit dem Begriff des „Rauchens“ im Allgemeinen nur der Konsum von Tabak verbunden. Zum anderen ergibt sich aus der **Begründung zum ursprünglichen Gesetzentwurf** aus dem Jahre 2007 (LT-Drs. 14/4834), auf der die Begründung der jetzigen Gesetzesfassung aufbaut, dass lediglich das **Rauchen von Tabakprodukten** verboten werden sollte. Bereits die einleitenden Ausführungen zur Notwendigkeit des Gesetzes verweisen mehrfach auf die gesundheitlichen Gefahren des Passivrauchens von Tabakrauch (LT-Drs. 14/4834 S. 1, 15 f.). Im Hinblick auf die konkrete Verbotsnorm des § 3 NiSchG NRW wird erläutert, dass das Gesetz ein umfassendes Rauchverbot regelt, welches das Rauchen aller Tabakprodukte einschließlich des Inhalierens „des Tabakrauchs“ mittels Wasserpfeife oder des Rauchens unter Verwendung anderer Hilfsmittel betreffe. Der Zweck des Gesetzentwurfs, einen umfassenden, d. h. möglichst viele Bereiche des öffentlichen Lebens erfassenden **Schutz von Nichtraucherinnen und Nichtrauchern „vor Tabakrauch“** zu schaffen, wird besonders hervorgehoben (LT-Drs 14/4834 S. 19. Der genannten Passage ist F, dass auch der Konsum anderer Produkte ohne Tabakbezug verboten werden sollte. Vielmehr stellt der letzte Satzteil „des Rauchens unter Verwendung anderer Hilfsmittel“ lediglich klar, dass nicht nur das **Rauchen von Tabak** mittels Zigaretten oder Zigarren, sondern auch **mittels einer Wasserpfeife oder anderer Hilfsmittel** verboten werden soll. Nicht gemeint sind hiermit aber Stoffe, die den Tabak ersetzen. Vgl. zur gleichlautenden Regelung in § 3 des bayerischen Gesundheitsschutzgesetzes BayVGH, Beschluss vom 30.11.2010 - 9 CE 10.2468 -, BayVBl 2011, 214, 215; im Ergebnis auch Dahm/Fischer, Rechtsgutachten im Auftrag des Landes NRW zur Frage, ob der Gebrauch einer sog. E-Zigarette dem Anwendungsbereich des NiSchG NRW, insbesondere also dem dort verankerten grundsätzlichen Rauchverbot unterfällt (Im Folgenden: Rechtsgutachten) vom 24.11.2011, LT-Vorl. 16/394, S. 5 ff.“ (OVG Münster aaO.)

## bb) Einordnung der Liquids von E-Zigaretten

Die Flüssigkeiten (Liquids) der E-Zigaretten enthalten typischerweise keinen Tabak oder Tabakersatzprodukte.

*„Ihr Hauptbestandteil ist Propylenglykol, das als Vernebelungsmittel zur Dampferzeugung dient. Ersetzt werden kann dieser Stoff durch Glycerin und Ethanol. Die Liquids enthalten zusätzlich Duft- und Aromastoffe und ggf. Nikotin wird ausgeführt]. Soweit die Liquids kein Nikotin enthalten, handelt es sich zweifelsfrei nicht um Tabakprodukte. Vgl. dazu OVG NRW, Beschluss vom 01.08.2013 – 4 B 608/13 –, juris, für die Nutzung von Wasserpfeifen, sofern sie nur mit Trockenfrüchten oder Shizao-Steinen und nicht mit Tabak betrieben werden.*

*Aber auch **nikotinhaltige Liquids** sind keine Tabakprodukte im Rechtssinne. Bei der Auslegung des nur in der Gesetzesbegründung des Nichtraucherschutzgesetzes verwendeten Begriffs „**Tabakprodukte**“ liegt es nahe, auf die Bestimmung des § 3 des Vorläufigen Tabakgesetzes (VTabakG) und dessen europarechtliche Grundlagen zurückzugreifen. Vgl. BayVGh, Beschluss vom 30.11.2010 - 9 CE 10.2468 -, BayVBl 2011, 214, 215 zum vergleichbaren bayerischen Landesrecht.*

*§ 3 I VTabakG definiert Tabakerzeugnisse im Sinne des Gesetzes als aus **Rohtabak** oder unter Verwendung von Rohtabak hergestellte Erzeugnisse, die zum **Rauchen, Kauen oder anderweitigen oralen Gebrauch oder zum Schnupfen** bestimmt sind. Dem stehen – soweit hier von Interesse - nach § 3 II 1 VTabakG Tabakerzeugnissen ähnliche Waren gleich, wenn sie ebenfalls **die vorgenannte Zweckbestimmung** haben. Die Liquids einer E-Zigarette sind jedenfalls nicht „zum Rauchen, Kauen oder anderweitigen oralen Gebrauch oder zum Schnupfen“ bestimmt. Damit scheidet auch eine Qualifizierung als eine einem Tabakerzeugnis ähnliche Ware i.S.v. § 3 II 1 VTabakG aus. Unabhängig davon ist nach dem europarechtlichen Verständnis reines Nikotin grundsätzlich kein Tabakprodukt (wird ausgeführt).“ (OVG Münster aaO.)*

## 2. Schutz vor E-Zigaretten durch Auslegung des Nichtraucherschutzgesetzes

Möglicher Weise ergibt aber eine vorzunehmende Auslegung, dass der Schutz vor E-Zigaretten in den Anwendungsbereich des Nichtraucherschutzgesetzes einzubeziehen ist.

### a) Intention des Gesetzgebers

Bei der Änderung des Nichtraucherschutzgesetzes im Jahre 2012 war die Einbeziehung des Dampfens einer E-Zigarette ursprünglich beabsichtigt. Fraglich ist jedoch, ob dies im Gesetzestext irgendwie zum Ausdruck kommt.

*„[Die] Neufassung baut unverändert auf Formulierung und Schädlichkeitsbeurteilung des ursprünglichen Gesetzes vom 20.12.2007 auf, das nur die Gefahren des Passivrauchens von Tabakprodukten erfasste (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 01.08.2013 – 4 B 608/14 -, juris; Beschluss vom 23.04.2012 - 13 B 127/12 -, GewArch 2012, 256.*

*Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in dieser **zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers**, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. **Nicht entscheidend** ist dagegen die **subjektive Vorstellung** der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung (vgl. BVerfG, Urteil vom 21.05.1952 – 2 BvH 2/52 –, juris.). Der Gesetzgeber ist in grundlegenden normativen Bereichen, insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung, verpflichtet, **alle wesentlichen Entscheidungen selbst und in hinreichend bestimmter Form** zu treffen (vgl. BVerfG, NJW 1973, 133; NJW 1977, 1723; NJW 1978, 2143; NJW 1976, 34; BVerwGE 116, 347.).*

*Dies hätte bei einer beabsichtigten Erweiterung des Anwendungsbereichs des Verbotstatbestandes des § 3 I NiSchG NRW eine **begriffliche Klarstellung oder Ergänzung** im Gesetz selbst **erfordert**. Denn sie bewirkt erhebliche Grundrechtseinwirkungen für die am Konsum interessierten Gäste ebenso wie für Gastwirte.*

*Eine solche eindeutige gesetzliche Regelung wäre dem Gesetzgeber angesichts der bekannten Problematik der E-Zigarette auch ohne weiteres möglich gewesen.“ (OVG Münster aaO.)*

Ein gesetzgeberischer Wille, die E-Zigarette in den Anwendungsbereich des Nichtraucherschutzgesetzes mit einzubeziehen, geht aus dem Gesetz nicht hinreichend deutlich hervor.

### b) teleologische Auslegung

Die Einbeziehung von E-Zigaretten in den Anwendungsbereich des Nichtraucherschutzgesetzes könnte sich dann nur noch aus der Berücksichtigung von Sinn- und

Zweck der gesetzlichen Regelung im Rahmen einer teleologischen Auslegung ergeben.

#### aa) Gesetzeszweck

Das Nichtraucherschutzgesetz wurde zum wirksamen Schutz der Nichtraucherinnen und Nichtraucher vor den gesundheitlichen Gefahren des passiven Konsums von Tabakrauch erlassen.

*„Schon bei **kurzer Belastung durch Passivrauch** können die Atemwege akut gereizt werden, sowie Kopfschmerzen und Schwindel auftreten. Ferner kann Passivrauch zu erhöhter Infektanfälligkeit, koronaren Herzerkrankungen, Lungenkrebs, Schlaganfall, chronisch-obstruktiven Lungenerkrankungen und weiteren chronischen Erkrankungen führen (vgl. LT-Drs. 14/4834 S. 15; dazu auch Dahm/Fischer, Rechtsgutachten, S. 6 ff.). Dies ist darauf zurückzuführen, dass Passivrauch in der chemischen Zusammensetzung qualitativ dem Tabakrauch, den Raucher inhalieren, gleicht und somit eine Vielzahl zellgiftiger und krebserregender Stoffe enthält.“* (OVG Münster aaO.)

#### bb) Übertragbarkeit auf E-Zigaretten

Fraglich ist, ob dieser Gesetzeszweck, Passivraucher vor den erwiesenen erheblichen Gesundheitsgefahren des Tabakrauchs zu schützen, die Einbeziehung von E-Zigaretten, mit oder ohne nikotinhaltigen Liquids, in das Rauchverbot des Nichtraucherschutzgesetzes NRW rechtfertigt.

*„Bei dem Gebrauch der E-Zigarette entsteht **kein Zigarettenrauch**, sondern Dampf. Eine Freisetzung der zahlreichen schädlichen Stoffe, die sich im Zigarettenrauch befinden, findet mangels Verbrennungsprozesses daher nicht statt. Ob **überhaupt eine Gefährdung der Gesundheit Dritter** durch die Exposition mit dem Dampf der E-Zigaretten besteht, ist bisher **wissenschaftlich nicht geklärt** [wird ausgeführt]. Eine Erstreckung des § 3 I 1 NiSchG NRW über den Wortlaut hinaus auf E-Zigaretten würde dem gegenwärtigen Charakter des Nichtraucherschutzgesetzes deshalb nicht gerecht.*

*Dass der Gesetzgeber die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Einbeziehung der E-Zigarette in das „Rauchverbot“ des § 3 I NiSchG NRW unter dem damit allenfalls tragfähigen Gesichtspunkt der **Gefahrenvorsorge** im Gesetzgebungsverfahren hinreichend berücksichtigt hat, ist im Übrigen nicht ersichtlich.“* (OVG Münster aaO.)

### III. Ergebnis

Die E-Zigarette ist derzeit vom Verbot des § 3 I NiSchG NRW nicht erfasst. Die Feststellungsklage ist daher begründet.

## Verwirkung des Antragsrechts Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

(OVG Lüneburg in DÖV 2015, 387; Beschluss vom 05.02.2015 – 5 ME 211/14)

1. Die Verwirkung beruht auf dem **Grundsatz von Treu und Glauben**.
2. Sie ist ein Hauptanwendungsfall des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (**venire contra factum proprium**).
3. Die Verwirkung gilt nicht nur für Ansprüche, sondern auch im **Prozessrecht**.
4. Auch öffentlich-rechtliche Rechtspositionen unterfallen der Verwirkung.
5. Für die Annahme der Verwirkung genügt nicht der bloße Zeitablauf. Vielmehr muss der Berechtigte innerhalb eines längeren Zeitraums unter Verhältnissen **untätig geblieben** sein, unter denen **vernünftigerweise etwas** zur Wahrung des Rechts **unternommen** zu werden pflegt. Erst dadurch wird eine Situation geschaffen, auf die der jeweilige Gegner vertrauen darf.

**Fall:** Der -jährige Antragsteller steht seit 19 als Richter am Finanzgericht im niedersächsischen Landesdienst und ist beim Niedersächsischen Finanzgericht tätig. Er ist schwerbehindert im Sinne der §§ 68ff. des Neunten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IX) mit einem Grad der Behinderung von 100.

Am 20.05.2014 übersandte der Antragsteller dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz per E-Mail und per Fax ein Initiativbewerbungsschreiben für eine Richterstelle am Bundesfinanzhof und bat um Weiterleitung der E-Mail unter anderem an die Mitglieder des Richterwahlausschusses.

Bei der folgenden Sitzung des Richterwahlausschusses am 22.05.2014 fand die Initiativbewerbung des Antragstellers keine Berücksichtigung; gewählt wurden die Beigeladenen sowie der Beigeladene zu 2. des erstinstanzlichen Verfahrens. Das Niedersächsische Justizministerium veröffentlichte das Ergebnis der Bundesrichterwahl, soweit es die Wahl des Beigeladenen zu 2. des erstinstanzlichen Verfahrens zum Richter am Bundesfinanzhof betraf, mit Presseinformation vom 22.05.2014, welche auch im Intranet des Niedersächsischen Finanzgerichts bekannt gemacht wurde; einen Tag später, am 23.05.2014, folgte die Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, die unter anderem darüber informierte, dass in der Sitzung des Richterwahlausschusses vom 22.05.2014 für den Bundesfinanzhof vier neue Richterinnen und Richter - die Beigeladenen sowie der Beigeladene zu 2. des erstinstanzlichen Verfahrens - gewählt worden waren.

Mit Schreiben vom 15.07.2014 - zugegangen am 19.07.2014 - wurde dem Antragsteller durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz mitgeteilt, dass es vor dem Hintergrund des in Art. 95 II GG sowie im Richterwahlgesetz (RiWG) geregelten Verfahrens nicht möglich sei, sich unmittelbar bei ihm um eine Stelle als Richter an einem obersten Bundesgericht zu bewerben. Aus diesem Grunde sei eine Weiterleitung der E-Mail des Antragstellers an die Mitglieder des Richterwahlausschusses nicht erfolgt.

Am 29.09.2014 hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht Hannover um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht und zur Begründung im Wesentlichen geltend gemacht, dass die unterlassene Berücksichtigung seiner Bewerbung gegen Art. 33 II GG verstoße, wonach jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt habe. Dieses verfassungsrechtlich verbürgte Zugangsrecht werde in unzulässiger Weise eingeschränkt, indem das einfachgesetzliche Richterwahlgesetz nur denjenigen Personen den Zugang zum Auswahlverfahren eröffne, die zuvor durch ein Mitglied des Richterwahlausschusses vorgeschlagen worden seien. Dieses intransparente Verfahren sei eines Rechtsstaates unwürdig; dem Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt könne vielmehr nur durch ein Verfahren der öffentlichen Ausschreibung von Bundesrichterstellen Rechnung getragen werden. Darüber hinaus verstoße die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung gegen seine besonderen Schutzrechte als Schwerbehinderter.

Der Antragsteller hat am 02.11.2014 gegen das ablehnende Schreiben des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 15.07.2014 Widerspruch erhoben, über den noch nicht entschieden ist.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit der Begründung als unzulässig zurückgewiesen, der Antragsteller habe sein Antragsrecht verwirkt, daher fehle ihm ein Rechtsschutzbedürfnis. Zu Recht?

Für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO läuft grundsätzlich keine Frist. Der Antrag kann daher so lange gestellt werden, wie der Antragstellerin ein schutzwürdiges Interesse am Eilrechtsschutz hat.

Allerdings kann die Geltendmachung von Ansprüchen unabhängig vom Fristenlauf treuwidrig und die Berufung auf die Rechtsposition daher verwirkt sein. Ist aber der Anspruch verwirkt, so besteht kein schutzwürdiges Interesse mehr an der prozessualen Geltendmachung.

## I. Verwirkung im öffentlichen Recht

Die Rechtsfigur der Verwirkung wurde im Zusammenhang mit der verspäteten Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche entwickelt. Daher stellt sich zunächst die Frage, ob dieser Grundsatz im öffentlichen Recht überhaupt Anwendung finden kann.

„Der Rechtsgedanke der **Verwirkung** als Unterfall des **Grundsatzes von Treu und Glauben** ist **auch im öffentlichen Recht anwendbar** (BVerfG, Entscheidung vom 26.01.1972 - 2 BvR 255/67 -, juris Rn. 18f.; BVerwG, Urteil vom 23.05.1975 - BVerwG 4 C 73.73 -, juris Rn. 13; Urteil vom 29.08.1996 - BVerwG 2 C 23.95 -, juris Rn. 24; Beschluss vom 06.06.2014 - BVerwG 2 B 75.13 -, juris Rn. 15).“ (OVG Lüneburg aaO.)

## II. Begriff der Verwirkung

„Die Verwirkung als Hauptanwendungsfall des **Verbots widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium)** bedeutet, dass ein Recht nicht mehr ausgeübt werden darf, wenn seit der **Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen** ist und besondere Umstände hinzutreten, welche die verspätete Geltendmachung als **Verstoß gegen Treu und Glauben** erscheinen lassen (BVerwG, Urteil vom 17.03.2008 - BVerwG 6 C 22.07 -, juris Rn. 41; Nds. OVG, Urteil vom 08.07.2014 - 5 LB 10/14 -, juris Rn. 73; Beschluss vom 22.07.2014 - 5 LA 58/13 -).

Für die Annahme der Verwirkung **genügt** also - anders als für den Eintritt der Verjährung - **nicht der bloße Zeitablauf**. Vielmehr muss der Berechtigte innerhalb eines längeren Zeitraums unter Verhältnissen untätig geblieben sein, unter denen **vernünftigerweise** etwas zur Wahrung des Rechts **unternommen** zu werden pflegt. Erst dadurch wird eine Situation geschaffen, auf die der jeweilige **Gegner vertrauen**, sich einstellen und einrichten darf (BVerfG, Entscheidung vom 26.01.1972, aaO., Rn. 18; BVerwG, Beschluss vom 06.06.2014, aaO., Rn. 15).“ (OVG Lüneburg aaO.)

## III. Verwirkung im Prozessrecht

Allerdings stellt sich die Frage, ob vor dem Hintergrund des vorstehenden nur Ansprüche der Verwirkung unterliegen oder ob sich die Verwirkung auch auf das Prozessrecht beziehen kann.

„Verwirken kann neben einem materiellen Anspruch **auch eine prozessuale Befugnis**, etwa das Klagerecht (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.11.1975 - BVerwG 2 C 16.72 -, juris Rn. 33) oder das Recht, einen Eilantrag nach § 123 VwGO zu stellen (vgl. etwa OVG Rh.-Pf., Beschluss vom 19.02.2010 - 8 B 10256/10 -, juris Rn. 6). Ob ein Recht verwirkt ist und die Ausübung beziehungsweise Geltendmachung deshalb unzulässig ist, kann immer nur angesichts der **besonderen Umstände des konkreten Einzelfalls** beurteilt werden (vgl. BVerfG, Entscheidung vom 26.1.1972, aaO., Rn. 24; BVerwG, Urteil vom 25.01.1974 - BVerwG 4 C 2.72 -, juris Rn. 23; Nds. OVG, Urteil vom 08.07.2014, aaO., Rn. 74).“ (OVG Lüneburg aaO.)

## IV. Anwendung auf den Fall

Es stellt sich die Frage, ob unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze das Verwaltungsgericht zu Recht davon ausgegangen ist, dass der Antragsteller seiner prozessrechtliche Befugnis zur Beantragung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO verwirkt hat.

### 1. zeitliche Aspekte

Wenn auch der Zeitablauf nicht allein maßgeblich ist, so ist er gleichwohl Grundvoraussetzung für die Annahme einer Verwirkung. Ohne zeitliche Zäsur kann ein schutzwürdiges Vertrauen des Gegners in das Unterbleiben der Geltendmachung der Rechtsposition nicht entstehen.

„Der Antragsteller hat seinen Eilantrag erst am 29.09.2014 - und damit mehr als **vier Monate** nach der am 22.05.2014 stattgefundenen Bundesrichterwahl - gestellt. Zwar hat er das Schreiben des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz mit dem Inhalt, eine Initiativbewerbung für eine Stelle als Richter an einem obersten Bundesgericht sei nach geltender Rechtslage nicht möglich, weshalb eine Weiterleitung der Initiativbewerbung an die Mitglieder des Richterwahlausschusses unterblieben sei, erst am 19.07.2014 erhalten. Der Senat geht jedoch - ebenso wie das Verwaltungsgericht - davon aus, dass dem Antragsteller das Wahlergebnis aufgrund der Pressemitteilungen des Niedersächsischen Justizministeriums und des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz **tatsächlich bereits seit dem 22. beziehungsweise 23.05.2014 bekannt** gewesen ist. Denn der entsprechenden Feststellung des Verwaltungsgerichts (Beschlussabdruck - BA -, S. 7/1. Absatz) ist der Antragsteller mit seinem Beschwerdevorbringen nicht entgegengetreten. Wusste der Antragsteller somit bereits seit dem 22./23.05.2014, dass seine Initiativbewerbung ohne Erfolg geblieben war, vermag auch der Senat keinen nachvollziehbaren Grund dafür zu erkennen, mit der Stellung eines Eilantrags über vier Monate zuzuwarten.“ (OVG Lüneburg aaO.)

## 2. Hinzutreten besonderer Umstände

Es müssen jedoch besondere Umstände hinzutreten, die ein Vertrauen des Gegners in einem Unterbleiben der Geltendmachung der Rechtsposition begründen könnten.

### a) Zweifel am Verfahren

Ein Aspekt ist der Umstand, dass der Antragsteller das **Verfahren für die Besetzung von Richterstellen** an den obersten Gerichtshöfen des Bundes mit seiner Initiativbewerbung **grundsätzlich in Frage gestellt hat**.

*„Gerade ihm als einem langjährig in der Justiz Tätigen musste das **Verfahren der Bundesrichterwahl** nach Art. 95 II GG in Verbindung mit dem Richterwahlgesetz - namentlich das in § 10 I 1 RiWG normierte Vorschlagsrecht - **bekannt** sein. Gleichwohl hatte der Antragsteller - der ausweislich seines Bewerbungsschreibens vom 20.05.2014 „den Medien entnommen“ hatte, „dass in Kürze **Bundesrichterstellen, erneut ohne öffentliche Ausschreibung**, besetzt werden sollen“ - nicht darauf hingewirkt, mit Blick auf die Bundesrichterwahl 2014 von einem Mitglied des Richterwahlausschusses vorgeschlagen zu werden, sondern hat **contra legem** eine **Initiativbewerbung** verfasst.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

### b) Zweifel an Ernsthaftigkeit.

Zudem bestehen auch Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Bewerbung.

*„Denn abgesehen davon, dass diese **Bewerbung nicht auf dem Dienstweg** erfolgt und ihr jedenfalls kein als „klassisch“ zu bezeichnendes Lichtbild beigelegt ist, wird hierin mehrfach auf die „**Homepage**“ des Antragstellers sowie Beiträge auf dem Videoportal „**YouTube**“ verwiesen. Berücksichtigt man weiter, dass das Bewerbungsschreiben ausdrücklich betont, diese Bewerbung sei „ernst gemeint“, und dass sie mit einem Postskriptum („P.S.“) endet, wonach „weitere Kopien dieses Schreibens [...] an wichtige Redakteure verschiedener Medien“ [gehen]“, muss sich insgesamt der Eindruck aufdrängen, dass es dem Antragsteller **nicht in erster Linie** um eine **Einbeziehung in die Auswahlentscheidung** für die Besetzung einer Richterstelle am Bundesfinanzhof geht, sondern er **primär die rechtspolitische Forderung** verfolgt, eine **Änderung des derzeitigen Stellenbesetzungsverfahrens** zu erreichen. Es erscheint bereits befremdlich, dass ein Richter am Finanzgericht, der ein ernsthaftes Interesse an dem herausgehobenen Amt eines obersten Bundesrichters haben will, nicht zunächst den Versuch unternimmt, dieses Interesse im Rahmen der geltenden Verfahrensbestimmungen zum Ausdruck zu bringen.*

*Von einem Richter, der **nicht versucht hat, über das Vorschlagsverfahren Berücksichtigung** zu finden, sondern stattdessen unter Berufung auf die Verfassungswidrigkeit des § 10 I 1 RiWG unter Missachtung des Dienstwegs eine Initiativbewerbung einreicht, welche Zweifel an der vornehmlichen Verfolgung eines Individualinteresses weckt, wäre indes jedenfalls **vernünftigerweise zu erwarten gewesen, zeitnah** nach Kenntnis der Erfolglosigkeit seiner Bewerbung um vorläufigen Rechtsschutz nachzusehen, um die entsprechenden Zweifel auszuräumen. Dadurch, dass der Antragsteller dies nicht getan hat, hat er eine **Situation geschaffen**, in der die Antragsgegnerin und die Beigeladenen auf den Bestand der Auswahlentscheidung **vertraut** haben, so dass sich die erst am 29.09.2014 erfolgte Stellung des Eilantrags als treuwidrig erweist.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

### c) Zeitrahmen für zu unterbindende Ernennung

Fraglich ist, ob gegen die Verwirkung sprechen könnte, dass die erste Ernennung eines der am 22.05.2014 Gewählten zum Richter am Bundesfinanzhof für den 01.12.2014 geplant war, diesem Ergebnis nicht entgegensteht, da die Bundesrichterwahlen „auf Vorrat“ erfolgten.

*„[Soweit die Beschwerdebegründung ausführt], ... „es also tatsächlich nicht so dringend, nicht so eilig“, vermag der Senat schon deshalb nicht beizutreten, weil der Antragsteller im unmittelbaren Anschluss hieran ausführt, wegen der **Intransparenz des (Bundesrichter-)Berufungsverfahrens** sei für ihn nicht genau ersichtlich, wann die weiteren Ernennungen erfolgen sollten. Wenn dem Antragsteller aufgrund der **gerügten Intransparenz die exakten Ernennungstermine nicht bekannt** waren, wäre von ihm **umso mehr zu erwarten gewesen, innerhalb** der von der Rechtsprechung anerkannten Wartezeit von zwei Wochen (vgl. BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 - BVerwG 2 C 16.09 -, juris Rn. 34) zur Wahrung seiner Rechte einen Eilantrag zu stellen, jedenfalls aber innerhalb von zwei Wochen nach dem am 19.07.2014 erfolgten Erhalt der Mitteilung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 15.07.2014. Dessen ungeachtet gilt das **Erfordernis einer möglichst zeitnahen Geltendmachung** der Rechte des Antragstellers hier gerade deshalb, weil er aufgrund der konkreten Ausgestaltung seiner Initiativbewerbung und der Art ihrer Verbreitung Zweifel dahingehend geweckt hat, ob er vornehmlich die Wahrnehmung seiner Individualinteressen bezweckt oder ob es ihm vielmehr darum geht, seine Bewerbung im Zuge einer **rechtspolitischen Diskussion** zur Änderung der geltenden Bestimmungen über die Bundesrichterwahl fruchtbar zu machen.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

## Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 286

**Verzicht auf Sachverständigengutachten**  
**Anforderungen an Nachweis besonderer Sachkunde des Tatrichters**

ZivilProzR

(BGH in FamRZ 2015, 653; Urteil vom 13.01.2015 – VI ZR 204/12)

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Beurteilung einer Frage, die Fachwissen voraussetzt, ist nur verzichtbar, wenn der Tatrichter selbst die besondere Sachkunde ausweisen kann.

**Fall:** Die Kl. führte am 07.04.2009 ihr Dressur- und Reitpferd auf der rechten Seite eines nur für land- und forstwirtschaftlichen Verkehr freigegebenen Weges, wobei sie selbst auf dem Asphalt ging, während sich das Pferd auf dem Grünstreifen rechts neben dem Weg befand. Der Bekl. zu 2 befuhr den Weg mit seinem bei der Bekl. zu 1 haftpflichtversicherten Pkw. Er näherte sich der Kl. von hinten und bog nach links auf ein Feld ab, um zu einem dort befindlichen Misthaufen zu gelangen. Ob er die Kl. zuvor überholt hatte, ist streitig. Das Pferd brach aus und fügte der Kl. schwere Verletzungen zu. Jedenfalls war die Betriebsgefahr des Pkw des Beklagten zu 2 auf Grund der örtlichen Gegebenheiten für das Ausbrechen des Pferdes ursächlich. Die Kl. begehrt Ersatz materiellen und immateriellen Schadens. Das LG Hannover (Urt. v. 25.07.2013 – 3 O 398/12, BeckRS 2015, 04103) hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kl. hatte keinen Erfolg. Das BerG. hatte ein überwiegendes Eigenverschulden der Kl. ohne Einholung des von ihr beantragten Sachverständigengutachtens allein auf der Grundlage angeblicher eigener Sachkunde des Senatsvorsitzenden angenommen und ein von der Kl. eingereichtes Privatgutachten nicht berücksichtigt, nach welchem sich die Kl. bei der Annäherung des Pkw völlig richtig verhalten und insbesondere ihr Pferd so ausgerichtet habe, dass es den herannahenden Pkw wahrnehmen können. Die Revision hat das OLG Celle (Urt. v. 26.03.2014 – 14 U 128/13, BeckRS 2015, 04101) nicht zugelassen. Dagegen wendet sich die Kl. mit der Nichtzulassungsbeschwerde. Sie möchte ihr Begehren mit der Revision in vollem Umfang weiterverfolgen

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch aus § 7 I StVG, § 115 I VVG haben. Der Unfall ist beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs geschehen, dessen Halter der Bekl. zu 2 ist und dessen Versicherer die Bekl. zu 1. Fraglich ist allerdings, ob die Annahme eines überwiegenden Eigenverschuldens der Kl. aufgrund eigener Sachkunde des Richters angenommen werden kann.

### I. Anforderungen an Verzicht auf Sachverständigengutachten

„[Der] Tatrichter [darf], wenn es um die Beurteilung einer Fachwissen voraussetzenden Frage geht, auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur verzichten ..., wenn er **entsprechende eigene besondere Sachkunde auszuweisen** vermag (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 357 = MMR 2007, 178 Rn. 14 m.w.N.). Dies ist in dem angefochtenen Urteil nicht ausreichend dargelegt. Zudem muss das Gericht, wenn es bei seiner Entscheidung **eigene Sachkunde** in Anspruch nehmen will, den Parteien zuvor einen **entsprechenden Hinweis** erteilen (vgl. BGH, NJW-RR 1997, 1108 = ZfBR 1997, 240 m.w.N.). Auch dies ist nicht geschehen.“ (BGH aaO.)

### II. Umgang mit Privatgutachten

„Wenn das Gericht den auf eine privatgutachterliche Stellungnahme gestützten **Vortrag einer Partei übergeht**, kann deren **Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt** sein (Senat, NJW-RR 2010, 711 = VersR 2010, 72). Dies ist hier der Fall. Das BerGer. ist der Auffassung, naheliegender und richtiger wäre für die Kl. ein Vorgehen dergestalt gewesen, das neben ihr auf dem Grünstreifen grasende Pferd unverzüglich möglichst weit nach rechts auf die dortige Grasfläche zu verbringen, mithin also so weit wie möglich aus dem Gefahrenbereich heraus. Dabei hätte das Pferd zugleich seitwärts zur Fahrbahn gedreht werden können, um es in die Lage zu versetzen, das herannahende Fahrzeug optisch wahrzunehmen. Wie die Privatgutachterin W dargelegt hat, hätte die Kl., wenn sie auf der rechten Seite des Weges geblieben wäre und ihr Pferd dort gewendet hätte, mit ihrem Pferd abschüssig auf einen bepflanzten Acker und vor allem in einem größeren Bogen rechts außen um ihr Pferd herum gehen und damit weiter ausholen müssen. Sodann hätte sie nicht, wie es zweckmäßig gewesen wäre, zwischen Pferd und Verkehr, sondern, was gefährlich gewesen wäre, genau in der Fluchtrichtung des möglicherweise vor dem Auto scheuenden Pferdes gestanden. Stattdessen sei die Kl. auf dem kürzesten Weg in Richtung einer größeren, für sie und ihr Pferd in diesem Moment sichereren Fläche gewechselt. Zudem habe sie ihr Pferd so ausgerichtet, dass es den herannahenden Pkw wahrnehmen können. Die Kl. habe deshalb gerade nicht in der Fluchtrichtung des Pferdes gestanden. Dieses Vorbringen hat das BerGer. nicht hinreichend berücksichtigt.“ (BGH aaO.)

### III. Beweislast für Mitverschulden

„Da die **Bekl.** für ein Mitverschulden der Kl. **beweisbelastet** sind, darf für dessen Bejahung nur ein Sachverhalt zu Grunde gelegt werden, den diese **selbst vorgetragen** hat oder der zu ihrem Nachteil bewiesen ist (vgl. Senat, NJW 2014, 217 = NZV 2014, 119 = r + s 2013, 623 = VersR 2014, 80 m.w.N.). Die Kl. hat jedoch, wie ausgeführt, vorgetragen, sie sei von der rechten auf die linke Straßenseite gewechselt und habe auf dieser – etwas breiteren – Seite sich und ihr Pferd in die Richtung des Autos gedreht. Wenn dies zuträfe, hätte die Kl. aber zwischen ihrem Pferd und dem Verkehr gestanden, so dass das Pferd im Falle des Fliehens von der Gefahr-weg – also vom Verkehr-weg – auch von ihr weg zur anderen Seite, also in Richtung Misthaufen hätte fliehen können. Bei dieser Sachlage könnte der Kl. kein unfallursächliches Mitverschulden angelastet werden. Zwar hat das BerGer. ausgeführt, die Kl. habe sich nach dem Überschreiten der Fahrbahn aus Sicht des Bekl. zu 2 hinter ihrem Pferd befunden. Diese Feststellung findet jedoch keine Grundlegung in dem Sachvortrag der Kl. und verletzt diese in ihrem verfahrensgrundrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 I GG.“ (BGH aaO.)

(OLG Nürnberg in MDR 2015, 233; Urteil vom 14.11.2014 – V ZR 90/13)

Bargeld, das in einem Strafverfahren als Beweismittel beschlagnahmt wird, ist nach Verfahrensende im Grundsatz an den letzten Gewahrsamsinhaber auszuhändigen; bestand bei der Beschlagnahme Mitgewahrsam mehrerer Personen, hat die Rückgabe – bzw. die Leistung von Wertersatz – an diese gemeinschaftlich zu erfolgen.

**Fall:** Im Rahmen eines Strafverfahrens ordnete das AG nach § 98 II StPO die Beschlagnahme von Geld an, welches in der Wohnung von Ehegatten beschlagnahmt wurde. An wen muss die Herausgabe erfolgen?

#### I. Pflicht zur Rückgabe beschlagnahmten Geldes nach Abschluss des Strafverfahrens

„Die durch das AG gem. § 98 II StPO angeordnete **Beschlagnahme endete mit dem Abschluss des Strafverfahrens** (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 98 Rn. 29 m.w.N.). Das Geld muss zurückgegeben bzw. Wertersatz geleistet werden, weil es (nur) als mögliches Beweismittel (§§ 94, 98 II StPO) **vorläufig sichergestellt** und sodann beschlagnahmt wurde; der **Verfall** (§ 73 I 1 StGB) wurde in dem Strafurteil nicht angeordnet, sondern nur der **Wertersatzverfall** (§ 73a StGB). Durch letzteren entsteht zwar ein staatlicher Zahlungsanspruch, der auf einer Schätzung der aus den Straftaten erlangten Vorteile beruht und wie eine Geldstrafe beigetrieben wird (vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl., § 73a Rn. 8); mit dem beschlagnahmten Geld steht dies aber nicht in Zusammenhang. Eine Pfändung des Geldes aufgrund eines dinglichen Arrests gem. §§ 111b II, 111d StPO ist nicht erfolgt.

Die **Rückgabe** nach dem Ende einer förmlichen Beschlagnahme zu Beweis Zwecken stellt eine dem deutschen Recht unterliegende **öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden** dar. Da sie dem Restitutionsgedanken folgt, muss der Gegenstand – sofern nicht § 111k StPO eingreift – regelmäßig **an den letzten Gewahrsamsinhaber** zurückgegeben werden; es ist der Zustand wiederherzustellen, der vor der Beschlagnahme bestand (Nr. 75 Abs. 2 RiStBV; BGHZ 72, 302 [304 f.] BGH MDR 2000, 1273; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 94 Rn. 22; Pfeiffer, StPO, 5. Aufl., § 98 Rn. 8; Ernst, JZ 2014, 28 [30], jeweils m.w.N.). Im Grundsatz ist es **nicht die Aufgabe des Strafverfahrens, die Eigentums- und Besitzverhältnisse an Sachen**, die für die Zwecke des Verfahrens vorübergehend in amtlichen Gewahrsam gebracht worden sind, unter den Beteiligten zu **regeln** (Malitz, NSTZ 2003, 61 [63]).“ (OLG Nürnberg aaO.)

#### II. Rückgabe der beschlagnahmten Geldscheine

„Danach wäre den **Eheleuten der Mitgewahrsam** – der im Zeitpunkt der Beschlagnahme bestand – wieder einzuräumen, wenn die in deren Wohnung **beschlagnahmten Geldscheine noch vorhanden** wären; für das Eigentum anderer Personen gibt es keine Anhaltspunkte.

Weil **allein die Gewahrsamsverhältnisse im Zeitpunkt der Beschlagnahme entscheidend** sind, kommt es in diesem Zusammenhang weder auf die Eigentumsvermutung gem. § 1006 BGB noch auf das eheliche Güterrecht und die von der Revision in diesem Zusammenhang aufgeworfenen internationalprivatrechtlichen Fragen an. **Unanwendbar ist auch die in § 1362 I S. 1 BGB enthaltene Vermutung**. Danach wird bei Eheleuten zugunsten der Gläubiger vermutet, dass die im Besitz eines Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Schuldner gehören, und zwar unter den Voraussetzungen des Art. 16 II EGBGB auch bei ausländischem Ehwirkungsstatut. § 1362 BGB bezieht sich aber auf die Zwangsvollstreckung; die Norm dient dem Schutz der Gläubiger und soll im Zusammenwirken mit § 739 ZPO verhindern, dass diese bei der Vollstreckung in Beweisnot geraten (vgl. Weber-Monecke in MüKo-BGB, 6. Aufl., § 1362 Rn. 2). Die Bestimmung kann deshalb anwendbar sein, wenn ein im Ermittlungsverfahren angeordneter dinglicher Arrest durch Pfändung vollzogen wird (§ 111d II StPO, § 930 I und 2 ZPO). Eine strafprozessuale Beschlagnahme zu Beweis Zwecken – bzw. deren Rückabwicklung – regelt die Norm jedoch nicht; insoweit bedarf es weder einer Eigentums- noch einer Gewahrsamsvermutung, wie sie § 739 ZPO enthält. Denn für die Rechtmäßigkeit einer Beschlagnahme ist es **ohne Belang**, ob die **Sache im Eigentum oder Gewahrsam des Beschuldigten oder eines Dritten** steht (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 94 Rn. 1; Pfeiffer, StPO, 5. Aufl., § 94 Rn. 1).“ (OLG Nürnberg aaO.)

#### III. Einzahlung des Geldes auf Konto - Zahlungsanspruch

Weil das beschlagnahmte Bargeld auf ein Konto eingezahlt worden ist, trat an die Stelle des ursprünglichen öffentlich-rechtlichen Herausgabeanspruchs ein entsprechender Zahlungsanspruch zugunsten der Eheleute als den letzten Gewahrsamsinhabern (§ 285 BGB analog).

„Die **Aufrechnung** mit den **gegen den Ehemann gerichteten Ansprüchen** des Beklagten aus dem Strafverfahren hat nicht zum Erlöschen des Zahlungsanspruchs geführt, weil die **Eheleute Mitgläubiger** gem. § 432 BGB waren und es demzufolge an der gem. § 387 BGB **erforderlichen Gegenseitigkeit** fehlt.

Die **Gegenseitigkeit** wäre nur dann gegeben, wenn entweder eine **Teilgläubigerschaft** bestanden hätte, bei der der Schuldner gegenüber jedem Teilhaber den diesem zustehenden Anteil schuldet, oder aber eine **Gesamtgläubigerschaft** (§ 428 BGB), bei der der Schuldner nach seinem Belieben an einen der Gläubiger leisten kann. Dagegen fehlte sie, wenn eine **Mitgläubigerschaft** der Eheleute (§ 432 BGB) bestand. In diesem Fall kann eine **wirksame Aufrechnung** nur mit einer Forderung erfolgen, für **deren Erfüllung sämtliche Mitgläubiger** – hier also beide Ehegatten – dem Schuldner haften (vgl. BGH, Urte. v. 16.07.2010 – V ZR 215/09 – Rn. 13, NJW 2011, 451). Eine Mitgläubigerschaft besteht auch dann, wenn die Forderung zwar auf eine im natürlichen Sinne teilbare Leistung gerichtet, aber rechtlich unteilbar ist. Voraussetzung hierfür ist die gemeinsame Empfangszuständigkeit der Gläubiger, die sich kraft Abrede oder kraft Gesetzes aus dem Innenverhältnis der Gläubiger ergeben kann (vgl. BGH, Urte. v. 23.01.1998 – V ZR 272/96, NJW 1998, 1482 f. unter 3.; Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., vor § 420 Rn. 1, § 432 Rn. 3; Staudinger/Looschelders, BGB 2012, § 420 Rn. 16, § 432 Rn. 4).“ (OLG Nürnberg aaO.)

#### IV. Anwendung auf den Fall

„Daran gemessen sind **beide Eheleute Mitgläubiger** i.S.v. § 432 BGB. Bestünde – wie es das Berufungsgericht annimmt – zwischen den Ehegatten eine Bruchteilsgemeinschaft nach deutschem Recht, hätte dies ohne weiteres eine gemeinsame Empfangszuständigkeit zur Folge (vgl. nur BGH v. 23.01.1998, aaO., unter 3.; ...). Dies kann jedoch dahinstehen. Eine **gemeinsame Empfangszuständigkeit** besteht schon aufgrund der erforderlichen Restitution. Weil der im Zeitpunkt der Beschlagnahme bestehende Zustand wiederherzustellen ist, kann der Schuldner nicht nach seinem Belieben an einen der Gläubiger leisten oder die Leistung aufteilen. Vielmehr setzt sich der (wiederherzustellende) Mitgewahrsam an den MDR 2015, 234 Geldscheinen bei dem Sekundäranspruch als gemeinsame Empfangszuständigkeit fort (vgl. für vertragliche Sekundäransprüche BGH,

Urt. v. 05.03.2009 – III ZR 302/07 – Rn. 8 f., MDR 2009, 564 = NJW-RR 2009, 687 m.w.N.; für die Erlösverteilung nach Zwangsversteigerung BGH, Urt. v. 20.02.2008 – XII ZR 58/04 – Rn. 23, BGHZ 175, 297 = MDR 2008, 618). Die **Aufteilung im Innenverhältnis ist allein Sache der vormaligen Gewahrsamsinhaber.**“ (OLG Nürnberg aaO.)

StGB  
§ 47 I

## Strafmaß bei Bagatelldelikten Auch nicht nur kurzfristige Freiheitsstrafe

StrafVerfR

(OLG Hamm in FD-StrafR 2015, 267588; Beschluss vom 10.02.2015 – 5 RVs 75/14)

**Fall:** Ohne in Besitz des für die Beförderung jeweils erforderlichen Fahrscheins zu sein, nutzte der Angeklagte in 4 Fällen Verkehrsmittel der Deutschen Bahn. Er hatte in jedem Fall von Anfang an vor, das Fahrgeld für die Beförderung nicht zu entrichten. Der pro Fahrt entstandene Schaden lag in einer Größenordnung von 6,50 € bis 10,50 €.

Im Rahmen der Strafzumessung hat das Landgericht u. a. ausgeführt, dass der Angeklagte zum Zeitpunkt der Begehung der Taten bereits erheblich und auch einschlägig vorbestraft gewesen sei. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass der Angeklagte vor Begehung der Tat vom 12.08.2013 gerade erst am 15.01., 21.05. und 27.05.2013 wegen Erschleichens von Leistungen verurteilt worden sei. Vor den Taten vom 11. und 14.09.2013 sei er zudem am 21.08.2013 erneut wegen Erschleichens von Leistungen verurteilt worden. Obwohl er zusätzlich am 20.09.2013 wiederum wegen Erschleichens von Leistungen verurteilt worden sei, habe er am 21.09.2013 dennoch eine weitere Tat begangen.

Vor diesem Hintergrund hat das Landgericht trotz der zugunsten des Angeklagten zu wertenden Umstände, wie u. a. dem jeweils entstandenen nur geringen Schaden, seiner geständigen Einlassung sowie den von ihm zwischenzeitlich auch bereits verbüßten Ersatzfreiheitsstrafen, es für unumgänglich erachtet, nunmehr durch die Verhängung kurzer Freiheitsstrafen auf ihn einzuwirken. Dabei hat das Landgericht insbesondere darauf abgestellt, dass der Angeklagte sich durch die Vielzahl der gegen ihn wegen einschlägiger Taten verhängten Geldstrafen bisher in keiner Weise hat beeindrucken lassen und sein Fehlverhalten, Beförderungserschleichungen zu begehen, stets fortgesetzt hat. Von daher hat das Landgericht für jede vom Angeklagten begangene Tat eine Einzelfreiheitsstrafe von 3 Monaten und insgesamt unter maßvoller Erhöhung der Einsatzstrafe eine Gesamtfreiheitsstrafe von 7 Monaten für unrecht- und schuldangemessen erachtet, deren Vollstreckung jedoch noch zur Bewährung ausgesetzt.

Das Amtsgericht Essen verurteilte den Angeklagten am 06.05.2014 wegen Erschleichens von Leistungen in 4 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 7 Monaten. Die Vollstreckung der Strafe setzte es zur Bewährung aus. Zudem sah es von einer Einbeziehung der Strafen aus dem Beschluss des Amtsgerichts Bottrop vom 02.04.2014 zur Bildung einer Gesamtstrafe im Verfahren 27 Cs 43 Js 1889/13 (494/13) aufgrund des völlig unklaren Vollstreckungsstandes der zahlreichen Verurteilungen des Angeklagten sowie der bereits erfolgten Gesamtstrafenbildungen ab. Gegen dieses Urteil legte der Angeklagte Berufung ein mit dem Ziel, eine Herabsetzung der Strafe zu erreichen. Mit Erfolg?

### I. Prüfungsumfang hinsichtlich der Strafzumessung

Die **Strafzumessung** ist grundsätzlich **Aufgabe des Tatrichters**.

*„Eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle durch das Revisionsgericht ist ausgeschlossen. Ein Eingriff in Einzelakte der Strafzumessung ist lediglich dann möglich, wenn*

- die **Strafzumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind**,
- wenn das Tatgericht **gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt** oder
- wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldspruch zu sein, also unvertretbar hoch oder niedrig ist (vgl. nur Fischer, StGB, 61. Aufl., § 46 Rn. 146 ff.; Senat, Beschluss vom 16.11.2010 in 5 RVs 84/10; BGHSt 34, 345).

Die **Begründung des Urteils** muss erkennen lassen, dass die **wesentlichen Gesichtspunkte** gesehen und in ihrer Bedeutung und ihrem Zusammenwirken vertretbar gewürdigt werden. Dabei reicht es aus, wenn aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ausgeschlossen werden kann, dass der Tatrichter einen Gesichtspunkt bei der Zumessungsentscheidung übersehen hat (vgl. Fischer, aaO., Rn. 148 a). In Zweifelsfällen hat das Revisionsgericht die Wertung des Tatrichters zu respektieren (vgl. Fischer, aaO. Rn. 147).“ (OLG Hamm aaO.)

### II. Freiheitsstrafe bei Bagatelldelikten

Fraglich ist, ob die Strafzumessungserwägungen die Verhängung einer Freiheitsstrafe bei Vorliegen von Bagatelldelikten rechtfertigen kann.

#### 1. Voraussetzungen für Freiheitsstrafe bei Bagatelldelikten

*„Zwar handelt es sich bei den vom Angeklagten begangenen und hier abzuurteilenden Taten der „Schwarzfahrelei“ um sog. **Bagatellkriminalität mit nur geringem Schaden**.*

Weder das **Übermaßverbot** noch das **Gebot schuldangemessenen Strafens** aus Art. 1 I, II 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip schließen jedoch die Verhängung von Freiheitsstrafen, auch über das gesetzliche Mindestmaß von einem Monat (§ 38 II StGB) hinausgehend, bei Bagatelldelikten bzw. Straftaten mit nur geringem Schaden aus. Aus dem Gebot schuldangemessenen Strafens ergibt sich auch **nicht**, dass die **Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe** nach § 47 StGB **erst ab einer bestimmten Schadenshöhe** in Betracht kommt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 09.06.1994 - 2 BvR 710/94). Ob bei Bagatelldelikten bis zu einer bestimmten Schadensgrenze die Verhängung einer die gesetzliche Mindeststrafe übersteigenden Freiheitsstrafe schuldangemessen ist, entscheidet sich vielmehr nach den **Verhältnissen des jeweiligen Einzelfalls** (vgl. BGH, Beschluss vom 15.11.2007 - 4 StR 400/07; KG Berlin, Beschluss vom 04.11.2008 - (4) 1 Ss 375/08 (249/08); OLG München, Beschluss vom 10.08.2009 - 5 St RR 201/09).

Ausgangspunkt für die Höhe der jeweils zu verhängenden Strafe ist die Vorschrift des § 46 StGB. Es ist eine **umfassende Würdigung sämtlicher für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände** vorzunehmen, wobei der Höhe des im Einzelfall entstandenen Schadens nur die Bedeutung eines unter vielen Gesichtspunkten für die Strafzumessung zukommt. Bedeutsam für die Verhängung einer Freiheitsstrafe sind insbesondere vielfache, einschlägige Vorstrafen sowie der Umstand, dass ein Angeklagter sich durch die Verhängung von Geldstrafen nicht nachhaltig beeinflussen lässt (vgl. BVerfG aaO.; OLG München aaO.).“ (OLG Hamm aaO.)

**2. Anwendung auf den Fall**

Diesen Anforderungen hinsichtlich der vorzunehmenden Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls werden die Ausführungen der Strafkammer zur Zumessung der Strafe gerecht.

„So stellt die Strafkammer maßgeblich auf die **erheblichen** - insgesamt fünf -, sämtlich wegen Erschleichens von Leistungen erfolgten **Vorverurteilungen** des Angeklagten ab, der sich durch die bisher gegen ihn verhängten spürbaren, teilweise **hohen Geldstrafen in keiner Weise hat beeindrucken lassen**. Dabei misst die Strafkammer gerade auch dem den Angeklagten erschwerend belastenden Umstand besondere Bedeutung bei, dass es sogar zwischen den hier zur Aburteilung anstehenden Taten zu weiteren Verurteilungen kam. Aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe wird auch deutlich, dass die Strafkammer die **hohe Rückfallgeschwindigkeit** des Angeklagten bei der Begehung von Straftaten gesehen hat. Sämtliche Vorverurteilungen sowie die erneut vom Angeklagten begangenen Taten datieren in der Zeit von Januar bis September 2013. Die Ausführungen der Strafkammer machen deutlich, dass dieses **delinquente Verhalten** und seine **völlige Resistenz gegenüber staatlichen Sanktionen** für eine verfestigte rechtsfeindliche Gesinnung des Angeklagten sprechen. Zutreffend hat die Strafkammer diesem Umstand ersichtlich mehr Gewicht beigemessen als dem jeweils durch die Tat des Angeklagten entstandenen Schaden von maximal 10,50 € und dies zur maßgeblichen Grundlage für die Bemessung der von ihr verhängten Freiheitsstrafen gemacht. Diese Ausführungen der Strafkammer, die sich auch eingehend mit den zugunsten des Angeklagten sprechenden Aspekten auseinandersetzt, lassen die im vorliegenden Fall gebotene sorgfältige Gesamtwürdigung erkennen und tragen sowohl die Höhe der festgesetzten Einzelfreiheitsstrafen als auch die Bemessung der Gesamtfreiheitsstrafe.“ (OLG Hamm aaO.)

VwGO  
§ 47

**Begründung eines Verwaltungsakts  
Ermessenserwägungen**

VwProzR

(VGH Mannheim in VBl.BW 2015, 78; Beschluss vom 27.02.2014 – 8 S 2146/13)

**Fall:** Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Verwaltungsgericht es abgelehnt, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen die ihm gegenüber verfügten Zwangsgeldandrohungen zur Durchsetzung der gegen ihn ergangenen - zwischenzeitlich bestandskräftigen - Abbruchsanordnung vom 08.10.1997 anzuordnen. Dies wird darauf gestützt, dass die Zwangsgeldandrohung deshalb rechtswidrig sei, weil ihr eine ordnungsgemäße Begründung fehlt.

Schriftliche Verwaltungsakte bedürfen nach § 39 I LVwVfG einer Begründung. Hierbei sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewegt haben. Steht die Entscheidung im Ermessen der Behörde, so hat die Behörde zudem nach § 39 I 3 LVwVfG auch die Gesichtspunkte darzulegen, von denen sie bei der der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist.

**I. Vorliegen einer Ermessensentscheidung**

Hier könnte es sich um eine Ermessensentscheidung handeln

„Sowohl die Entscheidung, ob ein **Verwaltungsakt mit Zwangsmitteln durchgesetzt** werden soll, die **Auswahl des Zwangsmittels** (§ 19 LVwVG) als auch die **Bestimmung der Höhe** des Zwangsgelds, dessen Festsetzung angedroht werden soll (§ 20 IV LVwVG und § 23 LVwVG) stehen im **Ermessen** der Vollstreckungsbehörde (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 04.12.2003 - 5 S 2781/02 - VBIBW 2004, 226).“ (VGH Mannheim aaO.)

Es liegt somit eine Ermessenentscheidung vor.

**II. Anforderung an die Begründung**

Vor diesem Hintergrund hätte die Behörde auch die für die Ermessenentscheidung maßgeblichen Gründe mitteilen müssen, damit der Bürger prüfen kann, ob sie ihr Ermessen überhaupt und nach richtigen Maßstäben ausgeübt hat.

„Weder die **Auswahl des Zwangsmittels** - bei der vertretbaren Handlung des Abbruchs baulicher Anlagen käme auch die Ersatzvornahme in Betracht, ohne dass es nach baden-württembergischen Landesrecht einen gesetzlichen Vorrang des einen vor dem anderen Zwangsmittel gäbe - noch die **Bestimmung der jeweiligen Höhe** der angedrohten Zwangsgelder ist im Bescheid vom 22.05.2013 begründet worden. Da die Ausnahmebestimmungen des § 39 II LVwVfG hier sämtlich nicht einschlägig sind und weder die Zwangsmittelauswahl noch die Bestimmung der Zwangsmittelhöhe im nur intendierten Ermessen der Vollstreckungsbehörde stehen (vgl. zur möglicherweise fehlenden Begründungspflicht in diesem Fällen: Senatsurteil vom 22.04.2002 - 8 S 177/02 - VBIBW 2003, 123 (127)), verstößt dies ersichtlich gegen die Vorgaben des § 39 I LVwVfG.“ (VGH Mannheim aaO.)

**III. Rechtsfolge des Begründungsmangels**

„Ist eine Ermessensentscheidung unter Verstoß gegen § 39 I LVwVfG nicht begründet, leidet sie auch inhaltlich an einem Mangel, der zu ihrer Rechtswidrigkeit führt (OVG Niedersachsen, Urteil vom 10.02.2011 - 12 LB 318/08 - NZV 2012, 100 (101); vgl. auch Sächsisches OVG, Beschluss vom 19.10.2012 - 2 A 762/11 - [...] Rn. 9). Daher erweisen sich die angegriffenen Zwangsgeldandrohungen derzeit auch als materiell rechtswidrig.“ (VGH Mannheim aaO.)

AufenthG  
§ 71 III Nr. 1 a, b

**Zuständigkeit der Bundespolizei für Abschiebungshaft  
Aufgreifen im grenznahen Raum**

POR

(BGH in NVwZ 2015, 240; Beschluss vom 09.10.2014 – V ZB 127/13)

Gemäß § 71 III Nr. 1 a und b AufenthG idF vom 22.11.2011 ist die Bundespolizei für Abschiebungen zuständig, sofern der **unerlaubt eingereiste Ausländer im grenznahen Raum** (innerhalb von 30 km Entfernung von der Grenze) **aufgegriffen** wird; eines unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs mit der unerlaubten Einreise bedarf es nicht mehr.

**Fall:** Der Betr., ein georgischer Staatsangehöriger, wurde am 10.07.2013 am Bahnhof Frankfurt/Oder festgenommen und äußerte ein Asylbegehren. Über einen Pass oder einen Aufenthaltstitel verfügte er nicht. Mit Beschluss vom 11.07.2013 ordnete das AG Frankfurt (Oder) zunächst Sicherungshaft bis zum 18.07.2013 an. Am gleichen Tag ging das Asylgesuch des Betr. bei dem

Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) ein. Der Betr. wurde in Eisenhüttenstadt inhaftiert. Mit Bescheid vom 31.07.2013 lehnte das BAMF den Asylantrag als offensichtlich unbegründet ab. Auf Antrag der beteiligten Behörde, der Bundespolizeidirektion Berlin, hat das AG Eisenhüttenstadt mit Beschluss vom 18.07.2013 Haft bis zum 19.09.2013 angeordnet. Die Beschwerde des Betr. hat das LG Frankfurt (Oder) nach dessen Anhörung durch Beschluss vom 15.08.2013 (15 T 98/13, BeckRS 2014, 21644) zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Betr. mit der Rechtsbeschwerde, mit der er nach der am 29.08.2013 erfolgten Abschiebung die Rechtswidrigkeit der Haftanordnung feststellen lassen will. Zu Recht?

Der Rechtmäßigkeit der Haftanordnung könnte entgegenstehen, dass die Bundespolizei gar nicht zuständig war.

### I. Bestimmung der Zuständigkeit der Bundespolizei nach AufenthG

„Allerdings hat der Senat für die Zuständigkeitsvorschrift des § 71 III Nr. 1 AufenthG in der bis zum 25.11.2011 geltenden Fassung angenommen, dass eine die Zuständigkeit der Bundespolizei begründende **Grenzmaßnahme** nur vorlag, wenn ein Ausländer in grenznahem Gebiet in **unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang** mit seiner unerlaubten Einreise angetroffen wurde (BGH [Senat], FGPrax 2011, 200 = BeckRS 2011, 13989). Dies ist jedoch seit der Neufassung des § 71 III AufenthG vom 22.11.2011 überholt, die mit Wirkung zum 26.11.2011 in Kraft getreten ist (BGBl. I 2011, 2258).

Gemäß § 71 III Nr. 1 a AufenthG ist die Bundespolizei seither für **Abschiebungen an der Grenze** zuständig, sofern der Ausländer **„bei oder nach“ der unerlaubten Einreise über eine Binnengrenze aufgegriffen wird**. Dass das Erfordernis eines unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs mit der unerlaubten Einreise nicht mehr besteht, bestätigt zudem die Regelung des § 71 III Nr. 1 b AufenthG, wonach es sogar ausreicht, wenn sich der unerlaubt eingereiste Ausländer fortbewegt und in einem anderen Grenzraum aufgegriffen wird (vgl. GK-AufenthG/Gutmann, 2012, § 71 Rn. 137). Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ergibt sich nichts Anderes aus der Gesetzesbegründung. Zwar ist dort ausgeführt, dass die Zuständigkeit der Bundespolizei unverändert bleiben sollte (BT-Drs. 17/5470, 25 f.); der Gesetzgeber hat die Änderung aber offenbar als Klarstellung verstanden.“ (BGH aaO.)

### II. Anwendung auf den Fall

„Danach reichte es für die Begründung der Zuständigkeit aus, dass der Betr. **unerlaubt eingereist** war und im grenznahen Raum aufgegriffen wurde (also **innerhalb von 30 km Entfernung von der Grenze**, vgl. BGH [Senat], FGPrax 2011, 200 = BeckRS 2011, 13989 Rn. 7). Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war die Bundespolizei auch für die Beantragung der Haft (weiter) zuständig. Dies ergibt sich aus § 71 III Nr. 1 e AufenthG. Dass zwischen dem Aufgreifen und dem Haftantrag mehrere Tage lagen, ändert nichts daran, dass eine Abschiebung an der Grenze erfolgte; der Betr. war bereits zuvor auf Antrag der Bundespolizei inhaftiert worden.“ (BGH aaO.)

GG  
Art. 21

## Organstreitverfahren Öffentlichkeitsarbeit der FDP

VerfProzR

(BVerfG in BayVBl 2015, 194; Beschluss vom 06.05.2014 - 2 BvE 3/12)

Ein Organstreitverfahren, das die konkrete Öffentlichkeitsarbeit einer Bundestagsfraktion während der früheren Wahlperiode betrifft, hat sich nach Ausscheiden der betreffenden Partei aus dem Deutschen Bundestag mit Ende dieser Wahlperiode erledigt

**Fall:** Der Antrag richtete sich gegen Maßnahmen der Öffentlichkeitsarbeit der FDP-Fraktion im 17. Deutschen Bundestag.

Bei der Bundestagswahl 2013 erreichte die FDP nicht die erforderliche Mindeststimmzahl und ist daher im 18. Deutschen Bundestag nicht vertreten. Die Antragstellerin verfolgte dessen ungeachtet ihren Antrag im Organstreit weiter. Der Antrag wurde verworfen.

Das BVerfG hat das Organstreitverfahren als unzulässig verworfen.

### I. Rechtsschutzbedürfnis fehlt

„Der Antragstellerin fehlt **nach dem Ausscheiden der FDP aus dem Deutschen Bundestag mit Ende der 17. Wahlperiode und der damit verbundenen Liquidation der Ag. zu 1** (vgl. § 54 I Nr. 3, VII AbgG) jedenfalls das im Organstreitverfahren erforderliche Rechtsschutzbedürfnis (vgl. BVerfG NJW 1983, 735; BVerfG NJW 1984, 2271; BVerfG NJW 1985, 603), so dass es auf Fragen eines Verlusts der Parteifähigkeit auf Antragsgegnerseite nicht ankommt.

Der Organstreit ist eine **kontradiktorische Parteistreitigkeit** mit Antragstellerin und Ag. und kein objektives Verfahren. Das Organstreitverfahren dient maßgeblich der gegenseitigen Abgrenzung der Kompetenzen von Verfassungsorganen oder ihren Teilen in einem Verfassungsrechtsverhältnis, nicht der davon losgelösten Kontrolle der objektiven Verfassungsmäßigkeit eines bestimmten Organhandelns (vgl. BVerfGE 126, 55 [67 f.] = NVwZ 2010, 1091 m.w.N.). **Mit der kontradiktorischen Ausgestaltung des Organstreitverfahrens ist eine diskursive Auseinandersetzung der Verfassungsorgane um ihre Kompetenzen intendiert** (vgl. Löwer in Isensee/Kirchhof, HdbStR III, 3. Aufl. 2005, § 70 Rn. 12). In der vorliegenden Konstellation kann das Organstreitverfahren die ihm zugedachten Funktionen nicht mehr erfüllen. Die Ag. sind nicht mehr im Deutschen Bundestag vertreten.“ (BVerfG aaO.)

### II. keine Wiederholungsgefahr

Die Antragstellerin kann ihr Rechtsschutzinteresse nicht aus einer **absehbaren Wiederholungsgefahr** herleiten (vgl. NVwZ 1993, 357; BVerfGE LKV 1999, 225). Insbesondere gibt es keinen Anhalt dafür, dass die im Deutschen Bundestag vertretenen Fraktionen durch ihre Öffentlichkeitsarbeit unter Verstoß gegen die maßgeblichen Rechtsvorschriften (vgl. §§ 47 III, 50 IV 2 AbgG) das Recht der Antragstellerin auf Chancengleichheit verletzen könnten.“ (BVerfG aaO.)

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

ZPO  
§ 91 I 1

#### Verkehrsanwalt im Revisionsverfahren Erstattungsfähigkeit der Kosten

ZPO

(BGH NJW 2015, 633; Beschluss vom 13.11.2014 – VII ZB 46/12)

1. Die Kosten für einen Verkehrsanwalt sind im Revisionsverfahren nur bei Vorliegen besonderer Umstände erstattungsfähig.
2. Der Zeitaufwand einer Partei für die Beschaffung von Informationen und die Durch- und Aufarbeitung des Prozessstoffs gehört zum allgemeinen Prozessaufwand, der nicht erstattungsfähig ist. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Partei nicht selbst tätig geworden ist, sondern eine Hilfsperson beauftragt hat.

**Fall:** Die Kl. und die Nebenintervenientin auf Seiten der Bekl. streiten im Kostenfestsetzungsverfahren über die Erstattungsfähigkeit von Kosten eines Verkehrsanwalts im Revisionsverfahren und von Rechtsanwaltskosten, die auf einer Honorarvereinbarung beruhen.

Die Nebenintervenientin hat beantragt, gem. § 104 ZPO die Kosten der ersten, zweiten und dritten Instanz festzusetzen. Soweit für die Rechtsbeschwerde von Bedeutung, hat sie beantragt, für die dritte Instanz Kosten für einen Verkehrsanwalt i.H.v. 2.780 € festzusetzen. Die Höhe ergibt sich aus einer Honorarvereinbarung. Sind diese Kosten festsetzungsfähig?

Die Kosten für die Einschaltung eines Verkehrsanwalts für das Revisionsverfahren sind nur festsetzungsfähig, wenn diese zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung i.S.v. § 91 I 1 ZPO notwendig gewesen ist.

#### I. Grundsatz: keine Erstattungsfähigkeit

„Es entspricht der Rechtsprechung des BGH, dass **im Berufungsverfahren Verkehrsanwaltskosten grundsätzlich nicht erstattungsfähig** sind (BGH, NJW-RR 2006, 1563 Rn. 6 f.; NJW 2006, 301 [302]; NJW 1991, 2084 [2085 f.]).

Nach der **ständigen Rechtsprechung** der Oberlandesgerichte und der allgemeinen Meinung im Schrifttum sind **auch im Revisionsverfahren Kosten** für einen Verkehrsanwalt **nur im Ausnahmefall erstattungsfähig** (OLG Hamburg, JurBüro 2012, 371 = BeckRS 2012, 15983; OLG Nürnberg, NJOZ 2011, 1030 = AGS 2010, 622 [623]; OLG Köln, JurBüro 2010, 37 [38] = BeckRS 2010, 05374; OLG Nürnberg, MDR 2005, 298 = BeckRS 2004, 10723; OLG Hamm, AnwBI 2003, 185 = BeckRS 2005, 03814; OLG Stuttgart, Die Justiz 2000, 304 = BeckRS 2000, 30097561; OLG Dresden, MDR 1998, 1372 = BeckRS 1998, 10923; OLG München, MDR 1992, 524 [525] = BeckRS 1991, 05028; OLG Koblenz, JurBüro 1991, 243 = BeckRS 1990, 07995; Musielak/Lackmann, ZPO, 11. Aufl., § 91 Rn. 29 f.; Mock/N. Schneider in Schneider/Wolf, AnwaltKommentar RVG, 7. Aufl., Nr. 3401–3402 VV-RVG Rn. 102 f.; Zöller/Herget, ZPO, 30. Aufl., § 91 Rn. 13 unter „Verkehrsanwalt“).

Diese Ansicht trifft zu. Der Verkehrsanwalt hat nach Nr. 3400 VV-RVG einen **beschränkten Pflichtenkreis**; er führt lediglich den **Verkehr der Partei mit dem Prozessbevollmächtigten**, während die Prozessführung und die damit verbundene Beratung von dem Prozessbevollmächtigten in eigener Verantwortung wahrzunehmen ist (BGH, NJW-RR 2006, 1563 Rn. 7; NJW 2006, 301 [302]; Mock/N. Schneider in Schneider/Wolf, Nr. 3401–3402 VV-RVG Rn. 98). Eine **Sachstandsunterrichtung** des Revisionsanwalts durch den Prozessbevollmächtigten des Berufungsverfahrens ist in der Regel **nicht erforderlich**, da in der Revisionsinstanz das angefochtene Urteil lediglich **anhand des vom BerGer. festgestellten Sachverhalts auf Rechtsfehler und anhand des aus den Gerichtsakten ersichtlichen Sachverhalts auf erhobene Verfahrensrügen** hin überprüft wird (vgl. OLG Hamburg, JurBüro 2012, 371 [372] = BeckRS 2012, 15983; OLG Hamm, AnwBI 2003, 185 = BeckRS 2005, 03814; OLG Dresden, MDR 1998, 1372 = BeckRS 1998, 10923; OLG Koblenz, JurBüro 1991, 243 = BeckRS 1990, 07995; Mock/N. Schneider in Schneider/Wolf, Nr. 3401–3402 VV-RVG Rn. 103). Dementsprechend kommt nach der **ständigen Rechtsprechung des BGH** die Beordnung eines Verkehrsanwalts auf Prozess- bzw. Verfahrenskostenhilfebasis im Rechtsbeschwerde- und Revisionsverfahren **nur bei Vorliegen besonderer Umstände** in Betracht (BGH, Beschl. v. 29.06.2011 – V ZA 10/11, BeckRS 2011, 18480; Beschl. v. 09.12.2010 – V ZA 32/10, BeckRS 2010, 30056; NJW-RR 2004, 1662; JurBüro 1982, 1335 = BeckRS 1982, 00582).“ (BGH aaO.)

#### II. Vorliegen besonderer Umstände

Eine Festsetzung kommt daher nur bei Vorliegen besonderer Umstände in Betracht.

„Soweit sich [die Nebenintervenientin] allgemein darauf beruft, es könne erforderlich sein, **aus den Akten ersichtlichen und unberücksichtigt gelassenen Sachvortrag** erneut darzulegen, kann ihr das nicht zum Erfolg verhelfen, weil sie nicht darlegt, dass ein solcher Fall vorlag und für die Revisionsbegründung die Verwertung von Informationen, die sich nicht aus dem Berufungsurteil ergaben, erforderlich war. Deshalb kann die Rechtsbeschwerde auch nicht mit dem Argument durchdringen, die Nebenintervenientin habe **von dem Sachverhalt selbst keinerlei Kenntnis** gehabt und sei daher nicht in der Lage gewesen, eine Beratung mit dem Prozessbevollmächtigten am BGH wahrzunehmen, was ihre Prozessbevollmächtigten deshalb hätten tun müssen.“ (BGH aaO.)

#### III. Ablehnung der Erstattungsfähigkeit der Kosten aus Honorarvereinbarung

Die Nebenintervenientin begehrt zudem die Erstattungsfähigkeit der Kosten, welche ihr durch ihren Prozessbevollmächtigten auf Grund einer Honorarvereinbarung für die Durchsicht der Bauakten der insolventen K-GmbH und damit verbundener Besprechungen in Rechnung gestellt wurden.

##### 1. Umfang des Erstattungsanspruchs

„In Rechtsprechung und Literatur wird fast einhellig die Ansicht vertreten, dass als erstattungsfähige **„gesetzliche Gebühren und Auslagen“** nach § 91 II 1 ZPO lediglich die **Regelsätze des RVG** zu erstatten sind und nicht ein auf Grund

einer Honorarvereinbarung mit dem Rechtsanwalt die Regelsätze des RVG übersteigendes Honorar (VGH München, Beschl. v. 19.07.2013 – 3 ZB 08.2979, BeckRS 2013, 54615 Rn. 6; OLG Dresden, AGS 2006, 272; LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 05.09.2012 – 5 Ta 134/12, BeckRS 2012, 73100; BeckOK ZPO/Jaspersen/Wache, 15.09.2014, § 91 Rn. 166, MüKoZPO/Schulz, 4. Aufl., § 91 Rn. 61; aA Krüger/Raap, MDR 2010, 422 [424 ff.]). Ob diese Auffassung zutrifft, kann dahin-stehen. (BGH aaO.)

## 2. Allgemeiner Prozessaufwand

„Der Zeitaufwand einer Partei für die **Beschaffung von Informationen** und die **Durch- und Aufarbeitung des Prozessstoffs** gehört zum **allgemeinen Prozessaufwand**, der nicht nach § 91 I 1 ZPO erstattungsfähig ist (BGH, NJW-RR 2014, 1096; BGH NJW 1976, 1256; OLG Hamm, BeckRS 2012, 25134; OLG Naumburg, NJW-RR 2012, 430 [432]; OLG Koblenz, VersR 1996, 1170; OLG Hamm, BeckRS 2003, 30301677; Steiner in Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl., § 91 Rn. 14; BeckOK ZPO/Jaspersen/Wache, § 91 Rn. 118; MüKo-ZPO/Schulz, § 91 Rn. 98; vgl. BVerfG, NJW 2008, 3207). Das gilt grundsätzlich **auch** dann, wenn die **Partei nicht selbst** tätig geworden ist, sondern eine **Hilfsperson beauftragt** hat (BGH, NJW 2014, 3247; OLG Hamm, BeckRS 2012, 25134; MüKoZPO/Schulz, § 91 Rn. 98; BeckOK ZPO/Jaspersen/Wache, § 91 Rn. 118; Musielak/Lackmann, § 91 Rn. 10).

Der Zeitaufwand, den der Prozessbevollmächtigte der Nebenintervenientin zur Durchsicht der Bauakten der K-GmbH aufgewandt hat, gehört zu diesem **nicht erstattungsfähigen allgemeinen Prozessaufwand**. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)

RVG

### Kein neuer Gebührenanspruch des Anwalts Nach zweijähriger Verfahrensunterbrechung

RVG

§§ 8 I, 15 V 1 u. 2

(VGH München in NJW 2015, 648; Beschluss vom 08.12.2014 – 15 M 14.2529)

Mangels „Erledigung des Auftrags“ im Sinne von § 15 V 2 RVG entsteht für den Rechtsanwalt kein erneuter Gebührenanspruch, wenn ein gerichtliches Verfahren fortgeführt wird, das seit mehr als zwei Kalenderjahren geruht hat und/oder seitens des Gerichts statistisch erledigt wurde.

**Fall:** Die Ast. stellte am 18.03.2009 beim VGH Normenkontrollantrag gegen einen Bebauungsplan. Mit Beschluss vom 24.11.2009 ordnete der VGH auf Antrag der Beteiligten das Ruhen des Verfahrens nach § 173 S. 1 VwGO, § 251 S. 1 ZPO an. Am selben Tag wurde das Verfahren nach § 6 III Buchst. d VwG-Statistik statistisch für erledigt erklärt und die Gerichtsakte weggelegt. Am 14.02.2012 beantragte die Ast. die Fortsetzung des Verfahrens. Mit Urteil vom 01.07.2014 gab der VGH dem Normenkontrollantrag statt und erklärte den Bebauungsplan für unwirksam (Nr. I des Urteilstenors). Der Ag. wurden die Kosten des Verfahrens auferlegt (Nr. II des Urteilstenors). Der Streitwert wurde mit Beschluss vom selben Tag auf 20.000 € festgesetzt. Im Kostenfestsetzungsverfahren beantragte der Bevollmächtigte der Ast. die Festsetzung einer erneuten Verfahrensgebühr nach § 15 V 2 RVG. Zu Recht?

#### I. Voraussetzungen für erneute Verfahrensgebühr nach § 15 V 2 RVG

„Nach § 15 V 1 RVG erhält der Rechtsanwalt, nachdem er **in einer Angelegenheit tätig geworden ist und beauftragt wird, in derselben Angelegenheit weiter tätig zu werden**, nicht mehr an Gebühren, als er erhalten würde, wenn er von vornherein hiernit beauftragt worden wäre. Der Rechtsanwalt kann demnach im Grundsatz **Gebühren in derselben Angelegenheit nur einmal verlangen**. Nach der **Ausnahmeregelung** des § 15 V 2 RVG gilt die weitere Tätigkeit nur dann als neue Angelegenheit und im RVG bestimmte Anrechnungen von Gebühren entfallen, wenn der frühere Auftrag **seit mehr als zwei Kalenderjahren erledigt** ist. Die Bestimmung setzt demnach voraus, dass der frühere Auftrag erledigt ist und dem Rechtsanwalt nach der Erledigung ein weiterer Auftrag erteilt worden ist (vgl. BGH, NJW 2006, 1525 Rn. 5 zur inhaltsgleichen Vorgängerregelung des § 13 V 2 BRAGO; NJOZ 2011, 108 = MDR 2010, 1218 Rn. 13).“ (VGH München aaO.)

#### II. Anwendung auf den Fall

„Die Anordnung des Ruhens des Verfahrens und die statistische Erledigung haben das **gerichtliche Verfahren lediglich (vorübergehend) unterbrochen**, nicht aber den früheren Auftrag der Ast. an ihren Bevollmächtigten erledigt, weil über den Normenkontrollantrag im Zeitpunkt der Unterbrechung noch nicht entschieden war. Eine „**Erledigung des Auftrags**“ i.S.d. § 15 V 2 RVG tritt erst ein, wenn der Anwalt seine **Verpflichtungen aus dem Anwaltsdienstvertrag vollständig erfüllt** hat (vgl. BGH, NJOZ 2011, 108 = MDR 2010, 1218 Rn. 14). Das ist bei einer Ruhensanordnung und/oder statistischen Erledigung – anders als etwa bei einem Prozessvergleich – nicht der Fall. Der Rechtsanwalt muss jederzeit mit der Fortführung des Verfahrens rechnen, auch wenn sich der Unterbrechung mehr als zwei Jahre verstrichen sind. Ein **neuer Auftrag ist nicht erforderlich**, der Prozessbevollmächtigte bleibt weiterhin beauftragt (vgl. BGH, NJW 2006, 1525 Rn. 5; NJOZ 2011, 108 = MDR 2010, 1218 Rn. 26; OLG Schleswig, NJOZ 2013, 1143 = FamRZ 2013, 1602; OLG Oldenburg, NJOZ 2011, 653 = FamRZ 2011, 665).

Eine Auftrags erledigung i.S.d. § 15 V 2 RVG ist auch nicht deshalb anzunehmen, weil die **Vergütung** des Bevollmächtigten der Ast. gem. § 8 I 2 RVG **drei Monate nach dem Ruhensbeschluss fällig** geworden ist. Ist der Rechtsanwalt in einem gerichtlichen Verfahren tätig, wird nach dieser Bestimmung die Vergütung unter anderem fällig, wenn das Verfahren – wie hier nach dem Beschluss des VGH vom 24.11.2009 – länger als drei Monate ruht. Der Gesetzgeber hat schon nach dem Wortlaut der Regelung das Ruhen des Verfahrens über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten aber gerade nicht als Erledigung des Auftrags angesehen, sondern lediglich im Hinblick auf die Fälligkeit der Vergütung einer Auftrags erledigung gleichgestellt (vgl. OLG Oldenburg, NJOZ 2011, 653 = FamRZ 2011, 665).“ (VGH München aaO.)

Es kommt auch keine entsprechende Anwendung des § 15 V 2 RVG in Betracht.

„Zwar wurde § 15 V 2 RVG für den Fall geschaffen, dass der frühere Auftrag seit mehr als zwei Kalenderjahren erledigt ist, weil der Gesetzgeber eine einmalige Gebühr für unbillig erachtet hat, wenn bis zur **Erteilung eines weiteren Auftrags in derselben Angelegenheit eine lange Zeit vergangen** ist und sich der Rechtsanwalt deswegen vollkommen neu einarbeiten muss (vgl. BT-Drs. 12/6962, 102 zur Vorgängerregelung des § 13 V 2 BRAGO; BT-Drs. 15/1971, 190). Dies rechtfertigt aber nicht den Schluss, der Gesetzgeber habe – entgegen dem Wortlaut des § 15 V 2 RVG – einen erneuten Gebührenanspruch nicht nur bei Erledigung des Auftrags, sondern auch **bei Vorliegen anderer die Fälligkeit der Vergütung auslösenden Tatbestände** entstehen lassen wollen, zumal es sich bei der Regelung um eine eng auszulegende Ausnahmeregelung handelt (vgl. BGH, NJOZ 2011, 108 = MDR 2010, 1218 Rn. 21 ff.; OLG Oldenburg, NJOZ 2011, 653 = FamRZ 2011, 665).“ (VGH München aaO.)

(OVG Berlin-Bbg in NVwZ-RR 2015, 200; Beschluss vom 24.11.2014 – OVG 3 K 61/14)

1. Bei der Entscheidung über die Notwendigkeit der Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren muss das Gericht **sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen** des § 162 II 2 VwGO prüfen. Dazu gehört auch die Frage, ob eine "Zuziehung" wegen einer **lediglich internen Beratung** zu verneinen ist.
2. Mit dem Ausspruch, dass die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren notwendig war, entscheidet das Gericht zugleich über die **Erstattungsfähigkeit einer Geschäftsgebühr** nach Ziffer 2300 VV RVG. Diese Entscheidung kann nur im Beschwerdeverfahren gegen die gerichtliche Entscheidung, nicht aber mit dem Kostenfestsetzungsbeschluss des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle geändert werden.

**Fall:** Die Erinnerungsführerin und Klägerin des Ausgangsverfahrens begehrt Vergütungserstattung für die außergerichtliche Tätigkeit ihrer Verfahrensbevollmächtigten im Vorverfahren. Das Verwaltungsgericht hat der von der Erinnerungsführerin erhobenen Anfechtungsklage stattgegeben, der Beklagten die Kosten des Verfahrens auferlegt und die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig erklärt. Die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle hat den Kostenfestsetzungsantrag der Klägerin in Bezug auf eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 23.04.2013 abgelehnt, weil die Verfahrensbevollmächtigten nicht im Vorverfahren tätig gewesen seien. Das Verwaltungsgericht wies die hiergegen gerichtete Erinnerung mit Beschluss vom 31.03.2014 zurück. Der Ausspruch über die Notwendigkeit einer Zuziehung nach § 162 II 2 VwGO stelle zwar eine Voraussetzung für die Erstattungsfähigkeit dar, ersetze jedoch nicht die fehlende Tätigkeit des Rechtsanwaltes im Vorverfahren, die über eine bloße Beratung hinausgehen müsse. Ist die hiergegen eingelegte Beschwerde begründet?

### I. Begriff der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten

Die Kosten des Vorverfahrens im Sinne von § 162 II 2 VwGO sind grundsätzlich nur erstattungsfähig, wenn der tätig gewordene Rechtsanwalt förmlich bevollmächtigt war und er zudem nach außen aufgetreten ist.

*„Eine lediglich interne Beratung des Widerspruchsführers durch seinen Bevollmächtigten erfüllt das Tatbestandsmerkmal der „Zuziehung eines Bevollmächtigten“ nicht (OVG Magdeburg, Beschluss vom 14.02.2007 - 4 O 23/07 -, juris Rn. 2; OVG Greifswald, Beschluss vom 04.01.2005 - 1 O 267/04 -, juris Rn. 7 f.; VGH Mannheim, Urteil vom 08.05.1998 - 8 S 444/98 -, juris Rn. 24; OVG Münster, Beschluss vom 29.11.1995 - 8 E 400/95 -, juris Rn. 8 ff.). Dies ist u.a. deshalb gerechtfertigt, weil anderenfalls die Abgrenzung der im Vorverfahren angefallenen Gebühren und Auslagen von den sonstigen zur Rechtsverfolgung oder -verteidigung gemachten Aufwendungen erschwert würde (vgl. Olbertz, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Kommentar, § 162 Rn. 72).“ (OVG Berlin-Bbg aaO.)*

### II. Inhalt der Entscheidung nach § 162 II 2 VwGO

Fraglich ist jedoch, ob die Entscheidung des zuständigen Gerichts nach § 162 II 2 VwGO über die Notwendigkeit der Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren aber nicht voraussetzt, dass dieses auch geprüft hat, ob ein Bevollmächtigter im Rechtssinne „hinzugezogen“ wurde.

*„[Das Gericht darf die Notwendigkeit] jedoch nur dann nur bejahen, wenn **sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen** dieser Norm erfüllt sind. Dazu gehört auch die Prüfung, ob eine „Zuziehung“ tatsächlich gegeben, d.h. ob der Rechtsanwalt förmlich bevollmächtigt war und **nicht nur intern beratend** tätig geworden ist (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 29.11.1995 - 8 E 400/95 -, juris Rn. 5 und Leitsatz 2). Wird die Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren nach § 162 II 2 VwGO ausgesprochen und damit auch seine „Zuziehung“ bejaht, so ist zugleich **positiv über die Erstattungsfähigkeit der Geschäftsgebühr** nach Nr. 2300 VV RVG entschieden.*

*Dies ist auch im Hinblick auf die Rechtsnatur der Entscheidung nach § 162 II 2 VwGO gerechtfertigt. Anders als die Entscheidung über die Kostenfolge im Sinne von §§ 154 bis 161, 120 I VwGO, über die nach § 161 I VwGO zwingend im Urteil zu entscheiden ist, wenn ein solches ergeht, und die die Kostenerstattungspflicht der Beteiligten lediglich dem Grunde nach regelt, betrifft die **Entscheidung nach § 162 II 2 VwGO den Umfang der Kostenerstattungspflicht**. Das Gericht befindet anstelle des für die Kostenfestsetzung im Allgemeinen zuständigen Beamten darüber, ob die geltend gemachten Kosten des Vorverfahrens als im Sinne des § 162 I VwGO zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendige Aufwendungen anzusehen sind, d. h. **auch darüber, ob und inwieweit Aufwendungen erstattungsfähig sind**. (BVerwG, Urteil vom 18.02.1981 - 4 C 75/80 -, juris Rn. 8 f.; BVerwG, Urteil vom 28.04.1967 - VII C 128/66 -, juris Rn. 12). Die Entscheidung nach § 162 II Satz 2 VwGO legt die **Notwendigkeit einer einzelnen Kostenposition** fest und regelt damit die erstattungsfähigen Kosten ihrer Höhe nach (Neumann, in: Sodan/Ziekow, VwGO, Kommentar, 4. Auflage, § 162 Rn. 113; Schmidt, in: Eyermann, VwGO, Kommentar, 14. Auflage, § 162 Rn. 13; OVG Koblenz, Beschluss vom 06.06.2011 - 1 E 10470/11 -, NVwZ-RR 2011, 789; vgl. auch VGH München, Beschluss vom 25.05.2009 - 13 M 09.1144 -, juris Rn. 13).“ (OVG Berlin-Bbg aaO.)*

### III. Bindung an die Entscheidung

An diese Entscheidung ist auch der Kostenbeamte gebunden und das Gericht im Erinnerungsverfahren. Ist der Erstattungspflichtige mit der Kostenentscheidung nach § 162 II 2 VwGO nicht einverstanden, so muss der Beschwerter **Beschwerde gegen die Kostenentscheidung** einlegen.

*„[Diese ist] auch dann statthaft, wenn das Gericht über die Notwendigkeit der Zuziehung im Urteil entschieden hat. **§ 158 I VwGO** ist insoweit **nicht anwendbar**. Diese Vorschrift betrifft allein die Kostengrundscheidungen, nicht aber die Kostenfestsetzung (BVerwG, Urteil vom 28.04.1967 - VII C 128/66 -, juris Rn. 14; Neumann, in: Sodan/Ziekow, VwGO, Kommentar, 4. Auflage, § 162 Rn. 119; zur fehlenden Anwendbarkeit von § 158 II VwGO vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26.05.2014 - OVG 2 L 11.14 -, juris Rn. 1). Wird - wie hier - gegen die Entscheidung nach § 162 II 2 VwGO keine Beschwerde zum Rechtsmittelgericht erhoben oder ist diese im Hinblick auf den Beschwerdewert nicht statthaft oder bleibt sie sonst ohne Erfolg, ist der **Kostenbeamte** an die gerichtliche Entscheidung über die Notwendigkeit einer Zuziehung auch dann **gebunden**, wenn diese Entscheidung **von unzutreffenden Voraussetzungen** ausgeht und **mit materiellem Recht nicht vereinbar** ist.“ (OVG Berlin-Bbg aaO.)*

(OLG Koblenz in NJW-RR 2015, 61; Beschluss vom 19.05.2014 – 13 WF 369/14)

I. Umfang der Kostenerstattung aus der Staatskasse, 48 I RVG

„Danach richtet sich der **Vergütungsanspruch** des im Wege der Verfahrenskostenhilfe beigeordneten Rechtsanwalts **nach dem Beschluss**, durch den Verfahrenskostenhilfe bewilligt und der Rechtsanwalt beigeordnet worden ist. Die Mitwirkung eines Rechtsanwalts an einem Vergleichsabschluss in einem Gerichtstermin löst **hinsichtlich des Mehrvergleichs** neben der Einigungsgebühr gem. Nr. 3101 und 3104 RVG VV auch eine Verfahrens- und eine Terminsgebühr aus. Die Frage nach der **Erstattungsfähigkeit** – zweifelsfrei angefallener – Gebühren aus der Staatskasse ist daher in erster Linie eine solche nach der **Auslegung des Bewilligungsbeschlusses**.

Hiernach unterliegt es zunächst keinem Zweifel, dass das Gericht berechtigt ist, die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe **auf alle mit dem Vergleichsabschluss zusammenhängende Gebühren** (also auch die Verfahrens- und die Einigungsgebühr) zu erstrecken und sowohl das Ausgangsgericht als auch das Rechtsmittelgericht im Kostenfestsetzungsverfahren gem. § 48 I RVG an eine solche umfassende Bewilligung und Beordnung gebunden sind.“ (OLG Koblenz aaO.)

II. Verfahrenskostenhilfe für Mehrvergleich

Der Verfahrenskostenhilfe für den Mehrvergleich bewilligende Beschluss vom 10.12.2013 enthält – wie in der Praxis üblich – weder eine ausdrückliche Erstreckung auf alle insoweit anfallenden Anwaltsgebühren noch eine entsprechende Einschränkung auf die bloße Einigungsgebühr.

„Nach Ansicht des Senats kann aus diesem Umstand **nicht (mehr) hergeleitet** werden, dass dann regelmäßig eine Auslegung dahingehend **nahe liege**, dass mit der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe **alle mit dem Mehrvergleichsabschluss im Zusammenhang stehenden Gebühren** von dem Bewilligungsbeschluss umfasst seien (vgl. z.B.: OLG Köln [12. ZS], NJW 2012, 2450 = MDR 2012, 1293 und OLG Celle, NJW 2011, 1296 = FamRZ 2011, 835; a.A. z.B. OLG Koblenz [14. ZS], NJOZ 2006, 3716 = FamRZ 2006, 1691 und OLG Köln [25. ZS], AGS 2013, 350).

Ein solcher – wie auch vorliegend – weder präzise gefasster noch näher begründeter Bewilligungsbeschluss ist zum Zwecke der **Ermittlung seiner Reichweite** vielmehr nach dem **objektiven Empfängerhorizont** auszulegen. Infolge der Anwaltsbeordnung darf dabei die Rechtskundigkeit des beigeordneten Rechtsanwalts nicht unberücksichtigt bleiben. Auf die **nachträglichen Ausführungen** des bewilligenden Gerichts **im Kostenfestsetzungsverfahren** zum Umfang der Bewilligung kann es hingegen im Zweifel **nicht ankommen**. Eben so wenig kann hier der seitens der Verfahrensbevollmächtigten der Ast. angeführte § 48 V RVG herangezogen werden.“ (OLG Koblenz aaO.)

Es ist daher darauf abzustellen, wie der Rechtsanwalt die Bewilligung der Verfahrenskostenhilfe für den Mehrvergleich verstanden haben müsste.

„[Ein] Rechtsuchender [kann] jedenfalls nach der ausdrücklichen, allerdings auch nur insoweit erfolgten Änderung des § 48 III RVG zum 01.08.2013 außerhalb dessen Anwendungsbereichs **nicht mehr davon ausgehen**, dass sich die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für einen **Mehrvergleich** neben der Einigungsgebühr ohne Weiteres auch insoweit auf die **Verfahrens- und Terminsgebühr** erstreckt.

Dem Gesetzgeber war die hier aufgeworfene Streitfrage bekannt. Dennoch nahm er lediglich in § 48 III RVG eine Klarstellung dahin vor, dass sich die Bewilligung der Verfahrenskostenhilfe in den dort enumerativ aufgeführten Fällen auf alle mit dem Mehrvergleich erforderliche anwaltlichen Tätigkeiten erstreckt (vgl. BT-Drs. 17/11471, 270). Hierbei handelt es sich **ausschließlich um Mehrvergleiche** über nicht von Amts wegen einzuleitende **Folgesachen bei Anhängigkeit einer Ehesache**.

Die vorliegende Fallkonstellation ist grundsätzlich **vergleichbar** mit einem **Vergleichsabschluss im Erörterungstermin des Verfahrens- oder Prozesskostenhilfverfahrens** (vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 07.02.2014 – 23 WF 1209/13, BeckRS 2014, 10398). Für diesen hat der BGH entschieden, dass **Verfahrens- bzw. Prozesskostenhilfe lediglich für die Einigungsgebühr**, nämlich den unmittelbaren Abschluss des Vergleichs selbst, nicht aber für das ganze Verfahren, also die Verfahrens- oder Terminsgebühr, bewilligt werden kann (BGH, NJW 2004, 2595 = FamRZ 2004, 1708).“ (OLG Koblenz aaO)

Grund hierfür ist, dass **für nicht anhängige Verfahren** und daher auch für das reine Verfahrens- oder Prozesskostenhilfverfahren selbst grundsätzlich Verfahrens- bzw. Prozesskostenhilfe nicht bewilligt werden kann.

„Genauso kann aber grundsätzlich für im Verfahren **nicht anhängige Verfahrensgegenstände** Verfahrenskostenhilfe nicht gewährt werden. Dies folgt bereits daraus, dass die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe zunächst eine hinreichende Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung oder -verteidigung voraussetzt (§ 114 ZPO). Eine derartige Prüfung ist aber gerade **mangels Anhängigkeit der mitvergleichenen Regelungsgegenstände** nicht möglich. Wie im Verfahrenskostenhilfverfahren selbst kommt somit auch hier die Erstreckung der Verfahrenskostenhilfe auf nicht anhängige Gegenstände nur und insoweit in Betracht, als über sie ein Vergleich geschlossen wird (vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 07.02.2014 – 23 WF 1209/13, BeckRS 2014, 10398). Andernfalls bestünde auch eine nicht unerhebliche Missbrauchsgefahr zulasten der Staatskasse.“ (OLG Koblenz aaO.)

Mit der Neufassung § 48 III RVG im Zuge des Zweiten Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, in welchen besonderen Fällen er verfahrensökonomische Gründe gegenüber der an sich nach § 114 ZPO erforderlichen Prüfung der Erfolgsaussichten den Vorrang einräumt und damit von einer wesentlichen Voraussetzung für die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe dispensiert.

„Es handelt sich hier um **Folgesachen**, ohne deren Regelung im Falle eines **bestehenden Regelungsbedürfnisses** grundsätzlich eine Ehescheidung nicht ausgesprochen werden kann, § 142 I FamFG.

Vorliegend stand der Verfahrensgegenstand des anhängig gemachten **Gewaltschutzverfahrens** demgegenüber mit den in dem Vergleich getroffenen Vereinbarungen zur **Vermögensauseinandersetzung in keiner derartigen rechtlichen Abhängigkeit**. Aus der Neufassung des § 48 III RVG kann schließlich nicht geschlossen werden, dass die gleiche Rechtsfolge auch bei der Erstreckung der Verfahrenskostenhilfe in anderen als Ehesachen gelten soll.[wird ausgeführt]“ (OLG Koblenz aaO.)

Nach alledem kommt eine Festsetzung der gem. §§ 45 ff. RVG aus der Staatskasse zu erstattenden Kosten zusätzlich zu den Kosten für den anhängigen Rechtsstreit für die vermögensrechtliche Auseinandersetzung nur bezüglich der Einigungsgebühr in Betracht.

## Aus der Praxis

BRAO  
§§ 45

### Ehrenamtliche Tätigkeit im Beschwerdeausschuss Sozietätserstreckung des Tätigkeitsverbots

BGH

(BGH in NJW 2015, 567; Urteil vom 03.11.2014 – AnwSt (R) 4/14)

**Fall:** Nach den Feststellungen des AnwGH sind die Rechtsanwälte Dr. B und Dr. W gemeinsam mit anderen Anwälten in der Anwaltssozietät Dr. B und Partner tätig. Rechtsanwalt Dr. B ist seit Anfang 2004 unparteiischer Vorsitzender des Beschwerdeausschusses der Ärzte und Krankenkassen N. i.S.d. § 106 IV 2 SGB V. Rechtsanwalt Dr. W ist mindestens in einem Fall (Gemeinschaftspraxis Dr. M & Partner) als stellvertretender Vorsitzender dieses Beschwerdeausschusses tätig gewesen. Seit dem Jahr 2008 vertritt die Rechtsanwaltssozietät Dr. B und Partner auf Wunsch der Kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassen ständig den Beschwerdeausschuss in den sozialgerichtlichen Verfahren, in welchen die Ärzte gegen die Entscheidung des Beschwerdeausschusses vorgehen, so auch in dem zwischenzeitlich rechtskräftig abgeschlossenen Klageverfahren der Gemeinschaftspraxis Dr. M & Partner. Rechtsanwalt Dr. B mandatierte regelmäßig seine eigene Anwaltssozietät; die Mandate wurden von dem Sozietätsmitglied Rechtsanwalt F bearbeitet. Das AnwG Düsseldorf (Urt. v. 13.12.2012 – 3 EV 259/10, BeckRS 2014, 23742) hat die Rechtsanwälte freigesprochen, weil der unparteiische Vorsitzende des Beschwerdeausschusses kein Angehöriger des öffentlichen Dienstes sei. Zu Recht?

Es kommt darauf an, ob die Tatbestandsmerkmale des § 45 I Nr. 1 BRAO erfüllt sind. Hierbei ist insbesondere fraglich, ob Rechtsanwalt Dr. W hat beim Erlass des Widerrufsbescheids in dem Verfahren der Gemeinschaftspraxis Dr. M & Partner als Angehöriger des öffentlichen Dienstes gehandelt hat und ob auch Rechtsanwalt Dr. B ist in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des Beschwerdeausschusses in dieser Sache Angehöriger des öffentlichen Dienstes ist.

#### I. Beschwerdeausschuss als Behörde

„Nach § 4 I SGB V sind **Krankenkassen rechtsfähige Körperschaften des öffentl. Rechts mit Selbstverwaltung**. Nach § 77 V SGB V sind auch die **Kassenärztlichen Vereinigungen Körperschaften des öffentlichen Rechts**. Diese beiden Körperschaften des öffentlichen Rechts bilden nach § 106 IV 1 SGB V bei der Kassenärztlichen Vereinigung eine **gemeinsame Prüfungsstelle** und einen **gemeins. Beschwerdeausschuss**. Der Beschwerdeausschuss besteht aus Vertretern der Kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassen in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen Vorsitzenden (§ 106 IV 2 SGB V). Die Kosten der Prüfungsstelle und des Beschwerdeausschusses tragen die Kassenärztliche Vereinigung und die Krankenkassen je zur Hälfte. Das Bundesministerium für Gesundheit bestimmt durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates das Nähere zur Geschäftsführung der Prüfungsstellen und der Beschwerdeausschüsse einschließlich der Entschädigung der Vorsitzenden der Ausschüsse und zu den Pflichten der von den in Absatz 2 Satz 4 genannten Vertragspartnern (Landesverbände der Krankenkassen, Ersatzkassen und Kassenärztliche Vereinigungen) entsandten Vertreter (§ 106 IV a 7 und 8 SGB V). Nach § 2 II der vom Bundesministerium für Gesundheit erlassenen Rechtsverordnung (Wirtschaftlichkeitsprüfungs-Verordnung – WiPrüfVO) erhalten der Vorsitzende und seine Stellvertreter Reisekosten in Anlehnung an die Vorschriften über die Reisekostenvergütung der Beamten des Landes nach der jeweils höchsten Reisekostenstufe. Nach § 106 VII 1 SGB V führen die Aufsicht über die Prüfungsstellen und Beschwerdeausschüsse die für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörden der Länder.“ (BGH aaO.)

Der Beschwerdeausschuss ist daher eine **öffentlich-rechtlich ausgestaltete Behörde**.

#### II. hoheitliche Tätigkeit der Mitglieder

„Der Beschwerdeausschuss erfüllt als Behörde Verwaltungsaufgaben und wird somit **hoheitlich tätig**. Die Prüfungsstellen entscheiden, ob Vertragsärzte oder Einrichtungen gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen haben und welche Maßnahmen zu treffen sind. Gegen die Entscheidungen der Prüfungsstelle können die betroffenen Ärzte und ärztlich geleiteten Einrichtungen, die Krankenkasse, die betroffenen Landesverbände der Krankenkassen sowie die Kassenärztlichen Vereinigungen die Beschwerdeausschüsse anrufen. Das **Verfahren vor dem Beschwerdeausschuss gilt als Vorverfahren i.S.v. § 78 SGG** (§ 106 V SGB V). Nach der Rechtsprechung des BSG beschränkt sich bei Entscheidungen in Verfahren der Wirtschaftlichkeitsprüfung die gerichtliche Kontrolle grundsätzlich auf den das Verwaltungsverfahren abschließenden Bescheid des Beschwerdeausschusses. Der Beschwerdeausschuss wird mit seiner Anrufung gem. § 106 V 3 SGB V für das weitere Prüfverfahren abschließlich und endgültig zuständig. Sein Bescheid ersetzt den ursprünglichen Verwaltungsakt der Prüfungsstelle, der abweichend von § 95 SGG im Fall der Klageerhebung nicht Gegenstand des Gerichtsverfahrens wird (vgl. BSGE 78, 278 = NZS 1997, 135).

Der Vorsitzende des Beschwerdeausschusses ist **unparteiisch** insoweit, als er **weder der Seite der Krankenkassen noch der Kassenärztlichen Vereinigung** angehört. Er ist ein Organ des Beschwerdeausschusses, das ehrenamtlich tätig ist. Dies ergibt sich aus § 2 III WiPrüfVO, wonach der Vorsitzende und seine Stellvertreter eine Aufwandsentschädigung erhalten (vgl. auch BSG, NZS 1996, 351 Rn. 20). **Angehöriger des öffentlichen Dienstes** i.S.d. § 45 I Nr. 1 BRAO ist auch derjenige, der als Nichtbeamter (und nicht dauerhaft im öffentlichen Dienst Angestellter) im Rahmen der Befugnisse der Behörde, für die er auftritt, hoheitlich tätig wird (vgl. OVG Bautzen, NJW 2003, 3504 [3505]). Dass die Tätigkeit ehrenamtlich ist, steht der Annahme als Angehöriger des öffentlichen Dienstes nicht entgegen (BGH, Urt. v. 26.11.2007 – AnwSt 10/06/(R), NJW-RR 2008, 795 Rn. 6; Kilian in Henssler/Prütting, BRAO, 4. Aufl., § 45 Rn. 17 c).“ (BGH aaO.)

#### III. dieselbe Rechtssache

Es müsste sich auch um dieselbe Rechtssache handeln.

„Der Begriff „dieselbe Rechtssache“ ist wie in § 356 StGB zu verstehen und umfasst **alle Rechtsangelegenheiten, in denen mehrere ein entgegengesetztes rechtliches Interesse verfolgende Beteiligte vorkommen können** (vgl. BGHSt 5, 301 [30]= NJW 1954, 726; BGHSt 18, 192 = NJW 1963, 668; BGHSt 34, 190 [19]= NJW 1987, 335; Böhnlein in Feuerich/Weyland, BRAO, 8. Aufl., § 43 a Rn. 61, § 45 Rn. 7; LK/Gillmeister, StGB, 12. Aufl., § 356 Rn. 82). Dass es sich bei dem **Beschwerdeverfahren vor dem Ausschuss**, das mit dem Erlass des Bescheids des Beschwerdeausschusses seinen Abschluss fand und dessen **späterer Anfechtung** um **dieselbe Rechtssache** handelt, ist **unzweifelhaft**. Während der Anhängigkeit des Beschwerdeverfahrens war Rechtsanwalt Dr. B für die Durchführung der Aufgaben des Beschwerdeausschusses verantwortlich. Er führte die laufenden Geschäfte des Ausschusses und vertrat diesen gerichtlich wie außergerichtlich (§ 2 WiPrüfVO). Ungeachtet des hier gegebenen Vertretungsfalls war er ebenso wie Rechtsanwalt Dr. W, der die Ausschusssitzung geleitet hatte, in der die Sache Dr. M & Partner behandelt wurde, hoheitlich tätig geworden. Der Beschwerdeausschuss ist Bekl. im Klageverfahren. In diesem Sinne ist die Rechtsanwaltssozietät Dr. B und Partner in derselben Rechtssache tätig geworden.“ (BGH aaO.)

Der BGH hat vor diesem Hintergrund den Freispruch aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

(BGH in NJW 2015, 557; Beschluss vom 18.11.2014 – II ZR 1/14)

Es ist nicht erforderlich, dass der auf Seiten des Beklagten beigetretene Nebenintervenient nach einer unstreitigen und zulässigen Klagerücknahme des Beschwerdegegners im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren allein zur Stellung eines Kostenantrags nach § 269 IV 1 ZPO einen beim BGH zugelassenen Anwalt bestellt.

**Fall:** Der Kl. ist nach Rücknahme seiner Klage verpflichtet, die durch die Nebeninterventionen auf Seiten der Bekl. verursachten Kosten zu tragen. Die Prozessbevollmächtigten des Nebenintervenienten, die nicht beim BGH zulassen sind, haben insofern nach § 269 IV 1 ZPO Kostenantrag gestellt. Ist dieser wirksam?

**I. grundsätzlich Anwaltszwang auch für Kostenantrag**

„Zwar unterliegt der Antrag als **Prozesshandlung** gem. § 78 I ZPO dem Anwaltszwang (Saenger/Saenger, § 269 Rn. 42; Musielak/Foerste, § 269 Rn. 14; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 269 Rn. 69; Stein/Jonas/Roth, 21. Aufl., § 269 Rn. 60). Vor den Gerichten des höheren Rechtszugs kann eine dem Anwaltszwang unterliegende Prozesshandlung grundsätzlich **wirksam nur von einem Rechtsanwalt vorgenommen werden, der bei dem Gericht zugelassen ist**, dem gegenüber die Prozesshandlungen, die sich an das Rechtsmittelgericht richten, nur von einem beim Rechtsmittelgericht zugelassenen Rechtsanwalt vorgenommen werden. Dieser Grundsatz kann jedoch nicht starr durchgeführt werden. Er muss dort Ausnahmen erleiden, wo prozessökonomische Erwägungen dies nahelegen und der mit der Bestimmung des § 78 ZPO verfolgte Zweck dadurch nicht in Frage gestellt wird (BGHZ 146, 372 [37] = NJW 2001, 1581; BGH, NJW-RR 2012, 8 Rn. 4; NJW-RR 2014, 831 = WM 2014, 1553 Rn. 5).“ (BGH aaO.)

**II. prozessökonomische Erwägungen bei Kostenantrag**

„Es ist nach dem **Zweck des qualifizierten Anwaltszwangs** gem. § 78 I 3 ZPO nicht erforderlich und prozessökonomisch **nicht sinnvoll**, dass der auf Seiten des Bekl. beigetretene Nebenintervenient nach einer unstreitigen und zulässigen Klagerücknahme des Beschwerdegegners im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren **allein zur Stellung eines Kostenantrags** nach § 269 IV 1 ZPO einen beim BGH zugelassenen Anwalt bestellt.

Der qualifizierte Anwaltszwang gem. § 78 I 3 ZPO hat den Zweck, eine **geordnete Rechtspflege durch spezialisierte Anwälte mit besonderer Erfahrung und Kompetenz** sicherzustellen (vgl. BGH, NJW-RR 2014, 831 = WM 2014, 1553 Rn. 8 m.w.N.). Dieser besonderen Erfahrung und Kompetenz bedarf es zur Stellung des Antrags nach § 269 IV 1 ZPO nicht.

Soweit der Anwaltszwang dem **Schutz der Partei vor Rechtsverlusten durch eine unsachgemäße Prozessführung** dient, ist die Bestellung eines beim BGH zugelassenen Anwalts zur Antragstellung nach § 269 IV 1 ZPO nicht geboten. In aller Regel entscheidet das Gericht von Amts wegen darüber, wer die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat (§ 308 II ZPO). Das Gesetz hält mit § 269 IV 1 ZPO hiervon abweichend aus prozessökonomischen Gründen eine Entscheidung von Amts wegen für überflüssig, da es davon ausgeht, dass diese **Entscheidung in aller Regel inhaltlich unproblematisch** ist; deshalb verzichtet es auch auf die mündliche Verhandlung (vgl. Saenger/Saenger, § 269 Rn. 43; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 269 Rn. 41, 68). Soweit der mit der Antragstellung begehrte Beschluss ausspricht, dass der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen oder ein bereits ergangenes Urteil wirkungslos geworden ist, hat er lediglich deklaratorischen Charakter. Diese verfahrensrechtlichen Folgen der Klagerücknahme hat der Senat bereits auf Antrag der Bekl. mit Beschluss vom 08.05.2014 festgestellt. Einem beim BGH zugelassenen Anwalt stünde bei dieser Ausgangslage im derzeitigen Stadium des Verfahrens auch keine andere Beurteilungsgrundlage zur sachgemäßen Wahrnehmung der Parteiinteressen zur Verfügung als dem zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Nebenintervenienten zu 2.“ (BGH aaO.)

Es ist daher auch prozessökonomisch nicht sinnvoll, dass die Partei lediglich für die Stellung des Kostenantrags nach § 269 IV 1 ZPO einen beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt bestellt, obwohl sich dieser nach dem Willen der Partei mit der Sache selbst überhaupt nicht mehr befassen soll. Diese Lösung ist zugleich ein Gebot der Gleichbehandlung. Wenn es dem Revisions- oder Nichtzulassungsbeschwerdegegner aus prozessökonomischen Gründen erlaubt wird, seine Klage wie vorliegend durch seinen nicht beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt zurückzunehmen, muss es auch dem gegnerischen Nebenintervenienten gestattet werden, den zur Erlangung einer zwar konstitutiven, aber regelmäßig unproblematischen Kostengrundentscheidung erforderlichen Antrag nach § 269 IV 1 ZPO durch seinen bisherigen Anwalt zu stellen, selbst wenn dieser nicht beim BGH zugelassen ist (vgl. BGHZ 93, 12 [1] = NJW 1985, 1157).

Die in **früheren Entscheidungen des BGH** herangezogene Erwägung, auf die Bestellung eines beim BGH zugelassenen Rechtsanwalts könne bei solchen Anträgen nicht verzichtet werden, durch die eine Entscheidung des Gerichts begehrt wird (BGH, NJW 1970, 1320; NJW 1978, 1262), hat schon im Beschluss des Großen Senats für Zivilsachen vom 19.11.1984 (BGHZ 93, 12 = NJW 1985, 1157) **keine Bedeutung mehr** erlangt. Auch in der neueren Rechtsprechung des BGH steht der Umstand, dass die nicht durch einen Rechtsanwalt beim BGH vorgenommene Prozesshandlung letztlich zu einer Entscheidung des BGH führt, der Zulässigkeit der Prozesshandlung nicht entgegen (BGHZ 146, 372 = NJW 2001, 1581 – Aufnahme eines unterbrochenen Revisionsverfahrens vor Entscheidung über die Annahme; BGH, NJW-RR 2012, 8 = ZEV 2012, 159 Rn. 4 – Aufnahme eines unterbrochenen Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens; NJW-RR 2014, 831 = WM 2014, 1553 – Anerkenntnis).“ (BGH aaO.)

(BGH in NJW 2015, 1027; Beschluss vom 04.11.2014 – II ZB 25/13)

**Fall:** Der Kl. nimmt den Bekl. in Anspruch. Das LG Gießen hat die Klage abgewiesen. Gegen das Urteil hat der Kl. fristgerecht Berufung eingelegt. Auf seinen Antrag verlängerte das OLG Frankfurt a. M. die Frist zur Begründung der Berufung bis zum 10.10.2013. Das unterschriebene Original der Berufungsbegründung ist am 14.10.2013 beim BerGer. eingegangen. Der Kl. hat Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und wie folgt begründet:

Sein Prozessbevollmächtigter habe am letzten Tag der Berufungsbegründungsfrist, dem 10.10.2013, ab 13 Uhr eine Vielzahl von Malen vergeblich versucht, den auf den 09.10.2013 datierenden Berufungsbegründungsschriftsatz an den Faxanschluss des BerGer. zu faxen. Der Anschluss sei ständig belegt gewesen. Sein Bevollmächtigter habe deshalb im Lauf des Nachmittags des 10.10.2013 auf der Geschäftsstelle des Berufungssenats angerufen, um sich nach einem weiteren Faxanschluss des BerGer.

zu erkundigen. Dort sei ihm von der Mitarbeiterin gesagt worden, dass das BerGer. nur einen Faxanschluss und ein Faxgerät habe, die Mitarbeiterin habe keinen weiteren Faxanschluss nennen können. Weitere konkrete Hilfe sei dem Bevollmächtigten des Kl. von der Geschäftsstelle auf Nachfrage gleichfalls nicht angeboten worden. Zur Glaubhaftmachung hat der Kl. acht Faxprotokolle vorgelegt, aus denen sich überwiegend ergibt, dass der Faxanschluss des BerGer. besetzt war. Das letzte Faxprotokoll datiert von 19.02 Uhr. Ebenfalls am 10.10.2013 hat der Prozessbevollmächtigte des Kl. den unterschriebenen Berufungsbegründungsschriftsatz als pdf-Anhang zu einer E-Mail an das BerGer. gesandt. Dort ist diese E-Mail um 18.57 Uhr eingegangen, an diesem Tag aber nicht mehr ausgedruckt worden. Ist die Wiedereinsetzung zu gewähren?

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nach § 233 ZPO zu gewähren, wenn die Partei bzw. ihr Prozessbevollmächtigter, für deren Fehler die Partei einzustehen hätte, unverschuldet gehindert war, die Frist einzuhalten. Insofern stellt sich die Frage, ob der Prozessbevollmächtigte alle ihm obliegenden Anstrengungen unternommen hat, um einen fristgerechten Eingang des Schriftsatzes sicherzustellen.

## I. Übermittlung des Schriftsatzes per E-Mail

„Das BerGer. ist zutreffend davon ausgegangen, dass der als pdf-Anhang unterschriebene Berufungsbegründungsschriftsatz, der per E-Mail am 10.10.2013 um 18.57 Uhr beim BerGer. eingegangen ist, die Berufungsbegründungsfrist nicht gewahrt hat. Nach der Rechtsprechung des BGH kann in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem **als Anhang zu einer elektronischen Nachricht eine Bilddatei** übermittelt wird, die die vollständige Berufungsbegründung einschließlich der eigenhändigen Unterschrift des beim BerGer. zugelassenen Rechtsanwalts enthält, die Berufungsbegründungsfrist gewahrt werden, wenn die **angehängte Bilddatei noch vor Fristablauf ausgedruckt** wird (BGH, NJW 2008, 2649 Rn. 8 ff.; NJW-RR 2009, 357 = WM 2009, 331 Rn. 10; vgl. auch BAG, NZA 2013, 983 Rn. 12). Die E-Mail des Prozessbevollmächtigten des Kl. mit dem angehängten Schriftsatz ist erst nach Ende der Dienstzeit auf der Geschäftsstelle des BerGer. eingegangen und an diesem Tag nicht mehr ausgedruckt worden.“ (BGH aaO.)

## II. Unverschuldete Fristversäumnis

### 1. Technische Störungen des Gerätes oder der Telefonleitung

„Nach gefestigter Rechtsprechung sowohl des BVerfG als auch des BGH dürfen die aus den technischen Gegebenheiten des Kommunikationsmittels Telefax herrührenden besonderen **Risiken nicht auf den Nutzer dieses Mediums abgewälzt** werden. Dies gilt insbesondere für Störungen des Empfangsgeräts des Gerichts. In diesem Fall liegt die entscheidende **Ursache für die Fristversäumnis in der Sphäre des Gerichts** (BVerfG, NJW 1996, 2857; NJW 2001, 3473; BGH, NJW 1995, 1431 [1432 f.]; NJW-RR 2004, 283 [284]; Beschl. v. 21.07.2011 – IX ZB 218/10, BeckRS 2011, 20014 Rn. 2 m.w.N.). Aber auch Störungen der Übermittlungsleitungen sind dem gewählten Übermittlungsmedium immanent, weil ein Telefax nur über sie zum Empfangsgerät gelangt. **Auch bei einer Leitungsstörung versagt** die von der Justiz angebotene **Zugangseinrichtung**. Der Nutzer hat mit der Wahl eines anerkannten Übermittlungsmediums, der ordnungsgemäßen Nutzung eines funktionsfähigen Sendegeräts und der korrekten Eingabe der Empfängernummer das seinerseits zur Fristwahrung Erforderliche getan, wenn er **so rechtzeitig mit der Übermittlung beginnt, dass unter normalen Umständen mit ihrem Abschluss bis zum Ablauf der Frist zu rechnen ist** (BVerfG, NJW 1996, 2857; NJW 2001, 3473 [3474]; BGH, NJW-RR 2001, 916; Beschl. v. 20.12.2007 – III ZB 73/07, BeckRS 2008, 01358 Rn. 4; NJW 2011, 1972 Rn. 9). Die Gerichte dürfen die Anforderungen an die den Prozessbevollmächtigten obliegende Sorgfalt nicht überspannen. Von einem Rechtsanwalt, der sich und seine organisatorischen Vorkehrungen darauf eingerichtet hat, einen Schriftsatz weder selbst noch durch Boten oder durch Post, sondern durch Fax zu übermitteln, kann daher **beim Scheitern der gewählten Übermittlung infolge eines Defekts** des Empfangsgeräts oder wegen Leitungsstörungen **nicht verlangt werden**, dass er – unter Aufbietung aller nur denkbaren Anstrengungen – innerhalb kürzester Zeit **eine andere als die gewählte Zugangsart sicherstellt** (BVerfG, NJW 1996, 2857; NJW 2000, 1636; BGH, NJW-RR 1997, 250; NJW-RR 2003, 861).“ (BGH aaO.)

### 2. Belegung des Faxgerätes

Hier lag aber keine technische Störung im vorstehenden Sinne vor, sondern das Faxgerät war über lange Zeit hinweg belegt. Fraglich ist, ob auch solche Störungen zu Lasten des Gerichts gehen.

„Demgegenüber stellt die **Belegung des Telefaxgeräts** durch andere eingehende Sendungen keine technische Störung dar und ist daher **grundsätzlich nicht als Wiedereinsetzungsgrund zu qualifizieren** (vgl. BVerfG, NJW 2007, 2838 Rn. 3; Beschl. v. 28.11.2007 – 1 BvR 2755/07, BeckRS 2007, 33103 Rn. 3; BGH, NJOZ 2012, 935 Rn. 9; NJW 2011, 1972 Rn. 10). Hierbei handelt es sich vielmehr um einen Umstand, dem der Absender zur Vermeidung eines Verschuldensvorwurfs durch geeignete Vorkehrungen, insbesondere durch **Einplanung einer gewissen Zeitreserve**, Rechnung tragen muss, um gegebenenfalls durch Wiederholung der Übermittlungsvorgänge einen Zugang des zu übermittelnden Schriftsatzes bis zum Fristablauf zu gewährleisten. Es gereicht ihm deshalb zum Verschulden, wenn er seine **Übermittlungsversuche vor-schnell aufgibt** und die für ihn nicht aufklärbare Ursache der Übermittlungsschwierigkeiten dem Empfangsgericht zuschreibt (BVerfG, NJW 2006, 829 Rn. 4; NJW 2006, 1505 Rn. 5 ff.; NJW 2007, 2838; NJW 2007, 2838 Rn. 3; BGH, NJOZ 2012, 935 Rn. 9; NJW 2011, 1972 Rn. 10).“ (BGH aaO.)

### 3. Anwendung auf den Fall

Gemessen hieran hat der Prozessbevollmächtigte den Versuch, die Berufungsbegründung an das BerGer. zu faxen, schuldhaft vorschnell aufgegeben.

„Das BerGer. hat festgestellt, dass bei dem Faxanschluss des Gerichts keine technische Störung vorlag. Der Anschluss war lediglich in den Nachmittagsstunden, als der Bevollmächtigte des Kl. seine Übermittlungsversuche unternommen hat, **nicht hingegen in der Zeit ab 20 Uhr** häufig belegt. In der Zeit von 20 bis 24 Uhr sind nur noch zwei Faxsendungen eingegangen. Der Prozessbevollmächtigte des Kl. hätte in Rechnung stellen müssen, dass das Scheitern der Übermittlungsversuche **in der Zeit bis 19 Uhr auf einer erhöhten Beanspruchung des Faxanschlusses** während der üblichen Bürozeiten beruhte und hätte nach dieser Zeit einen erneuten Versuch unternommen müssen (vgl. BVerfG, NJW 2007, 2838 Rn. 3; NJW 2006, 829 Rn. 4). Dass er dies nicht getan hat, ist ihm als schuldhafter Verstoß gegen die ihn treffende erhöhte Sorgfaltspflicht bei Übersendung eines Schriftsatzes am letzten Tag der Frist vorzuwerfen.

Angesichts dessen kann der Senat auch unentschieden lassen, ob ein Anwalt gehalten ist, die Übermittlungsversuche gegebenenfalls bis 24 Uhr fortzusetzen (vgl. BGH, NJW 2011, 1972 Rn. 14). Jedenfalls die **Beendigung der Versuche um 19.02 Uhr** ist dem Prozessbevollmächtigten des Kl. als vorschnelles Aufgeben im Sinne der Rechtsprechung anzulasten.“ (BGH aaO.)

## Steuerrecht

EStG

### Unterlassene Pauschalbesteuerung Bei geringfügiger Beschäftigung

EStG

§ 40a II 6 II Nr. 8

(BAG in NJW 2015, 1131; Urteil vom 13.11.2014 – 8 AZR 817/13)

1. Nach § 40 a II EStG besteht bei **geringfügiger Beschäftigung** eine **Wahlmöglichkeit** des Arbeitgebers zwischen der Pauschalbesteuerung und der individuellen Besteuerung nach Lohnsteuerkarte. Die Bestimmung enthält keine Regelung einer Einschränkung der arbeitgeberseitigen Wahlmöglichkeit. Eine diesbezügliche **Aufklärungs- oder Hinweispflicht** des Arbeitgebers ist weder in § 40 a II EStG noch anderweitig gesetzlich geregelt.
2. Dem Arbeitgeber obliegt es grundsätzlich nicht, bei geringfügiger Beschäftigung darauf hinzuweisen, dass nicht von der Möglichkeit im Rahmen des § 40 a II EStG Gebrauch gemacht werden soll, statt der individuellen Besteuerung nach Lohnsteuerkarte die Pauschalbesteuerung zu wählen. Eine nicht gewählte und daher nicht zur Anwendung kommende Abweichung von der Regelbesteuerungsart bedarf keines Hinweises. Ein Arbeitnehmer, der besonderen Wert darauf legt, dass diese **Sonderbesteuerungsart** für sein Arbeitsverhältnis zur Anwendung kommt, hat die Möglichkeit, **von sich aus nachzufragen** und gegebenenfalls eine entsprechende Vereinbarung vorzuschlagen.

**Fall:** Die Parteien streiten über einen Schadensersatzanspruch der Kl. i.H.v. 1.263,95 € im Zusammenhang mit der Besteuerung des Entgelts aus einer geringfügigen Beschäftigung (sog Mini-Job). Der Bekl. ist ein gemeinnütziger Verein zur Förderung geistig behinderter Menschen. Die Kl. war bei ihm von Januar bis Oktober 2010 als Betreuerin beschäftigt. Für die ersten beiden Monate – Januar und Februar 2010 – wurde eine pauschale steuerfreie Aufwandsentschädigung nach § 3 Nr. 26 EStG i.H.v. insgesamt 2100 € gezahlt. Von März bis Oktober 2010 erfolgte die Tätigkeit im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung für 400 € monatlich, insgesamt 3200 €. Zum 01.03.2010 hatte die verheiratete Kl. dem Bekl. auf Aufforderung ihre – auf die Steuerklasse III ausgestellte – Lohnsteuerkarte für das Jahr 2010 vorgelegt. Der Bekl. machte nicht von der Wahlmöglichkeit der Pauschalierung der Lohnsteuer für geringfügig Beschäftigte nach § 40 a II EStG Gebrauch, die für ihn zu einer steuerlichen Belastung – bezogen auf den gesamten Zeitraum der geringfügigen Beschäftigung – von insgesamt 64 € (2 % Pauschalsteuer auf 3200 €) geführt hätte. Er rechnete am Ende des Arbeitsverhältnisses das von der Kl. für den Zeitraum von März bis Oktober 2010 bezogene Entgelt nach der Steuerklasse III ab und übermittelte die Lohnsteuerbescheinigung an das zuständige Finanzamt.

Hätte der Bekl. statt der Abrechnung nach der Steuerklasse III die Pauschalsteuer gewählt, hätten die Kl. und ihr Ehegatte im Zuge der steuerlichen Zusammenveranlagung (§ 26 b EStG) für das Jahr 2010 insgesamt 1.327,95 € weniger Steuern zahlen müssen. Die Kl. ist der Auffassung, ihr stehe ein Schadensersatzanspruch gegen den Bekl. in Höhe des Differenzbetrags von 1.263,95 € (1.327,95 € abzgl. 64 €) zu. Der Bekl. habe sie darauf hinweisen müssen, dass er nach Lohnsteuerkarte abrechnen wolle und dies angesichts der von der Kl. gewählten Lohnsteuerklasse III und gemeinsamer steuerlicher Veranlagung der Ehegatten gegebenenfalls im Vergleich zur Pauschalbesteuerung zu steuerlichen Nachteilen führen könne. Gegebenenfalls habe er sein Wahlrecht zwischen den Abrechnungsvarianten im Sinne arbeitsvertraglicher Fürsorgepflicht ausüben müssen. Er habe dabei die Möglichkeit gehabt, die Pauschalsteuer im Innenverhältnis auf die Kl. abzuwälzen, zu deren Zahlung sie im Übrigen auch bereit gewesen sei. Bei der Aufforderung zur Vorlage der Lohnsteuerkarte sei sie davon ausgegangen, diese werde nur zur Vervollständigung der Personalakte benötigt. Steht der Kl. der geltend gemachte Anspruch zu?

#### I. Allgemeine Verantwortlichkeit für Lohnsteuer

„**Schuldner** der Lohnsteuer ist gem. § 38 II 1 EStG der Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber haftet zwar für die Lohnsteuer, die er einzubehalten und abzuführen hat (§ 42 d I Nr. 1 EStG). Soweit diese Haftung reicht, sind der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer **Gesamtschuldner** (§ 42 d III 1 EStG). Dabei erfüllt der Arbeitgeber jedoch eine **fremde Schuld**. Im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zueinander ist grundsätzlich allein der Arbeitnehmer Schuldner der Steuerforderung (BAGE 133, 332 = NJW 2010, 2604 = NZA 2010, 881 Rn. 17 m.w.N.; BAGE 111, 131 = NJW 2004, 3588 = NZA 2004, 1274 [zu II 1] m.w.N.).“ (BAG aaO.)

#### II. Abweichung bei Pauschalsteuer

„Eine **Ausnahme** von dieser Regel gilt jedoch für die **pauschale Lohnsteuer**. Schuldner dafür ist nach § 40 III 2 EStG der Arbeitgeber. Darunter fällt auch die nach § 40 a II EStG mögliche Pauschalbesteuerung bei geringfügiger Beschäftigung. Ausnahmsweise kann **im Innenverhältnis** von Arbeitgeber und Arbeitnehmer der klar erkennbare Parteiwille dahin gehen, die **Steuerlast solle den Arbeitgeber treffen** (u.a. BAGE 133, 332 = NJW 2010, 2604 = NZA 2010, 881 Rn. 17 m.w.N.; BAGE 111, 131 = NJW 2004, 3588 = NZA 2004, 1274 [zu II 1] m.w.N.).“ (BAG aaO.)

#### III. Schadensersatzanspruch wegen Unterlassen der Pauschalversteuerung

Die Kl. könnte insofern einen Anspruch gegen den Bekl. auf Schadensersatz nach §§ 280 I, 241 BGB haben. Dies setzt voraus, dass der Bekl. als Arbeitgeber eine vertragliche Pflicht verletzt hat. Diese Pflichtverletzung könnte darin bestehen, dass der Bekl. die Wahlmöglichkeit nach § 40 a II EStG gegen die Pauschalversteuerung ausgeübt hat und der Kl. gegenüber einen entsprechenden Hinweis unterlassen hat. Fraglich ist jedoch, ob eine entsprechende **vertragliche Nebenpflicht** des Bekl. bestand.

„Nach § 40 a II EStG besteht bei geringfügiger Beschäftigung eine **Wahlmöglichkeit des Arbeitgebers** zwischen der Pauschalbesteuerung und der individuellen Besteuerung nach Lohnsteuerkarte. Die Bestimmung enthält keine Regelung einer Einschränkung der arbeitgeberseitigen Wahlmöglichkeit. Eine diesbezügliche Aufklärungs- oder Hinweispflicht des Arbeitgebers ist weder in § 40 a II EStG noch anderweitig gesetzlich geregelt.“ (BAG aaO.)

Auch eine **Schutz- und Rücksichtnahmepflicht** des Arbeitgebers ist nicht verletzt.

„Die Parteien des Arbeitsverhältnisses sind gehalten, auf die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des jeweils anderen Vertragspartners Rücksicht zu nehmen (§§ 241 II, 242 BGB). Die Schutz- und Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers gilt auch für die **Vermögensinteressen der Arbeitnehmer**. Daraus können sich Hinweis- und Informationspflichten des Arbeitgebers ergeben (vgl. u.a. BAG, Urt. v. 15.04.2014 – 3 AZR 288/12, BeckRS 2014, 70024 m.w.N.; NZA 2012, 1307

Rn. 58; NJOZ 2011, 1178 Rn. 37 m.w.N. = NZA 2011, 1312 Os.), deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers nach § 280 I 1 BGB auslösen kann (vgl. BAG, NJW 2010, 1098 = NZA 2010, 337 Rn. 14).

Die arbeitsrechtlichen Nebenpflichten des Arbeitgebers beschränken sich nicht darauf, den Arbeitnehmern keine falschen und unvollständigen Auskünfte zu erteilen (vgl. etwa BAG, NVwZ 1990, 407 [zu 2 b] m.w.N.). Zur **Vermeidung von Rechtsnachteilen** kann der Arbeitgeber verpflichtet sein, **von sich aus geeignete Hinweise** zu geben (BAG, 15.04.2014 – 3 AZR 288/12, BeckRS 2014, 70024 Rn. 44). Grundsätzlich hat allerdings innerhalb vertraglicher Beziehungen jede Partei für die Wahrnehmung ihrer Interessen selbst zu sorgen (u.a. BAG, NJW 2009, 2616 = NZA 2009, 608 Rn. 28; BGH, NJW 2012, 2878 Rn. 21 m.w.N.). Hinweis- und Aufklärungspflichten beruhen auf den besonderen Umständen des Einzelfalls und sind das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung (BAG, Urt. v. 15.04.2014 – 3 AZR 288/12, BeckRS 2014, 70024 Rn. 44 m.w.N.).“ (BAG aaO.)

Danach hat der Bekl. nicht gegen Hinweis- und Aufklärungspflichten verstoßen. Der Bekl. war nicht gehalten, die Kl. darauf hinzuweisen, dass grundsätzlich allein der Arbeitnehmer Schuldner der Steuerforderung ist. Diese grundlegende **steuerrechtliche Regelvorgabe bedarf keines arbeitgeberseitigen Hinweises**.

„Dem Bekl. oblag es auch nicht, die Kl. darauf hinzuweisen, dass er **nicht von der Möglichkeit im Rahmen des § 40 a II EStG Gebrauch macht**, statt der „normalen“ individuellen Besteuerung nach Lohnsteuerkarte die **Pauschalbesteuerung** zu wählen. Eine nicht gewählte und daher nicht zur Anwendung kommende Abweichung von der Regelbesteuerungsart bedarf keines Hinweises. Ein Arbeitnehmer, der besonderen Wert darauf legt, dass diese Sonderbesteuerungsart für sein Arbeitsverhältnis zur Anwendung kommt, hat die Möglichkeit, von sich aus nachzufragen und gegebenenfalls eine entsprechende Vereinbarung vorzuschlagen.“ (BAG aaO.)

EStG

§ 10d IV 4, 5 EStG

## Verlustvortrag

Gesonderte Feststellung erforderlich

EStG

(BFH in becklink 1038487; Urteil vom 13.01.2015 – IX R 22/14)

1. **Verluste**, die in vergangenen Jahren entstanden sind, können nach § 10d EStG **gesondert festgestellt** werden, wenn eine Veranlagung zur Einkommensteuer für das Verlustentstehungsjahr nicht erfolgt ist und auch aufgrund inzwischen eingetretener Festsetzungsverjährung nicht mehr erfolgen kann.
2. Verluste können nur dann **in späteren Jahren steuerlich nutzbar** gemacht werden, wenn sie zuvor nach § 10d EStG gesondert festgestellt worden sind.

**Fall:** Die Beteiligten streiten darüber, ob in den Fällen, in denen für die Einkommensteueranmeldung die Festsetzungsfrist bereits abgelaufen ist und daher ein Einkommensteuerbescheid aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht mehr ergehen kann, § 10d IV 4, 5 EStG i.d.F. des Jahressteuergesetzes 2010 (JStG 2010) vom 08.12.2010 (BGBl I 2010, 1768) dem Erlass von Bescheiden über die Feststellung des verbleibenden Verlustabzugs entgegenstehen, wenn die Feststellungsfrist für die gesonderte Feststellung des vortragsfähigen Verlusts noch nicht abgelaufen ist.

Die Klägerin absolvierte in den Streitjahren 2005 bis 2007 eine berufliche Erstausbildung. Sie reichte am 09.07.2012 Einkommensteuererklärungen für die Streitjahre sowie Erklärungen zur gesonderten Feststellung des verbleibenden Verlustabzugs zur Einkommensteuer auf den 31.12.2005, 31.12.2006 und 31.12.2007 ein. Die Klägerin machte Berufsausbildungskosten in Höhe von 3.097 € (2005), 7.312 € (2006) und 6.960 € (2007) als vorab entstandene Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit geltend. Einnahmen erzielte die Klägerin in diesem Zeitraum nicht.

Mit Einkommensteuerbescheiden vom 06.09.2013 setzte der Beklagte (das Finanzamt –FA–) die Einkommensteuer auf 0 € fest. Die Berufsausbildungskosten berücksichtigte es als Sonderausgaben mit dem Höchstbetrag von 4.000 EUR. Eine Verlustfeststellung wurde unter Hinweis auf das Fehlen ausgleichsfähiger negativer Einkünfte abgelehnt. Mit Einspruchsentscheidung vom 05.12.2013 hob das FA die Einkommensteuerbescheide 2005 bis 2007 auf und wies die Einsprüche im Übrigen als unbegründet zurück. Zu Recht?

Eine Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags zur Einkommensteuer auf den 31.12.2005, 31.12.2006 und 31.12.2007 ist auf der Grundlage von § 10d IV 4, 5 EStG i.d.F. durch das JStG 2010 verfahrensrechtlich möglich.

„Nach § 10d IV 1 EStG ist der am Schluss eines Veranlagungszeitraums verbleibende **Verlustvortrag gesondert festzustellen**. Verbleibender Verlustvortrag sind die bei der Ermittlung des Gesamtbetrags der Einkünfte **nicht ausgeglichenen negativen Einkünfte**, vermindert um die nach Absatz 1 abgezogenen und die nach Absatz 2 abziehbaren Beträge und vermehrt um den auf den Schluss des vorangegangenen Veranlagungszeitraums festgestellten verbleibenden Verlustvortrag (§ 10d IV 2 EStG). Bei der Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags sind die Besteuerungsgrundlagen so zu berücksichtigen, wie sie den Steuerfestsetzungen des Veranlagungszeitraums, auf dessen Schluss der **verbleibende Verlustvortrag** festgestellt wird, und des Veranlagungszeitraums, in dem ein Verlustrücktrag vorgenommen werden kann, zu Grunde gelegt worden sind; § 171 X, § 175 I 1 Nr. 1 und § 351 II AO sowie § 42 FGO gelten entsprechend (§ 10d IV 4 EStG). Nach § 10d IV 5 EStG dürfen die Besteuerungsgrundlagen bei der Feststellung des gesonderten Verlustvortrags nur insoweit abweichend von der Einkommensteuerfestsetzung berücksichtigt werden, wie die Aufhebung, Änderung oder Berichtigung der Steuerbescheide ausschließlich mangels Auswirkung auf die Höhe der festzusetzenden Steuer unterbleibt. Dies gilt nach § 52 XXV 5 EStG i.d.F. des JStG 2010 für alle Verluste, für die nach dem 13.12.2010 eine Erklärung zur Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags abgegeben wird.

Mit der Regelung des § 10d IV 4 EStG wird eine **inhaltliche Bindung des Verlustfeststellungsbescheids an den Einkommensteuerbescheid** erreicht, obwohl der Einkommensteuerbescheid kein Grundlagenbescheid ist. Die Besteuerungsgrundlagen sind im Feststellungsverfahren so zu berücksichtigen, wie sie der letzten bestandskräftigen Einkommensteuerfestsetzung zu Grunde liegen. Die Verlustfeststellung entfällt, wenn der Einkommensteuerbescheid des betroffenen Veranlagungszeitraums nicht mehr änderbar ist. Nach der Regelung des § 10d IV 5 EStG dürfen die Besteuerungsgrundlagen bei der Feststellung des gesonderten Verlustvortrags nur insoweit abweichend von der Einkommensteuerfestsetzung des Verlustentstehungsjahrs berücksichtigt werden, wie die Aufhebung, Änderung oder Berichtigung der Steuerbescheide ausschließlich mangels Auswirkung auf die Höhe der festzusetzenden Steuer unterbleibt. Ist eine Änderung des Einkommensteuerbescheids unabhängig von der fehlenden betragsmäßigen Auswirkung auch verfahrensrechtlich nicht möglich, bleibt es bei der in § 10d IV 4 EStG angeordneten Bindungswirkung (so auch Meyer/Ball, Deutsches Steuerrecht –DStR– 2011, 345, 348).

Die **Bindungswirkung** greift damit nach dem Wortlaut des Gesetzes in § 10d IV 4 1. Halbsatz EStG nur ein, wenn die streitigen Besteuerungsgrundlagen "den Steuerfestsetzungen des Veranlagungszeitraums (...) zu Grunde gelegt worden sind". Die Bindungswirkung setzt daher voraus, dass eine **Einkommensteueranmeldung** (ggf. mit einer festzusetzenden Steuer von 0 EUR) **durchgeführt**

worden ist. Wurde für das **Verlustentstehungsjahr** hingegen **keine Einkommensteuerveranlagung** durchgeführt oder wurde die durchgeführte Veranlagung wegen Ablaufs der Festsetzungsverjährung wieder aufgehoben, werden keine Besteuerungsgrundlagen einer Einkommensteuerveranlagung zu Grunde gelegt, mithin kann daher auch **keine Bindungswirkung** entstehen, so dass der Erlass eines Verlustfeststellungsbescheids weiterhin möglich ist (vgl. Heuermann, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 10d Rn. A 335; Blümich/Schlenker, § 10d EStG Rn. 225; Gassen in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, § 10d Rn. 87; Hallerbach in Herrmann/Heuer/Raupach, § 10d EStG Rn. 127; Meyer/Ball, DStR 2011, 345, 348; Schmidt/Heinicke, EStG, 33. Aufl., § 10d Rn. 48; Sikorski, Neue Wirtschafts-Briefe 2011, 2191, 2198).

Daran gemessen ist im Streitfall die Durchführung einer Verlustfeststellung auf die streitigen Feststellungszeitpunkte 31.12.2005, 31.12.2006 und 31.12.2007 möglich. Denn eine Einkommensteuerveranlagung, die mit ihrer Bindungswirkung der Berücksichtigung der streitigen Besteuerungsgrundlagen entgegensteht, ist mit der Aufhebung der Einkommensteuerbescheide 2005 bis 2007 nicht mehr vorhanden.“ (BFH aaO.)

EStG

§ 10d IV 4, 5 EStG

**Billigkeitserlass**

**Auch nicht bei europarechtswidrigem Urteil**

EStG

(BFH in IStR 2015, 321; Urteil vom 21.01.2015 – X R 40/12)

Es ist weder ermessensfehlerhaft noch verstößt es gegen Unionsrecht, wenn das FA es ablehnt, die unionsrechtswidrige, aber durch letztinstanzliche Entscheidung des BFH rechtskräftig gewordene Versagung des Sonderausgabenabzugs für Schulgeld, das an Privatschulen in anderen Mitgliedstaaten gezahlt wurde, im Billigkeitswege dadurch zu korrigieren, dass es die entsprechende Steuer erstattet.

Nach § 227 AO können die Finanzbehörden Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis ganz oder zum Teil erlassen, wenn deren Einziehung nach Lage des einzelnen Falls unbillig wäre; unter den gleichen Voraussetzungen können bereits entrichtete Beträge erstattet oder angerechnet werden. Die Unbilligkeit kann in der Sache liegen oder ihren Grund in der wirtschaftlichen Lage des Steuerpflichtigen haben. In der wirtschaftlichen Situation des Steuerpflichtigen liegende (persönliche) Billigkeitsgründe sind weder geltend gemacht noch erkennbar, so dass allein sachliche Unbilligkeit in Betracht kommen kann.

### I. sachliche Unbilligkeit

„Sachliche Unbilligkeit liegt vor, wenn nach dem **erklärten oder mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers** angenommen werden kann, dass er die im Billigkeitswege zu entscheidende Frage – hätte er sie geregelt – im Sinne der beabsichtigten Billigkeitsmaßnahme entschieden hätte oder wenn angenommen werden kann, dass die Einziehung der Steuer den **Wertungen des Gesetzgebers widerspricht** (stRspr des BFH, vgl. jüngst Senatsurt. v. 19.10.2010 – X R 9/09, BFH/NV 2011, 561 = BeckRS 2011, 94396, unter II.1.a m.w.N.). Dies wiederum kann seinen Grund entweder in Gerechtigkeitsgesichtspunkten oder in einem Widerspruch zu dem der gesetzlichen Regelung zugrunde liegenden Zweck haben. **§ 227 AO ermächtigt allerdings nicht zur Korrektur des Gesetzes.** Der Erlass ist daher nur zulässig, wenn die Einziehung der Steuer zwar dem Gesetz entspricht, aber infolge eines Gesetzesüberhangs den Wertungen des Gesetzgebers derart zuwiderläuft, dass sie unbillig erscheint (BFH in BeckRS 2011, 94396, unter II.1.a).“ (BFH aaO.)

### II. Unbilligkeit bei bestandskräftigem Urteil

Die Frage, ob ein Erlass aus Billigkeitsgründen gemäß § 227 AO auch möglich ist, wenn ein rechtskräftiges Urteil dem inhaltlich entgegensteht, wird in der BFH-Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.

„Nach Auffassung des VIII. Senats kommt ein Erlass aus Billigkeitsgründen nicht mehr in Betracht, soweit über die Rechtmäßigkeit der **Steuerfestsetzung bereits rechtskräftig entschieden** worden ist. Ein Erlass gemäß § 227 I AO bei bestandskräftiger Steuerfestsetzung setze nicht nur voraus, dass die Steuerfestsetzung offensichtlich und eindeutig falsch sei. Es müsse vielmehr hinzukommen, dass es für den **Steuerpflichtigen nicht möglich und unzumutbar gewesen** sei, sich gegen die Fehlerhaftigkeit rechtzeitig zu wehren. Daraus ergebe sich im Umkehrschluss, dass in den Fällen ein Erlass aus Billigkeitsgründen nicht in Betracht komme, in denen über die Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzung bereits rechtskräftig entschieden worden sei. Insofern seien die **Beteiligten gemäß § 110 I Nr. 1 FGO an die Rechtskraft des Urteils gebunden** (s. BFH v. 11.5.2011 – VIII B 156/10, BFH/NV 2011, 1537 = BeckRS 2011, 95770). Die Frage, ob und inwieweit die Rechtskraft eines Urteils einer Billigkeitsmaßnahme entgegensteht, wurde **von anderen Senaten des BFH** – soweit sie überhaupt als problematisch angesehen wurde – ausdrücklich **offengelassen**, weil die Voraussetzungen des § 227 AO in den jeweiligen Sachverhalten schon aus anderen Gründen nicht gegeben waren (vgl. zB BFH v. 22.9.1976 – I R 68/74, BFHE 120, 200, BStBl. II 1977, 15 = DStR 1977, 105; und v. 31.10.1990 – I R 3/86, BFHE 163, 478, BStBl. II 1991, 610 = DStR 1991, 1013).“ (BFH aaO.)

### III. Begrenzung auf seltene Ausnahmefälle

Selbst wenn eine Billigkeitsmaßnahme, die sich über die Rechtskraft eines Urteils hinwegsetzen würde, grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein sollte, dürfte sie nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommen, da bei der Prüfung der sachlichen Unbilligkeit berücksichtigt werden muss, welcher hohen Stellenwert der Gesetzgeber der Rechtskraft beimisst.

„Eine Billigkeitsmaßnahme kann daher nur bei einem Urteil in Betracht kommen, welches so **offenbar unrichtig** ist, dass dessen **Fehlerhaftigkeit ohne Weiteres erkannt** werden konnte. Im Streitfall ist eine derartige offensichtliche inhaltliche Unrichtigkeit eines letztinstanzlichen Urteils nicht gegeben. Nicht nur im Zeitpunkt des Senatsurteils in DStRE 1997, 794, sondern bis zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Europäische Kommission Anfang Januar 2004 wurde die Begrenzung der Abziehbarkeit von Schulgeldzahlungen auf inländische Privatschulen von der Rechtsprechung – trotz einiger kritischer Stimmen im Schrifttum (vgl. z.B. Meilicke DB 1994, 1011; ders. DStZ 1996, 97) – als mit dem Unionsrecht vereinbar angesehen (FG Köln v. 28.06.2001 – 7 K 8690/99, DStRE 2004, 875; und FG Münster v. 26.02.2003 – 1 K 1545/01 E, EFG 2003, 1084 = BeckRS 2003, 11609).“ (BFH aaO.)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Vuia:** Praxisrelevante Probleme bei der Rückabwicklung von Kaufverträgen über Gebrauchtwagen (in: NJW 2015, 1047)

Gebrauchtwagen und ihre Mängel sind ein steter Quell des Streits. Nach der Abschaffung der eher schwerfälligen Wandelung bietet das seit dem 01.01.2002 geltende Recht dem Käufer zwar die Möglichkeit, sich durch Erklärung des Rücktritts einseitig vom Vertrag zu lösen (§§ 437 Nr. 2, 323 I Alt. 2 BGB). Jedoch muss der Käufer dabei zahlreiche rechtliche Hürden überwinden. Dies stellt sowohl die rechtsberatende als auch die rechtsprechende Praxis vor typische Probleme, die in dem Beitrag untersucht werden.

2. **Schröder:** Setzt der BGH § 535 BGB teilweise außer Kraft? (in ZMR 2015, 93)

Die BGH-Entscheidungen BGH vom 22.07.2014, VIII ZR 313/13, BGH vom 22.01.2014 – VIII ZR 391/12 und BGH vom 02.07.2014 – VIII ZR 316/13 müssten eigentlich dazu führen, dass man sich als Mietrechtler verwundert die Augen reibt. Es scheint, als setze der BGH § 535 BGB, dort die Lastenverteilung zwischen Vermieter und Mieter bezogen auf Versorgungsleistungen außer Kraft.

Bis in das Jahr 2012 hinein gab es nach Auffassung des Autors eine einheitliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der davon ausging, typischer Weise Partner eines Versorgungsvertrages mit einem Versorgungsunternehmen für Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme sei der Eigentümer eines mit einem Mietshaus bebauten Grundstückes.

Zudem komme ein konkludenter Abschluss eines Energielieferungsvertrages durch Entnahme des von dem Netzbetreiber zur Verfügung gestellten Stroms grundsätzlich dann nicht in Betracht, wenn der Abnehmer eine Stromlieferung von einem Dritten annehmen dürfe.

Nun ist zu sehen, dass der BGH im Jahre 2014 mittlerweile 3 Entscheidungen getroffen hat, die von dieser bisherigen ständigen Rechtsprechung des BGH abweichen, andererseits aber gar nicht kenntlich machen, dass der BGH eine komplette Kehrtwendung vollziehen möchte. Er kennzeichnet das auch nicht im Ansatz.

3. **Hoffmann:** Die Entwicklung des Internetrechts bis Ende 2014 (NJW 2015, 530)

Der Beitrag stellt die aktuellen Entwicklungen des Internetrechts im zweiten Halbjahr 2014 dar und knüpft an den Bericht in NJW 2014, 2482 an. Der Schwerpunkt liegt bei zivilrechtlichen Entscheidungen des EuGH und des BGH. Besonderes Aufsehen erregten dabei mehrere Entscheidungen des BGH zum Abbruch von Internetauktionen sowie zu Ärztebewertungsportalen.

4. **Pötter und Sura:** Das Praktikum im neuen Gewand – Praxiseinblicke zwischen Mindestlohn und prekärem Beschäftigungsverhältnis (NJW 2015, 517)

Durch das seit dem 01.01.2015 geltende Mindestlohngesetz (MiLoG) sind Praktika wieder verstärkt in den beschäftigungspolitischen Fokus gerückt. Die in der endgültigen Gesetzesfassung getroffenen Regelungen bieten dabei zwar erstmals eine dezidierte legislative Auseinandersetzung mit verschiedenen Praktikumsformen, machen gleichzeitig aber auch einmal mehr den Mangel an anderweitigen arbeitsrechtlichen Parametern deutlich – Gelegenheit, die neue Rechtslage einer kritischen Betrachtung zu unterziehen, vor allem in Bezug auf die divergierende Vergütungssituation unterschiedlicher Praktikantentypen.

### II. Strafrecht

1. **Allgayer:** Mitteilungen nach § 243 IV StPO und ihre revisionsgerichtliche Kontrolle (in: NStZ 2015, 185)

Das BVerfG hat im Urteil des Zweiten Senats vom 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10 u. a. und einer Handvoll Kammerbeschlüssen Ausführungen dazu gemacht, wie § 243 IV StPO auszulegen und durch die Fachgerichte anzuwenden ist. Der Beitrag geht den Fragen nach, inwieweit die fachgerichtliche Rspr. mit dieser Erwartungshaltung unvereinbar sein könnte und welche weiteren Konsequenzen sich aus diesen Entscheidungen ergeben. Dies betrifft insbesondere die revisionsrechtliche Beruhensprüfung.

Das BVerfG hat ausgeführt, dass die Schutzmechanismen zur Verständigung im Strafverfahren „bei der gebotenen präzisierenden Auslegung erwarten lassen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Strafprozesses erfüllt werden“. Dieser Erwartungshaltung hat es zwischenzeitlich durch mehrere Kammerentscheidungen insbesondere zur Auslegung und Anwendung des § 243 IV StPO Nachdruck verliehen. Ausgehend von den allgemeinen Erwägungen des BVerfG zu den Regelungs- und Schutzzwecken der §§ 243 IV, 273 I a StPO wird im Beitrag erörtert, welche Folgerungen aus dessen Entscheidungen für die Mitteilung und Protokollierung durch das Tatgericht und die revisionsrechtliche Prüfung zu ziehen sind.

**2. Schmidt:** Persönlicher Schadenseinschlag bei Betrug und Untreue (in: NJW 2015, 284)

Die Frage, ob und inwieweit bei den Straftatbeständen des Betrugs und der Untreue normative Gesichtspunkte zur Ermittlung eines Schadens oder Vermögensnachteils berücksichtigt werden können, beurteilte sich seit dem Beschluss des 4. BGH-Strafsenats vom 16.08.1961 (BGHSt 16, 321 = NJW 1962, 309) nach den Grundsätzen des persönlichen Schadenseinschlags. Die Verfassungsmäßigkeit einer hierauf gestützten Schadensbegründung hat der 5. Strafsenat des BGH nunmehr in Zweifel gezogen. Zugleich hat er den Anwendungsbereich dieser in mehrfacher Hinsicht praxisrelevanten Rechtsfigur eingeschränkt. Die Judikatur des 5. Senats hat das Potenzial, zu einer fundamentalen Änderung der Schadensdogmatik zu führen. Der Beitrag kommt zu dem Ergebnis, dass keine Notwendigkeit besteht, die bisherige Rechtsprechung zu ändern.

**3. Meyer:** Die Vernehmung der richterlichen Verhörsperson trotz § 252 StPO (in: StV 2015, 319)

Bereits im Studium lernt jeder Student der Rechtswissenschaften, dass hinsichtlich der Zulässigkeit der Vernehmung einer Verhörsperson über frühere Angaben eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht Gebrauch macht, die Aussage gem. § 52 StPO zu verweigern, differenziert werden muss. Die Vernehmung einer richterlichen Verhörsperson wird unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtet, die Vernehmung eines nichtrichterlichen Zeugen hingegen nicht. Aufgrund der gefestigten ständigen Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage wird dies allgemein so akzeptiert und kaum noch hinterfragt. Es lohnt sich jedoch, einen Blick auf die Entwicklung dieser differenzierenden Rechtsprechung zu werfen und darüber nachzudenken, ob die unterschiedliche Behandlung richterlicher und nichtrichterlicher Verhörspersonen tatsächlich gerechtfertigt ist.

### III. Öffentliches Recht

**1. Lent:** Der Auskunftsanspruch der elektronischen Presse gegenüber Behörden (in: LKV 2015, 145)

Journalistische Auskunftsansprüche gegenüber Behörden sind häufig Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Auseinandersetzungen. Kläger sind dabei nicht mehr nur Vertreter der klassischen Medien Presse und Rundfunk, weil die Grenzen zwischen publizistischen und anderen Anbietern im Internet zunehmend unscharf werden. Der folgende Beitrag erläutert, wer zu den Auskunftsberechtigten und Auskunftsverpflichteten eines online-journalistischen Auskunftsanspruchs nach § 55 III i. V. m. § 9 a RStV gehört, welche behördlichen Einwände geltend gemacht werden können und welche Rechtsschutzmöglichkeiten bei einer Auskunftsverweigerung bestehen.

**2. Hettlage:** Die „personalisierte“ Verhältniswahl schafft sich ab (in: DÖV 2015, S. 329)

– Kritische Anmerkungen zur Reform des Wahlrechts für den Deutschen Bundestag –

Die Praxis des Stimmensplittings im dualen Wahlsystem mit Erst- und Zweitstimme ist nach Ansicht des Autors mit der personalisierten Verhältniswahl unvereinbar und widerspricht schon dem Wortlaut von § 1 I BWahlG, mit dem eine „mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl“ angeordnet wird. Das schließt die unverbundene Abgabe beider Stimmen aus. Weiter kritisiert er das in das BWahlG neu aufgenommene Rechtsinstitut der Ausgleichsmandate. Niemand ist befugt, nach der Wahl den Willen der Wähler „auszugleichen“, ohne dass auch über den Ausgleich abgestimmt wurde.

**3. Lege:** Abkehr von der „sog. Abwägungsfehlerlehre“? (in: DÖV 2015, S. 361)

Dieser Beitrag wendet sich bewusst nicht nur an erfahrene Baurechtler (oder gequälte Examenkandidaten). Denn Teile des öffentlichen Baurechts, insbesondere die sog. Abwägungsfehlerlehre zu § 1 VII BauGB, haben sich über die Jahrzehnte zu einer Geheimwissenschaft entwickelt, die so schwer zu handhaben ist, dass man vom Ideal rechtsstaatlicher Klarheit weit entfernt ist. Das gilt sowohl für die Gesetzgebung als auch für die Rechtsprechung (die den Anstoß zu dieser Fehlentwicklung gegeben hat). Umso mehr tut es Not, mit der Distanz akademischer Rechtswissenschaft die Mängel zu benennen

und allen billig und gerecht Denkenden den Zugang zur Dogmatik zu ebnen. Am Ende steht das Plädoyer, lieb gewordenen Wortballast über Bord zu werfen und sich dort, wo Generalklauseln auszufüllen sind, eher auf „reasoning from case to case“ zu verlassen statt auf „intensionale Überdetermination“.

4. **Grüner** Die Länderöffnungsklausel im BauGB (in: NVwZ 2015, 108)

Am 01.08.2014 trat die so genannte Länderöffnungsklausel in Kraft, die den Ländern ermöglicht, fortan den räumlichen Geltungsbereich der Außenbereichsprivilegierung für die Windenergie einzuschränken. Der Beitrag zeigt den historischen sowie verfassungsrechtlichen Hintergrund auf.

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

1. **Seifert:** § 765a im Verfahren der Räumungsvollstreckung und der Zwangsversteigerung - Zum Missbrauch durch den unbegründeten Suizideinwand des Schuldners-(in: Rpfleger 2015, 237)

Immer dann, wenn der Beschwerderichter eine Zwangsversteigerungsakte oder eine Räumungsakte mit dem Problem Suizideinwands des Schuldners auf dem Tisch bekommt, wird ihm zumeist sofort klar, dass er diesen Fall eigentlich nicht lösen kann. Grundrechte, die den Schuldner einerseits und den Gläubiger andererseits schützen, kann er in solch einem Fall sehr selten sachgerecht abwägen. Nach Einholung eines Gutachtens, das die Suizidgefahr fast immer bejaht, schließt er sich meistens der Einschätzung des Sachverständigen an und stellt das Verfahren zeitlich befristet, ohne eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Auflagenerteilung, unter der Auflage der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung sowie des Berichts hierüber ein. Das Verfahren ist damit beendet. Der Fall ist damit aber nicht gelöst, da zumeist eine einmalige Einstellung nicht ausreicht und eine Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens erst erfolgen kann, wenn eine Verletzung von Art. 2 II 1 GG auf Seiten des Schuldners ausgeschlossen ist. Letzteres gelingt allerdings kaum.

Die in der Praxis immer häufiger auftretenden Probleme sind auch dem Gesetzgeber nicht verborgen geblieben. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz prüft derzeit den Reformbedarf des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Die Vorschrift des § 765a ZPO wird in diese Prüfung einbezogen.

Der Beitrag beschreibt den vor 35 Jahren erfolgten Beginn des Vollstreckungsschutzes nach § 765a ZPO bei einem Suizideinwand in der Räumungsvollstreckung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Er zeigt die gegenwärtigen Praxisprobleme unter dem Jahr 2014 aber auch aus der Sicht des Autors als Beschwerderichter auf. Außerdem versucht der Beitrag Lösungsvorschläge u.a. für den Gesetzgeber bei der anstehenden Reform des ZVG, in den auch § 765a ZPO einbezogen ist, aufzuzeigen.

2. **Schmid:** Der Urkundenprozess für Mietnebenkosten (in: ZMR 2015, 186)

Der Urkundenprozess bietet für den Kläger zahlreiche Vorteile. Neben der Straffung des Verfahrens und der Beschränkung der Beweismittel für Einwendungstatsachen des Beklagten besteht der Vorteil für den Kläger auch darin, dass er nach § 708 Nr. 4 ZPO ein ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbares Urteil erhält. Eine Abwendung der Vollstreckung durch Sicherheitsleistung des Beklagten nach § 711 ZPO verschafft dem Kläger wenigstens eine Sicherheit. Allerdings drohen dem Kläger für den Fall des endgültigen Unterliegens Schadenersatzansprüche nach § 600 III, § 302 IV 2 ZPO.

3. **Fritzsche:** Bestimmung der Rechtswegzuständigkeit und der anzuwendenden Verfahrensordnung (in: NJW 2015, 586)

Eine neuere Entscheidung des BGH gibt Anlass, die Kriterien der Rechtswegzuständigkeit eines Gerichts und der von ihm anzuwendenden Verfahrensordnung näher zu beleuchten. Dem steht infolge der Einfügung von § 17 a VI GVG die Abgrenzung sowohl zwischen einzelnen dort genannten als auch ebenda nicht aufgezählten Bereichen innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit gleich.

# 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



