



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

40. Jahrg.

Juli 2015

Heft 07

---

## Aus dem Inhalt

- BGH:** Rechtsprechungswende bei Schönheitsreparaturen
- BGH:** Korrektur des Rücktrittshorizonts
- BVerfG:** Auskunftsanspruch des Scheinvaters
- BVerfG:** Zugang zu mandatsbezogenen Informationen
- BGH:** Ersatzzustellung in Geschäftsraum
- OLG Rostock:** Pflicht des Zeugen zum Erscheinen
- BVerwG:** Fortsetzungsfeststellungsklage in der Berufung

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 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten  
Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Brandaktuell

BGH:	Nichtigkeit wegen Schwarzarbeit (Auch bei Mängeln kein Rückzahlungsanspruch).....	3
------	--	---

### Zivilrecht

BGH:	Abwälzbarkeit von Schönheitsreparaturen (Rechtsprechungswende).....	4
------	--	---

BGH:	Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen (Erbunwürdigkeit).....	9
------	--	---

### Strafrecht

BGH:	Anforderungen an Vorsatz (Bedingter Tötungsvorsatz und gefährliche Körperverletzung).....	13
------	--	----

BGH:	Korrektur des Rücktrittshorizonts (Flucht des Tatopfers nach der letzten Ausführungshandlung).....	15
------	---	----

### Öffentliches Recht

BVerfG:	Auskunftsanspruch des Scheinvaters (Mutter muss keine Angaben über sexuelle Beziehungen machen).....	16
---------	---	----

BVerwG:	Informationszugangsanspruch (Zugang zu mandatsbezogenen Informationen).....	20
---------	--	----

### Kurzauslese I

BGH:	Immobilienleasing oder Gewerbemiete (Abgrenzungskriterien).....	24
------	--	----

BGH:	AGB bei Gebrauchtwagenkauf (Keine vollständige Haftungsfreizeichnung).....	25
------	---	----

BGH:	Unwirksame Schadenspauschalierungs-AGB (Verlust eines „Chip-Schlüssels“ fürs Schwimmbad).....	26
------	--	----

KG:	Körperverletzungsvorsatz bei Schütteln eines Säuglings (Absehen von Strafe).....	27
-----	---	----

BGH:	Konkurrenzen bei Waffendelikten (Besitz mehrerer Waffen).....	27
------	--	----

BGH:	Verstoß gegen Doppelverwertungsverbot (Berücksichtigung direkten Tötungsvorsatzes als strafscharfend).....	28
------	---	----

BGH:	Vortatbeendigung (Grenze für Anwendungsbereich des räuberischen Diebstahls).....	28
------	---	----

OLG Zweibrücken:	Gegendarstellungsanspruch (verdeckte Tatsachenbehauptung in Frageform).....	29
------------------	--	----

OVG Lüneburg:	Verwaltungsvollstreckungsverfahren (Beachtlichkeit materiellen Einwendungen).....	30
---------------	--	----

## Zivilrecht

BGH:	Ersatzzustellung in Geschäftsraum („Nicht-antreffen“ des Zustellungsadressaten).....	31
BGH:	Wirkung der Streitverkündung (Nur gegen Streitverkündete Partei).....	35

## Strafrecht

OVG Lüneburg:	Erkennungsdienstliche Behandlung (Nicht aufgrund Zufallserkenntnissen über Dritten).....	38
OLG Rostock:	Pflicht des Zeugen zum Erscheinen (Auch bei Aussageverweigerungsrecht).....	41

## Öffentliches Recht

BVerwG:	Fortsetzungsfeststellungsklage in der Berufung (Erledigung einer Verpflichtungsklage).....	43
OVG Münster:	Materielle Präklusion (Erhebung von Einwänden bei Planfeststellung).....	47

## Kurzauslese II

LG München:	Räumungsvergleich (Keine gerichtliche Verkürzung analog § 794a ZPO).....	49
BGH:	Restschuldbefreiung (nicht ohne Insolvenzeigenantrag).....	50
KG:	Addition von Regelfahrverboten (Nicht bei verschiedenen Bußgeldtatbeständen).....	51
OLG Rostock:	Arglistiges Verteidigungsverhalten (Unübersichtlicher Schriftsatz).....	51
BGH:	Anforderungen an Beweismündigkeit (Beuteerhaltungsabsicht).....	52
BSG:	Bindungswirkung der Sozialgerichte an Gutachten (Nicht bei Gutachten von MedicProof zur Pflegebedürftigkeit).....	53
VGH Mannheim:	Abänderung der einstweiligen Anordnung (Auch im Normenkontrollverfahren möglich).....	53
OVG Greifswald:	Stundung von öffentlich Abgaben oder Kosten (Rücknahme oder Widerruf nicht sofort vollziehbar).....	53

## Weitere Schrifttumsnachweise ..... 55

Überblick:	Grundbegriffe des Versammlungsrechts.....	56
------------	---	----

## Aus der mündlichen Prüfung

Referendarprüfung:	Strafrecht.....	59
Assessorprüfung:	Öffentliches Recht.....	60

## Brandaktuell

BGB

§ 812 I 1 1. Fall

### Nichtigkeit wegen Schwarzarbeit Auch bei Mängeln kein Rückzahlungsanspruch

SR BT

(BGH in Pressemitteilung Nr. 095/2015 vom 15.06.2015; Urteil vom 11.06.2015 – VII ZR 216/14)

Wenn ein **Werkvertrag wegen Schwarzarbeit nichtig** ist (§ 1 II Nr. 2 SchwarzArbG) steht dem Besteller, der den Werklohn bereits gezahlt hat, gegen den Unternehmer auch dann **kein Rückzahlungsanspruch** unter dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung zu, wenn die **Werkleistung mangelhaft** ist.

**Fall:** Der Kläger beauftragte den Beklagten 2007 mit der Ausführung von Dachausbauarbeiten. Vereinbart wurde ein Werklohn von 10.000 € ohne Umsatzsteuer. Der Beklagte führte die Arbeiten aus und stellte eine Rechnung ohne Steuerausweis. Der Kläger zahlte den geforderten Betrag. Mit der Klage begehrt er jetzt Rückzahlung von 8.300 € wegen Mängeln der Werkleistung. Zu Recht?

Der Kläger könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Rückzahlung wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 I 1 1. Fall BGB haben.

#### I. Nichtigkeit des Vertrages

Der Werkvertrag ist nach § 134 BGB wegen des Verstoßes gegen das Verbot des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG nichtig.

*„Der Beklagte hat bewusst gegen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen, indem er mit dem Kläger, der dies auch zu seinem Vorteil ausgenutzt hat, vereinbart, dass für den Werklohn keine Rechnung mit Steuerausweis gestellt und keine Umsatzsteuer gezahlt werden sollte.“* (BGH aaO.)

#### II. Keine Mängelansprüche

*„Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass in solchen Fällen weder Mängelansprüche des Bestellers noch Zahlungsansprüche des Werkunternehmers bestehen (BGH, Urteile vom 01.08.2013 – VII ZR 6/13 und vom 10.04.2014 – VII ZR 241/13, vgl. Pressemitteilungen vom 01.08.2013 und vom 10.04.2014).“* (BGH aaO.)

#### III. Ungerechtfertigte Bereicherung wegen Mangelhaftigkeit

Dem Kläger (Besteller) steht auch kein Anspruch auf Ausgleich der Bereicherung des Beklagten (Unternehmers) zu, die darin besteht, dass er für die mangelhafte Werkleistung zu viel bezahlt hat.

*„Zwar kann ein Besteller, der aufgrund eines nichtigen Vertrags Leistungen erbracht hat, von dem Unternehmer grundsätzlich die Herausgabe dieser Leistungen verlangen. Dies gilt jedoch gem. § 817 S. 2 BGB nicht, wenn der Besteller mit seiner Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat. Das ist hier der Fall. Entsprechend der Zielsetzung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, die Schwarzarbeit zu verhindern, verstößt nicht nur die vertragliche Vereinbarung der Parteien gegen ein gesetzliches Verbot, sondern auch die in Ausführung dieser Vereinbarung erfolgende Leistung, somit auch die Zahlung.“*

*Der Anwendung des § 817 S. 2 BGB stehen die Grundsätze von Treu und Glauben nicht entgegen. Die Durchsetzung der vom Gesetzgeber mit dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz verfolgten Ziele, die Schwarzarbeit effektiv einzudämmen, erfordert eine strikte Anwendung dieser Vorschrift. Insoweit ist eine andere Sicht geboten, als sie vom Senat noch zum Bereicherungsanspruch nach einer Schwarzarbeiterleistung vertreten wurde, die nach der alten Fassung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit zu beurteilen war (BGH, Urteil vom 31.05.1990 – VII ZR 336/89).“* (BGH aaO.)

Ein Anspruch des Klägers nach § 812 I 1 1. Fall BGB ist nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen.

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 535 I 2

### Abwälzbarkeit von Schönheitsreparaturen Rechtsprechungswende

SR BT

(BGH in NJW 2015, 1594; Urteil vom 18.03.2015 – VIII ZR 185/14)

1. Die formularvertragliche Überwälzung der Verpflichtung zur Vornahme laufender Schönheitsreparaturen einer dem Mieter **unrenoviert oder renovierungsbedürftig** überlassenen Wohnung hält der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 I 1, II Nr. 1 BGB nicht stand, sofern der Vermieter dem Mieter **keinen angemessenen Ausgleich** gewährt.
2. **Unrenoviert oder renovierungsbedürftig** ist eine Wohnung nicht erst dann, wenn sie übermäßig stark abgenutzt oder völlig abgewohnt ist. Maßgeblich ist, ob die dem Mieter überlassene Wohnung Gebrauchsspuren aus einem vorvertraglichen Zeitraum aufweist, wobei solche Gebrauchsspuren außer Acht bleiben, die so unerheblich sind, dass sie bei lebensnaher Betrachtung nicht ins Gewicht fallen. Es kommt letztlich darauf an, ob die überlassenen Mieträume den **Gesamteindruck einer renovierten Wohnung** vermitteln.
3. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen unterliegt die Beurteilung, ob eine Wohnung dem Mieter unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassen worden ist, einer in erster Linie dem Tatrichter vorbehaltenen **Gesamtschau unter umfassender Würdigung aller für die Beurteilung des Einzelfalls** maßgeblichen Umstände.
4. Beruft der **Mieter** sich auf die Unwirksamkeit der Renovierungsklausel, obliegt es ihm, darzulegen und im Bestreitensfall zu **beweisen**, dass die **Wohnung bei Mietbeginn unrenoviert oder renovierungsbedürftig war**. Die Darlegungs- und Beweislast für die Gewährung einer angemessenen Ausgleichsleistung trifft den Vermieter.

**Fall:** Die Bekl. waren seit dem 01.10.2002 Mieter einer aus vier Zimmern nebst Küche, Diele, Bad und Balkon bestehenden Wohnung der Kl. in Berlin. Die Parteien vereinbarten eine Monatsmiete von 504,71 € sowie eine monatliche Betriebskostenvorauszahlung von 132,53 €. Der Mietvertrag (MV) enthält unter anderem folgende Formularbestimmungen:

*§ 4. Nr. 6. Der Mieter ist verpflichtet, die während des Mietverhältnisses anfallenden Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten durchzuführen.*

*Die Schönheitsreparaturen sind fachgerecht und wie folgt auszuführen: Tapezieren, Anstreichen der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, der Heizkörper einschließlich der Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen.*

*§ 14. Nr. 1. Im Allgemeinen werden Schönheitsreparaturen in den Mieträumen in folgenden Zeitabständen erforderlich:*

- in Küchen, Bädern und Duschen alle 3 Jahre,
- in Wohn- und Schlafräumen, Fluren und Toiletten alle 5 Jahre,
- in anderen Nebenräumen alle 7 Jahre.

Unter § 12 Nr. 2 MV ist nach dem vorgedruckten Text „Hinsichtlich des Zustandes der Mietsache werden folgende Feststellungen getroffen:“ handschriftlich ergänzt: „Der Mietvertrag wird per 01.10.2002 geschlossen. Mietzahlung ab 15.10.2002, da Mieter noch Streifarbeiten in 3 Zimmern vornimmt.“ Die Bekl. kündigten das Mietverhältnis zum 30.11.2011 und gaben die Wohnung am 29.12.2011 zurück. Mit Schreiben vom 06.01.2012 forderten die Kl. die Bekl. unter Fristsetzung bis zum 25.01.2012 unter anderem zur Vornahme näher bezeichneter Schönheitsreparaturen auf. Die Kl. haben auf der Basis eines Kostenvoranschlags eines Malerbetriebs vom 06.02.2012 Schadensersatz für nicht beziehungsweise nicht fachgerecht vorgenommene Schönheitsreparaturen verlangt. Die Bekl. haben unter Beweisantritt geltend gemacht, die Wohnung in renovierungsbedürftigem Zustand übernommen zu haben; die bei Mietbeginn erforderliche Renovierung sei durch die Gegenleistung der Kl. in Form eines zweiwöchigen Mieterlasses nicht abgegolten worden. Kann der Kl. Schadensersatz geltend machen?

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB haben, wenn die Bekl. mit der Erfüllung einer ihnen nach dem Mietvertrag obliegenden Pflicht in Verzug sind. Hier sind die Bekl. nach dem Mietvertrag **verpflichtet, Schönheitsreparaturen durchzuführen**.

Wenn die Übertragung dieser Verpflichtung auf sie wirksam ist, schuldeten Sie deren Durchführung. Die Nichterfüllung dieser Pflicht trotz erfolgter Aufforderung würde dann eine schuldhaftige Pflichtverletzung darstellen, die einen Schadensersatzanspruch des Bekl. begründen würde.

Fraglich ist aber, ob die Pflicht zur Durchführung der Schönheitsreparaturen hier **wirksam auf die Bekl. übertragen** wurden. Diese Regelung ist in einem Formularvertrag erfolgt, so dass es sich um eine **Allgemeine Geschäftsbedingung** handelt, welche den Anforderungen der §§ 305 ff. BGB entsprechen muss. An der **wirksamen Einbeziehung** der Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen gem. §§ 4 Nr. 6, 14 Nr. 1 MV bestehen keine Bedenken. Da auch kein Klauselverbot nach §§ 309, 308 BGB eingreift, kommt es darauf an, ob die Klausel die Bekl. im Sinne des § 307 BGB **nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligt**.

Eine **Abweichung von der gesetzlichen Regelung** im Sinne des § 307 III BGB liegt ohne weitere vor, weil § 535 I 2 BGB die Instandhaltungspflicht dem Vermieter auferlegt, so eine Abwälzung auf den Mieter eine Änderung dieser gesetzlichen Vorgabe darstellt.

Von der unangemessenen Benachteiligung ist nach § 307 II Nr. 1 BGB auszugehen, wenn die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter mit dem **Grundgedanken der gesetzlichen Regelung**, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

### I. Frühere Rechtsprechung des BGH

Bislang hatte der BGH den Standpunkt vertreten, dass Vornahmeklauseln auch bei unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnungen der Inhaltskontrolle nach § 307 I 1, II Nr. 1 BGB jedenfalls dann standhielten, wenn der Mieter nur zu den auf seine eigene Vertragszeit entfallenden Renovierungsleistungen verpflichtet werde (BGHZ 101, 253 [268 ff.] = NJW 1987, 2575).

*„Durch Senatsbeschluss (Rechtsentscheid) vom 06.07.1988 (BGHZ 105, 71 [84 ff.] = NJW 1988, 2790) hat der Senat diese Beurteilung auf **Quotenabgeltungsklauseln** übertragen. In der Folgezeit hat der Senat seine **Rechtsprechung zu den Vornahmeklauseln mehrfach bestätigt** (NJW 2004, 2087 = NZM 2004, 497 [unter III d]; NJW 2004, 3042 = NZM 2004, 615 [unter II 2 a cc]; NJW 2005, 425 = NZM 2005, 58 [unter II 1 a]; NJW 2005, 1426 = NZM 2005, 376 [unter II]; NZM 2009, 197 = WuM 2009, 36 Rn. 2). Dies kann nicht aufrechterhalten werden.“ (BGH aaO.)*

### II. Generelle Fortgeltung der Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Schönheitsreparaturklauseln

Der BGH hält auch **weiterhin an seinem Standpunkt fest**, dass der Mieter auch bei Übernahme einer unrenovierten oder renovierungsbedürftigen Wohnung durch AGB nur zu den **auf seine eigene Vertragszeit entfallenden Renovierungsleistungen verpflichtet werden** darf. Er darf zur Vermeidung einer unangemessenen Benachteiligung – jedenfalls nicht ohne Gewährung eines angemessenen Ausgleichs durch den Vermieter – formularmäßig nicht mit der Beseitigung von Gebrauchsspuren der Wohnung belastet werden, die bereits in einem vorvertraglichen Abnutzungszeitraum entstanden sind (vgl. Rechtsentscheide BGHZ 101, 253 [265 f., 268] = NJW 1987, 2575; BGHZ 105, 71 [85 f.] = NJW 1988, 2790).

*„In der Vergangenheit hat der Senat allerdings angenommen, es sei gewährleistet, dass der Mieter einer unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung nur die auf seine eigene Vertragszeit entfallenden Renovierungsleistungen vorzunehmen habe, wenn das **Klauselwerk dahingehend ausgelegt** werden könne, dass die üblichen Renovierungsfristen **mit dem Beginn des Mietverhältnisses** zu laufen beginnen (Rechtsentscheide BGHZ 101, 253 [268 f.] = NJW 1987, 2575; BGHZ 105, 71 [84 ff.] = NJW 1988, 2790). Dabei ist der Senat von der Vorstellung ausgegangen, dass der Mieter **nur mit Renovierungsarbeiten für seine eigene Vertragslaufzeit belastet** würde, wenn die „üblichen“ Renovierungsfristen im Falle der Überlassung einer unrenovierten Wohnung an den Mietbeginn anknüpften.“ (BGH aaO.)*

### III. Rechtsprechungsänderung

An dieser Sichtweise hält der BGH nun jedoch unter Berücksichtigung der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung zu den Maßstäben der Inhaltskontrolle AGB nicht mehr fest.

#### 1. Entwicklung der Rechtsprechung

##### a) Vom starren zum flexiblen Fristenplan

*„Die Entwicklung zu einer strengeren Klauselkontrolle wird zunächst durch die Rechtsprechung des Senats zu **„flexiblen“ Renovierungsfristen** verdeutlicht. Die genannten Rechtsentscheide gingen noch davon aus, dass die **Schönheitsreparaturen nach einem bestimmten Fristenplan** ausgeführt*

werden, mithin nach (allerdings damals nicht so bezeichneten) „starren“ Fristen. Mit Urteil vom 23.06.2004 (NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653) hat der Senat seine Rechtsprechung dahin abgeändert und weiterentwickelt, dass die Wirksamkeit formularmäßiger Vorklauseln einen flexiblen Fristenplan voraussetzt, der Mieter mithin auch nach Ablauf üblicher Fristen seit der letzten Renovierung nur dann renovieren muss, wenn der Erhaltungszustand der Dekoration es erfordert. Der (Ausnahme-)Fall, dass die **Vornahme von Schönheitsreparaturen trotz Ablauf üblicher Renovierungsfristen noch nicht erforderlich** ist, wurde damit nicht mehr – wie bisher – über eine korrigierende Auslegung (§§ 133, 157 BGB) oder Anwendung von § 242 BGB vom Anwendungsbereich der Formulklausel ausgenommen, sondern führt seit der Entscheidung vom 23.06.2004 (NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653) dazu, dass die **Klausel**, weil sie auch diesen Fall erfasst und den Mieter in dieser Konstellation **unangemessen benachteiligt**, insgesamt **unangemessen und unwirksam** ist.“ (BGH aaO.)

## b) Klauselkontrolle bei unrenoviert übergebenen Wohnungen

Im Senatsurteil vom 26.09.2007 (NJW 2007, 3632 = NZM 2007, 879) hat der Senat Zweifel erkennen lassen, ob eine entsprechende Klausel bei einer unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung der Inhaltskontrolle am Maßstab von § 307 I 1, II Nr. 1 BGB standhält.

„Der Senat hat diese Bedenken damit begründet, dass entweder – wenn der Mieter während der Mietzeit keine Schönheitsreparaturen durchgeführt habe – sich am **Ende der Mietzeit nicht feststellen** lasse, in welchem Umfang die **Abnutzung durch den Mieter selbst oder durch den Vormieter** herbeigeführt worden sei, oder der Mieter – sofern er im Laufe seiner Mietzeit renoviert habe – **doppelt belastet** werde, indem er zusätzlich zu dem Schönheitsreparaturaufwand eine Kostenquote zu tragen habe, obwohl beziehungsweise weil er die von ihm (jedenfalls auch zur Beseitigung der Abnutzung durch den Vormieter) vorgenommenen Dekorationsarbeiten noch nicht vollständig abgenutzt habe (vgl. Senat, NJW 2007, 3632 = NZM 2007, 879 Rn. 20). Einer abschließenden Entscheidung, ob eine Änderung der Rechtsprechung bezüglich unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassener Wohnungen geboten ist, bedurfte es in diesem Fall nicht, weil die betreffende Wohnung renoviert übergeben worden war (Senat, NJW 2007, 3632 = NZM 2007, 879).“ (BGH aaO.)

## c) Quotenabgeltungsklausel nach Kostenvoranschlag des Vermieters

„Im Urteil vom 29.05.2013 (NJW 2013, 2505 = NZM 2013, 573) hat der Senat dann – unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung – eine Quotenabgeltungsklausel, die als **Berechnungsgrundlage den Kostenvoranschlag eines vom Vermieter auszuwählenden Malerfachgeschäfts** bestimmte, – entgegen der im Rechtsentscheid vom 06.07.1988 (BGHZ 105, 71 [82 ff.] = NJW 1988, 2790) vertretenen Auffassung – **für unangemessen erachtet** und dabei entscheidend darauf abgestellt, dass bei der Prüfung der Wirksamkeit der jeweils zu beurteilenden Abgeltungsklausel diejenige Auslegung zu Grunde zu legen sei, nach der dem vom Vermieter einzuholenden **Kostenvoranschlag verbindliche Wirkung** zukommt und es dem Mieter verwehrt ist, hiergegen Einwendungen zu erheben. Denn nach neuerer Rechtsprechung ist für die **Inhaltskontrolle einer mehrdeutigen Allgemeinen Geschäftsbedingung** nicht nur im Verbandsprozess, sondern auch im – hier gegebenen – Individualprozess von mehreren möglichen Deutungen die **kundenfeindlichste Auslegung**, also diejenige maßgebend, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt (BGHZ 176, 244 = NJW 2008, 2172 Rn. 19 m.w.N.; BGH, NJW 2009, 3716 = NZM 2009, 903 Rn. 8). Hierdurch wird zum einen § 305c II BGB Rechnung getragen, wonach sich Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders auswirken, und zum anderen vermieden, dass die Entscheidung im Individualprozess auf eine Klausel gegründet wird, die im Verbandsprozess für unwirksam zu erklären wäre (BGH, NJW 2013, 2505 = NZM 2013, 573 Rn. 20; BGHZ 176, 244 = NJW 2008, 2172).“ (BGH aaO.)

## 2. Neuer Standpunkt des BGH

Angesichts dieser Entwicklung in der Rechtsprechung hält der BGH an seiner früheren Sichtweise nicht mehr fest und ist der Auffassung, dass Formulklausel, die dem Mieter einer unrenoviert oder renovierungsbedürftig übergebenen Wohnung die Schönheitsreparaturen ohne angemessenen Ausgleich auferlegt, unwirksam (§ 307 I 1, II Nr. 1 BGB) ist.

„Denn eine solche Klausel verpflichtet den Mieter zur **Beseitigung sämtlicher Gebrauchsspuren des Vormieters** und führt – jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung – dazu, dass der Mieter die Wohnung vorzeitig renovieren oder gegebenenfalls in einem besseren Zustand zurückgeben müsste, als er sie selbst vom Vermieter erhalten hat.

Die Verpflichtung des Mieters zur Vornahme während des Mietverhältnisses anfallender Schönheitsreparaturen lässt sich bereits nach dem Wortlaut derartiger **Regelungen nicht auf nach Mietbeginn entstehende Abnutzungsspuren beschränken**. Denn sie stellen nicht auf den Zeitpunkt der Verursachung, sondern auf den Zeitpunkt der Renovierungsbedürftigkeit ab und **schließen damit den vom Vormieter mitverursachten Renovierungsbedarf ein**. Auch das hier verwendete Klauselwerk (§ 4 Nr. 6 MV) ermöglicht ein solches Verständnis nicht nur, sondern legt es sogar nahe. In der für einen Mieter als Gegner des Klauselverwenders **ungünstigsten Auslegung** könnte der Mieter bei entsprechendem Zustand der

Mieträume sogar bereits **unmittelbar nach Mietbeginn zur Renovierung verpflichtet** sein, obwohl die Abnutzung der Wohnung nicht auf ihn zurückgeht.

**Noch deutlicher** würde die Benachteiligung des Mieters, wenn die Dekoration der Wohnung bei der Übergabe an diesen **bereits so abgewohnt oder verbraucht** ist, dass eine **weitere Verschlechterung** während der Vertragslaufzeit schon aus diesem Grund **praktisch nicht mehr in Betracht kommt**. Führt der Mieter in diesem Fall bei Vertragsbeginn eine Renovierung durch, zu der er nicht verpflichtet ist, müsste er spätestens bei Vertragsende gleichwohl renovieren, obwohl sich die Wohnung in keinem schlechteren Zustand befindet, als sie ihm bei Nutzungsbeginn überlassen worden war. Auch diese Konstellation ist nach dem **Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung** zu Grunde zu legen und führt zur Unwirksamkeit der Vornahmeklausel, weil diese dem Mieter die Verpflichtung auferlegt, die Wohnung gegebenenfalls in einem gegenüber dem Vertragsbeginn verbesserten Zustand zurückzugeben.“ (BGH aaO.)

#### IV. Anwendung der neuen Rechtsprechung

Es kommt also maßgeblich darauf an, ob die Wohnung dem Mieter bei Vertragsbeginn unrenoviert oder renovierungsbedürftig übergeben worden ist und ob, falls dies zutrifft, den Mietern ein Ausgleich gewährt wurde.

##### 1. Unrenoviert oder renovierungsbedürftig

###### a) Begriffsbestimmung: unrenoviert oder renovierungsbedürftig

„Unrenoviert oder renovierungsbedürftig ist eine Wohnung **nicht erst dann, wenn sie übermäßig stark abgenutzt oder gar völlig abgewohnt** ist. Auch in der Vergangenheit hat der Senat nicht zwischen mehr oder weniger abgewohnten Mieträumen unterschieden (vgl. Rechtsentscheid BGHZ 101, 253 [264] = NJW 1987, 2575). Maßgeblich ist, ob die dem Mieter überlassene Wohnung **Gebrauchsspuren aus einem vorvertraglichen Zeitraum** aufweist. Auf eine Abgrenzung zwischen einer nicht renovierten und einer renovierungsbedürftigen Wohnung kommt es dabei nicht an, weil beide Begriffe Mieträume mit Gebrauchsspuren beschreiben und die Grenze fließend ist (vgl. Rechtsentscheid BGHZ 101, 253 [269] = NJW 1987, 2575).

Um vorvertragliche Abnutzungs- und Gebrauchsspuren zu beseitigen und damit eine „renovierte“ Wohnung zu übergeben, muss der Vermieter die Mieträume bei Vertragsbeginn nicht stets komplett frisch renovieren. Im Einzelfall kann die **Vornahme geringer Auffrischungsarbeiten** genügen. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bleiben überdies Abnutzungs- und Gebrauchsspuren außer Acht, die so unerheblich sind, dass sie bei lebensnaher Betrachtung nicht ins Gewicht fallen. Es kommt letztlich darauf an, ob die überlassenen Mieträume den **Gesamteindruck einer renovierten Wohnung** vermitteln. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen unterliegt dies einer in erster Linie dem Tatrichter vorbehaltenen Gesamtschau unter umfassender Würdigung aller für die Beurteilung des Einzelfalls maßgeblichen Umstände.“ (BGH aaO.)

###### b) Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast für die Frage, ob eine Wohnung unrenoviert oder renovierungsbedürftig übergeben wurde, liegt beim Mieter.

„Die Darlegungs- und Beweislast für **tatsächliche Umstände, aus denen sich die Unwirksamkeit einer AGB-Regelung ergibt**, trägt im Individualprozess der sich auf die Unwirksamkeit der Klausel berufende Vertragspartner des Verwenders (BGH, NJW 1983, 1854 [unter II 3]; NJW 1991, 2763 [unter II 3 a]; NJW 1996, 388 [unter II 2 b bb]; BGHZ 153, 148 [155] = NJW 2003, 1313 = NZM 2003, 292; Staudinger/Coester, § 307 Rn. 104; Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Vorb. §§ 308, 309 Rn. 19; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., Vorb. § 307 Rn. 109; Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 307 Rn. 9; Erman/Roloff, BGB, 14. Aufl., Vorb. §§ 307–309 Rn. 21; Baumgärtel/Schmidt-Eichhorn, H.d.B. der Beweislast, 3. Aufl., § 307 Rn. 2; Lehmann-Richter, NZM 2014, 818 [819]).“ (BGH aaO.)

###### c) Anwendung auf den Fall

Nach dieser Maßgabe war die von den Bekl. gemietete Wohnung bei Vertragsbeginn unrenoviert. Die Kl. haben den Bekl. die Wohnung bei Mietbeginn mit Gebrauchsspuren aus einem vorvertraglichen Zeitraum übergeben, weil in drei Zimmern noch Streicharbeiten vorzunehmen waren.

##### 2. Nachteilsausgleich für Mieter

Die formularvertragliche Überwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen auf den Mieter einer unrenoviert oder renovierungsbedürftig übergebenen Wohnung kann gleichwohl wirksam vereinbart werden.

„[Dann muss] ...die Verpflichtung des Mieters zur Beseitigung vorvertraglicher Abnutzungsspuren **durch einen vom Vermieter gewährten Ausgleich kompensiert** [werden], durch den der Mieter so gestellt wird, als sei ihm renovierter Wohnraum überlassen worden (vgl. BGH, NJW 1996, 389 [unter II 2 d]; BGHZ 114,

238 [246] = NJW 1991, 1886 m.w.N.). Die Parteien können sich etwa dafür entscheiden, dass der Mieter zum Ausgleich für den Renovierungsaufwand **für eine bestimmte Zeit weniger oder gar keine Miete zu entrichten** hat (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/5663, 76).

Die **Darlegungs- und Beweislast** für die Gewährung einer angemessenen Ausgleichsleistung obliegt dem Vermieter als **Klauselverwender**, da es sich um besondere tatsächliche Umstände handelt, die eine Benachteiligung des Vertragspartners dennoch gerechtfertigt erscheinen lassen können (vgl. BGH, NJW 1991, 2763; Staudinger/Coester, § 307 Rn. 104).“ (BGH aaO.)

Danach fehlt es im gegebenen Fall an einem mit Rücksicht auf den Zustand der Wohnung bei Mietbeginn genügenden Ausgleich der Benachteiligung. Es waren Streicharbeiten in drei von vier Zimmern erforderlich, erhalten haben die Bekl. keinen Nachlass von einer halben Monatsmiete. Dies stellt keine taugliche Kompensation dar.

„Nach dieser Maßgabe ist im Streitfall die Übertragung der Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen gem. §§ 4 Nr. 6, 14 Nr. 1 MV insgesamt unwirksam. Die Unwirksamkeit kann nicht auf diejenigen Teile der Wohnung beschränkt werden, die dem Mieter unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassen worden sind. Eine teilweise Aufrechterhaltung oder Umgestaltung der Klauseln kommt wegen des **Verbots der geltungserhaltenden Reduktion** nicht in Betracht (vgl. Senat, NJW 2013, 2505 = NZM 2013, 573 Rn. 23 m.w.N.). Ob die Übertragung der Schönheitsreparaturverpflichtung auf renovierte Teile der Wohnung beschränkt werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung.“ (BGH aaO.)

## V. Ergebnis

Die entsprechende Vertragsklausel ist unwirksam.

An die Stelle der unwirksamen Klauseln tritt gem. § 306 II BGB die dispositive gesetzliche Bestimmung des § 535 I 2 BGB. Das bedeutet, dass der Vermieter mangels wirksamer Abwälzung der Schönheitsreparaturen die Instandhaltungslast in vollem Umfang zu tragen hat (st. Rspr.; s. nur Senat, BGHZ 177, 186 = NJW 2008, 2840 = NZM 2008, 641 Rn. 20; NJW 2013, 2505 = NZM 2013, 573).“ (BGH aaO.)

Die Bekl. haben daher keine Pflicht zur Durchführung der Schönheitsreparaturen gehabt, so dass ein Schadensersatzanspruch des Kl. nach §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB ausscheidet.

(BGH in ZEV 2015, 282; Urteil vom 11.03.2015 – IV ZR 400/14)

1. **Erbunwürdig** gem. § 2339 I Nr. 1 BGB ist auch der Erbe, der versucht, den **seit Jahren nicht mehr geschäftsfähigen Erblasser** zu töten (§§ 212, 213 StGB).
2. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Erblasser **keine Patientenverfügung** hinterlassen hat, **keine Tötung auf Verlangen** gem. § 216 StGB vorliegt, der Erbe nicht das Verfahren nach §§ 1901a ff. BGB eingehalten hat und sich auch **sonst kein tatsächlich geäußertes Wille** des Erblassers zum Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen ermitteln lässt.
3. Erbunwürdigkeit setzt in den Fällen des § 2339 I Nr. 1 BGB **Schuldfähigkeit** des Handelnden voraus.

**Fall:** Der Kläger (Kl.), Sohn des Beklagten (Bekl.), begehrt, dass dieser als Erbe seiner Ehefrau (Erblasserin – E), der Mutter des Kl., für erbunwürdig erklärt wird. Der Bekl. und E errichteten 1991 ein notarielles Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben sowie ihre drei Kinder, den Kl. und seine beiden Schwestern, zu gleichberechtigten Schlusserben einsetzten. Ferner war bestimmt, dass, sollte eines der Kinder beim Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangen, es auch aus dem Nachlass des Längstlebenden nur den Pflichtteil erhalten und jede zu seinen Gunsten getroffene Verfügung unwirksam sein sollte. Die seit 1997 an Alzheimer erkrankte E wurde 2002 nach einem Krankenhausaufenthalt in ein Alten- und Pflegeheim verlegt. 2003 erhielt sie nach einem epileptischen Anfall eine PEG-Sonde, über die ihr Nahrung, Flüssigkeit und Medikamente zugeführt wurden. Sie verließ das Krankenzimmer in der Folgezeit nicht mehr. Eine verbale Kommunikation mit ihr war nicht mehr möglich. Der als ihr Betreuer eingesetzte Bekl. besuchte sie regelmäßig.

Der Bekl., der sich in einem depressiven Zustand befand und bereits einen Selbstmordversuch unternommen hatte, durchtrennte am 09.02.2012 mittels einer mitgebrachten Schere den Verbindungsschlauch zur Magensonde der E und widersprach einer erneuten Verbindung, nachdem das Pflegepersonal seine Handlung entdeckt hatte. Dem Pflegepersonal gelang es jedoch, die Verbindung zu reparieren. E verstarb am 09.03.2012 an einer Lungenentzündung, die in keinem ursächlichen Zusammenhang mit der Tat des Bekl. stand. Dieser wurde wegen versuchten Totschlags in einem minder schweren Fall (§ 213 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr auf Bewährung verurteilt. Der Kl. machte nach dem Tod der E zunächst einen Pflichtteilsanspruch gegen den Bekl. geltend. Später erhob er Klage auf Feststellung der Erbunwürdigkeit. Zu Recht?

## I. Geltendmachung der Erbunwürdigkeit durch Anfechtungsklage

Die Erbunwürdigkeit wird nach § 2340 BGB durch **Anfechtung des Erbschaftserwerbs** geltend gemacht. Die Anfechtung kann nach § 2340 II i.V.m. § 2082 I BGB **binnen Jahresfrist** erfolgen. Hierbei ist nach § 2341 BGB jeder **anfechtungsberechtigt**, dem der Wegfall des Erbunwürdigen, zustattenkommt.

„Es muss zumindest die **Möglichkeit bestehen**, dass der am Wegfall des Unwürdigen **Interessierte selbst Erbe** wird (BGH NJW 1989, 3214 unter 1.; Helms in MüKo-BGB, 6. Aufl., § 2341 Rn. 2). Dies ist hier der Kl., da er im Falle des **rückwirkenden Wegfalls des Bekl. neben seinen Schwestern als testamentarischer – jedenfalls aber als gesetzlicher – Erbe** der E in Betracht kommt (zur Ermittlung des neuen Anfallsberechtigten vgl. Olschhausen in Staudinger, BGB, Bearb. 2015, § 2344 Rn. 14). Infolge der Rückwirkung der Erbunwürdigerklärung ist es **unerheblich**, dass der Kl. nach dem Tod der E zunächst einen Pflichtteilsanspruch gegen den Bekl. geltend gemacht hat. Die im Testament vorgesehene **Pflichtteilsstrafklausel greift hier nicht ein**, da sie lediglich den Fall betrifft, dass der überlebende Ehegatte Vollerbe des zuerst Versterbenden geworden ist und ein Kind Pflichtteilsansprüche nach diesem geltend macht. In einem solchen Fall soll das Kind auch nach dem Längstlebenden nur den Pflichtteil erhalten und die weiter getroffene Verfügung in Form der Schlusserbeneinsetzung unwirksam sein. Hier geht es indessen **nicht um die Erbfolge nach dem Bekl., sondern um diejenige nach E**. Im Falle der Begründetheit der Erbunwürdigkeitsklage hat diese zur Folge, dass der **Bekl. bereits nicht Vollerbe nach E** geworden ist, sondern die Kinder der Eheleute an seine Stelle einrücken.“ (BGH aaO.)

Der Kl. ist daher anfechtungsberechtigt. Die Feststellung der Erbunwürdigkeit nach § 2344 BGB führt dazu, dass die Erbschaft an den betroffenen Erben **als nicht angefallen gilt**.

„Entschieden wird durch Gestaltungsurteil (BGH, ZEV 2013, 34 Rn. 7).“ (BGH aaO.)

Die Erbschaft fällt dann demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Hierbei gilt der Anfall als mit dem Eintritt des Erbfalls erfolgt. Die Erbschaft würde dann dem Kl. und seinen Schwestern anfallen.

## II. Prüfung der Erbunwürdigkeit

Nach § 2339 I Nr. 1 BGB ist derjenige erbunwürdig, der den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder **zu töten versucht hat** oder ihn in einen Zustand versetzt hat, infolge

dessen der Erblasser bis zu seinem Tode unfähig war, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben.

„Das BerGer. hat ausgeführt, der Bekl. sei nicht nach § 2339 I Nr. 1 BGB erbunwürdig, ohne dass es darauf ankomme, ob er im Zeitpunkt der Tat schuldunfähig gewesen sei. Er habe **zwar vorsätzlich versucht**, E durch das Durchtrennen des Verbindungsschlauchs zur Magensonde **zu töten** und einen minder schweren Fall des versuchten Totschlags i.S.d. § 213 StGB begangen. Sein erstmals im Berufungsverfahren gehaltener Vortrag, E habe früher geäußert, nicht menschenunwürdig dahinvegetieren zu wollen, sei nach § 531 II 1 Nr. 3 ZPO nicht zu berücksichtigen. Die gesundheitliche Situation der E sei aber seit mehreren Jahren denkbar schwer und kaum erträglich ohne Aussicht auf Besserung gewesen. Die Handlung des Bekl. sei **nicht von einer für Tötungsdelikte typischen aggressiven Motivation**, sondern eher von Verzweiflung und einer empfundenen Ausweg- und Aussichtslosigkeit geprägt gewesen. Die **versuchte Tötung in einem minder schweren Fall** sei **nicht ohne weiteres dazu geeignet**, eine Erbunwürdigkeit zu begründen. § 2339 I Nr. 1 BGB sei vielmehr als Regelvermutung zu verstehen, die eine Prüfung der besonderen Umstände des Einzelfalles zulasse. Zweck der Bestimmung sei der **Schutz der Würde des Erblassers in seiner Eigenschaft als Träger von Testierfreiheit**. Dieser Schutzzweck werde durch das Verhalten des Bekl. nicht berührt. E sei seit etwa 10 Jahren krankheitsbedingt nicht mehr testierfähig gewesen. Die Frage einer Änderung ihres den Bekl. begünstigenden Testaments habe sich nicht gestellt. Angesichts der tragischen Besonderheiten des Falles erscheine es als nicht angemessen, den Bekl. für erbunwürdig zu erklären.“ (BGH aaO.)

Fraglich ist, ob dies einer rechtlichen Prüfung standhält. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das Gesetz für jeden Fall der vorsätzlichen Tötung oder ihres Versuches die Erbunwürdigkeit als Folge vorsieht. Die Berücksichtigung von Besonderheiten des Einzelfalles hat keinen Eingang in den Wortlaut des Gesetzes gefunden, könnte sich aber durch Auslegung ergeben.

### 1. Begriff der vorsätzlichen Tötung

§ 2339 I Nr. 1 BGB könnte als vorsätzliche Tötung nur die widerrechtliche Verwirklichung der §§ 211, 212 StGB erfassen.

„Die Vorschrift erfasst auch den Fall der versuchten vorsätzlichen Tötung, den der Gesetzgeber – anders als noch im ursprünglichen Entwurf vorgesehen – der vollendeten Tötung gleichgestellt hat (Prot., Bd. V, S. 635 f.). Unter den Begriff der **vorsätzlichen und widerrechtlichen Tötung** i.S.d. Strafrechts fallen Taten gem. §§ 211, 212 StGB (Helms § 2339 Rn. 15; Damrau in Soergel, BGB, 13. Aufl., § 2339 Rn. 4; Olshausen § 2339 Rn. 30; Müller-Christmann in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 2339 Rn. 7). Hier ist der Bekl. wegen versuchten Totschlags in einem minder schweren Fall gem. §§ 212, 213, 21, 22, 23 StGB verurteilt worden. Bei **§ 213 StGB** handelt es sich **nach herrschender strafrechtlicher Auffassung** nicht um einen eigenständigen Tatbestand, sondern **lediglich um eine Strafzumessungsregel** (BGH v. 02.02.1966 – 2 StR 525/65, BGHSt 21, 14 = NJW 1966, 787; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 213 Rn. 1).“ (BGH aaO.)

### 2. Ausscheiden der Tötung auf Verlangen

„**Nicht erfasst** von den strafrechtlichen Tötungsdelikten i.S.d. § 2339 I Nr. 1 BGB wird **lediglich die Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB** (Helms § 2339 Rn. 13, 15; Damrau aaO.; Olshausen aaO.; Müller-Christmann aaO.). Dies rechtfertigt sich aus der Wertung des § 2343 BGB, weil eine Tötung auf Verlangen **ebenso zu behandeln ist wie die Verzeihung**, die ebenfalls die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit ausschließt. Hier liegt nach den bisher getroffenen Feststellungen eine Tötung auf Verlangen nicht vor. So wird bereits im Strafurteil ausgeführt, der Bekl. habe die Sonde durchgeschnitten, um sämtliche lebensverlängernden Maßnahmen zu beenden, obwohl es hierfür an einem **ausdrücklichen oder mutmaßlichen Einverständnis der E** gefehlt habe. Sie habe einen diesbezüglichen Willen weder schriftlich noch mündlich geäußert. Der Bekl. habe ihren Willen auch nicht aus sonstigen früheren Äußerungen oder ihren ethischen oder persönlichen Wertvorstellungen herzuleiten vermocht.

Zwar entfaltet das **Strafurteil keine Bindungswirkung für das Zivilverfahren** (Senat v. 16.03.2005 – IV ZR 140/04, ZEV 2005, 307 Rn. 2). Der Zivilrichter muss sich aber mit den Feststellungen im Strafurteil auseinandersetzen, die für seine eigene Würdigung relevant sind. Hier ist nicht ersichtlich und wird auch vom Bekl. nicht mit Substanz vorgetragen, dass ein Fall von § 216 StGB vorliegt. Dies kam schon deshalb nicht in Frage, weil eine Kommunikation mit E seit Jahren nicht mehr möglich war.“ (BGH aaO.)

### 3. Verzeihung

Die versuchte Tötung, ohne dass es sich um eine Tötung auf Verlangen handelt, würde nur dann die Erbunfähigkeit nicht begründen, wenn ein Fall der Verzeihung nach § 2343 BGB vorliegen würde.

„Diese muss **ausdrücklich oder stillschweigend erklärt** werden und setzt die **Kenntnis des Erbunwürdigkeitsgrundes** voraus. Eine mutmaßliche Verzeihung genügt demgegenüber nicht (OLG Stuttgart v. Rpfleger 1956, 160 [161]; Helms § 2343 Rn. 1; Weidlich in Palandt, BGB, 74. Aufl., § 2343 Rn. 1). Hier steht nicht fest, dass E in dem einen Monat zwischen der versuchten Tötung und ihrem Tod Kenntnis von der Tat

des Bekl. erlangt und durch eine nach außen erkennbare Handlung eine Verzeihung zum Ausdruck gebracht hätte.“ (BGH aaO.)

Eine Verzeihung kann daher ebenfalls nicht angenommen werden.

#### 4. Zulässiger Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen

Es könnte sich allerdings um einen zulässigen Abbruch der lebenserhaltenden Maßnahmen zugunsten der E gem. §§ 1901a ff. BGB handeln.

Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (**Patientenverfügung**), prüft der Betreuer, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Ist dies der Fall, hat er dem Willen des Betreuten **Ausdruck und Geltung zu verschaffen** (§ 1901a I 1 u. 2 BGB).

„Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor, da E **keine Patientenverfügung hinterlassen hat**. In dieser Lage bedarf die vom Betreuer beabsichtigte Einwilligung in den Abbruch der künstlichen Ernährung des einwilligungsunfähigen Betroffenen nach § 1904 II BGB grds. der **betreuungsgerichtlichen Genehmigung** (BGH NJW 2014, 3572 Rn. 11 f.). Hieran fehlt es, da sich der Bekl. um eine derartige Genehmigung nicht bemüht hat. Eine solche **Genehmigung** ist gem. § 1904 IV BGB **nur dann nicht erforderlich**, wenn **zwischen dem Betreuer und dem behandelnden Arzt Einvernehmen** darüber besteht, dass die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a BGB festgestellten Willen des Betreuten entspricht (BGH aaO. Rn. 17). Dem Schutz des Patienten vor einem etwaigen Missbrauch der Betreuerbefugnisse wird mithin durch die **wechselseitige Kontrolle zwischen Arzt und Betreuer** Rechnung getragen. Auch eine derartige Konstellation ist nicht gegeben, da der Bekl. ein Einvernehmen mit dem behandelnden Arzt nicht hergestellt hat.“ (BGH aaO.)

#### 5. Einschränkende Auslegung von § 2339 I Nr. 1 BGB

Eine Erbunwürdigkeit könnte nach Vorstehendem nur entfallen, wenn eine einschränkende Auslegung von § 2339 I Nr. 1 BGB in Betracht kommt. Nach dieser Regelung „ist“ erbunwürdig, wer einen der im Einzelnen dort genannten Tatbestände erfüllt. Fraglich ist, ob des gleichwohl auf die Hintergründe der Tat ankommen kann, wie vom BerGer. angenommen.

„[Es] ist anerkannt, dass es **auf die Motive des Erbunwürdigen nicht ankommt**, er den Tatbestand des § 2339 I BGB mithin selbst dann erfüllt, wenn er aus **anerkanntswerten Motiven** gehandelt hat (BGH ZEV 2008, 193 für § 2339 I Nr. 4 BGB; Muscheler, Erbrecht II, 2010, Rn. 3137, 3161; ders. ZEV 2009, 58 [59] u. ZEV 2009, 101 [102]; Helms § 2339 Rn. 13; Damrau § 2339 Rn. 2; Olshausen § 2339 Rn. 31, 23; Weidlich § 2339 Rn. 3). In diese Richtung weist auch die **Entstehungsgeschichte** (Mot., Bd. V, S. 517: „Es kommt nicht in Betracht, ob die Absicht des Handelnden auf einen Eingriff in die Testierfreiheit gerichtet war. ...“).“ (BGH aaO.)

Gleichwohl ist umstritten, ob nicht bei einem minder schweren Fall des Totschlags eine Ausnahme von der Anwendung des § 2239 I Nr. 1 BGB gemacht werden kann.

##### a) Herrschende Meinung

„[Es] entspricht ... der **überwiegenden Auffassung** zum Erbunwürdigkeitsgrund des § 2339 I Nr. 4 BGB, „dass es nicht darauf ankommt, ob der Erbunwürdige mit der Fälschung des Testaments möglicherweise nur den tatsächlichen oder vermuteten Willen des Erblassers durchsetzen wollte (BGH ZEV 2008, 193; NJW 1970, 197 unter 2.b; OLG Stuttgart ZEV 1999, 187 [188]; Muscheler, ErbR II, Rn. 3161; Olshausen § 2339 Rn. 23; Weidlich § 2339 Rn. 7; krit. hierzu Helms § 2339 Rn. 13).“ (BGH aaO.)

##### b) Abweichende Meinung im Schrifttum

„Im **Schrifttum** wird verschiedentlich die Auffassung vertreten, das Gesetz gehe bei den in § 2339 BGB genannten Verfehlungen **lediglich typisierend** davon aus, dass der **hypothetische Erblasserwille auf eine Enterbung des Täters** gerichtet sei. Wegen der ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeit der Verzeihung nach § 2343 BGB könne von einer Art **widerlegbarer gesetzlicher Vermutung** gesprochen werden (Helms § 2339 Rn. 2; Olshausen § 2339 Rn. 6). Auf dieser Grundlage wird teilweise angenommen, bei einem Totschlag in einem minder schweren Fall sei gem. § 213 StGB wegen der anzuwendenden Regelvermutung nicht von Erbunwürdigkeit auszugehen (Schulz ErbR 2012, 276 [277 f.]).“ (BGH aaO.)

##### c) Standpunkt des BGH

Dieser Auffassung folgt der BGH nicht.

„Maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob eine **teleologische Reduktion von § 2339 I BGB** oder die Anwendung der Vorschrift als **widerlegbare gesetzliche Vermutung** möglich ist, ist der Gesetzeszweck der Erbunwürdigkeitsvorschriften. Dieser wird unterschiedlich beurteilt (ausf. hierzu Helms § 2339 Rn. 2;

Muscheler, ErbR II, Rn. 3141 – 3148; ders. ZEV 2009, 58 [60 f.]; Olshausen § 2339 Rn. 4-6). Nach Auffassung des Senats ist die Erbunwürdigkeit gem. § 2339 I Nr. 1 BGB eine **spezifisch erbrechtliche Sanktion auf schwerstes vorsätzlich begangenes Handlungsunrecht**, das es als unerträglich erscheinen ließe, wenn der Nachlass des Opfers auf den Täter überginge (BGHZ 102, 227 [231]). Das rückt die Erbunwürdigkeit in die Nähe schuldhaft begangener unerlaubter Handlungen. Die **Verwirkung des Erbrechts** stellt sich insoweit ungeachtet ihres strafähnlichen Charakters als **zivilrechtliche Sanktion** dar (BGH aaO.).

Auf dieser Grundlage kommt eine **allgemeine Abwägung mit einem Regel-Ausnahme-Verhältnis**, ob Erbunwürdigkeit vorliegt oder nicht, angesichts des Wortlauts, der Entstehungsgeschichte und des Gesetzeszwecks **nicht in Betracht**. Erst recht gilt dies für die Auffassung, die § 2339 BGB nicht anwenden will, wenn ein Fall von § 213 StGB vorliegt (so Schulz ErbR 2012, 276 [278 f.]). Das Gesetz selbst enthält in § 2339 I Nr. 1 BGB typisierende Regelungen, bei denen **unabhängig von den Umständen des Einzelfalles von schwerem Handlungsunrecht auszugehen** ist, welches die Erbunwürdigkeit des Erben begründet. Auf die Regelung über die Verzeihung nach § 2343 BGB kann für eine allgemeine Abwägung im Rahmen von § 2339 BGB nicht abgestellt werden. Erforderlich für eine **Verzeihung** ist, dass der **Erblasser selbst noch in der Lage war, auf das Verhalten des Täters zu reagieren**, was in Fällen wie dem hier zu beurteilenden nicht der Fall ist. Auf eine „hypothetische Verzeihung“ kommt es bei §§ 2339, 2343 BGB demgegenüber nicht an.

Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass es zu Tötungen oder Tötungsversuchen an Erblassern kommt, ohne dass die Voraussetzungen einer Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB oder diejenigen einer Patientenverfügung gem. § 1901a ff. BGB erfüllt sind. Dies ist der Fall, wenn der Täter, weil er einen vermeintlichen Willen des Erblassers vollziehen will oder die gesundheitliche Lage des Erblassers für aussichtslos oder unwürdig hält, **ohne Rücksprache mit Ärzten, Betreuungsgericht etc. die Dinge selbst in die Hand nimmt** (BGH v. 17.09.2014 – XII ZB 202/13, NJW 2014, 3572 Rn. 18). Dem Bekl. ist zuzubilligen, dass er sich in einer persönlich äußerst schwierigen Situation befand. Gleichwohl gab ihm das **nicht das Recht, einseitig die Behandlung der E abzubrechen** mit dem Ziel, ihren Tod herbeizuführen. Allein auf die tragischen Umstände des Falles abzustellen, um eine Erbunwürdigkeit zu verneinen, begründet der Gefahr, dass die Konturen der §§ 2339, 2343 BGB verwischt werden.“ (BGH aaO.)

Der Tatbestand des § 2339 I Nr. 1 BGB ist daher auf den Bekl. anzuwenden.

## 6. Schuldfähigkeit des Bekl.

Fraglich ist, ob unabhängig von strafrechtlichen Erwägungen nicht im Rahmen des § 2339 I Nr. 1 BGB auf die Schuldfähigkeit des Handelnden abzustellen ist. Dies ist umstritten.

### a) Übertragung der Rechtsprechung des BVerfG zur Pflichtteilsentziehung

„Das BVerfG hat entschieden, für den **Pflichtteilsentziehungsgrund** des § 2333 Nr. 1 BGB komme es **nicht auf Schuldfähigkeit** an, sondern es genüge, dass der Täter „jedenfalls in einem natürlichen Sinne vorsätzlich gehandelt“ habe (BVerfGE 112, 332 [359 f.]). Ausdrücklich offen gelassen hat es, ob bei § 2339 I Nr. 1 BGB aus verfassungsrechtlichen Gründen eine entsprechende Auslegung geboten ist (aaO. 361 f.). Auch der Senat hat diese Frage bisher nicht entscheiden müssen (BGH ZEV 2011, 370 Rn. 2). **Im Schrifttum** wird teilweise die Auffassung vertreten, die **Rechtsprechung des BVerfG sei auf § 2339 I Nr. 1 BGB zu übertragen** (so etwa Holtmeyer ZERB 2010, 6 [7]).“ (BGH aaO.)

### b) Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BVerfG zur Pflichtteilsentziehung

Dem folgt die überwiegende Meinung nicht und hält daran fest, dass bei § 2339 I Nr. 1 BGB Schuldfähigkeit zu fordern sei (so Helms § 2339 Rn. 11; Olshausen § 2339 Rn. 25; Muscheler, ErbR II, Rn. 3159; ders. ZEV 2009, 101 [102]; Weidlich § 2339 Rn. 3).

„Die letztgenannte Ansicht trifft zu. Für sie spricht, dass die **Pflichtteilsentziehung und die Erbunwürdigkeit verschiedene Zielsetzungen** haben. Bei der Pflichtteilsentziehung geht es um die Realisierung eines tatsächlich geäußerten Erblasserwillens im Sinne einer Ausdehnung seiner ursprünglich eingeschränkten Testierfreiheit. Unter Berücksichtigung von Art. 14 I GG spricht dies dafür, an die Gründe der Pflichtteilsentziehung keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Bei der **Erbunwürdigkeit** ist demgegenüber ein **bloß hypothetischer Erblasserwille** zu beurteilen. Hier lässt sich bei schuldlosen Verfehlungen nicht ohne weiteres sagen, dass ein vollständiger Ausschluss naher Angehöriger oder testamentarisch Bedachter von der Erbschaft typischerweise gewollt ist (so zu Recht Helms, Olshausen je aaO.).

Ist mithin am Erfordernis der Schuldfähigkeit festzuhalten, so muss hierüber Beweis erhoben werden. **Darlegungs- und beweispflichtig für die Schuldunfähigkeit** im Rahmen von § 2339 I BGB ist in entsprechender Anwendung von § 827 BGB **derjenige, der sich auf seine Unzurechnungsfähigkeit beruft** (BGH NJW 1988, 822). Der Bekl. hat ausdrücklich seine Unzurechnungsfähigkeit geltend gemacht. Die hierzu erforderlichen Feststellungen wird das BerGer. nachzuholen haben.“ (BGH aaO.)

**Ergebnis:** Der Erfolg der Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit hängt daher davon ab, ob der Bekl. seine Schuldunfähigkeit nachweisen kann. Die Erbunwürdigkeit kann jedenfalls nicht mit einer einschränkenden Auslegung des § 2339 I Nr. 1 BGB abgelehnt werden.

StGB

**Anforderungen an Vorsatz**

StR BT

§ 224 I Nr. 5

**Bedingter Tötungsvorsatz und gefährliche Körperverletzung**

(BGH in NStZ-RR 2015, 172; Urteil vom 26.03.2015 – 4 StR 442/14)

1. Ein Tötungsvorsatz kann **nicht allein deshalb ausgeschlossen** werden, weil die Angeklagte versucht, sich nach der Tat selbst zu töten, aus der Tat keine Vorteil zieht und ein Tötungsmotiv nicht ermittelt werden kann. Auch der vorsätzlich handelnde Täter kann – ohne ein Tötungsmotiv zu haben – einen anderen Handlungsantrieb folgen.
3. Für den Körperverletzungsvorsatz i. S. von § 224 I Nr. 5 StGB ist neben dem zumindest bedingten Verletzungsvorsatz erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Täter die Umstände erkennt, aus denen sich die allgemeine **Gefährlichkeit des Tuns in der konkreten Situation** für das Leben des Opfers ergibt, auch wenn er sie nicht als solche bewertet.
4. **Die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung ist** nach der st. Rspr. des BGH auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmen und **wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Tötungsvorsatzes**.

**Fall:** Die aus schwierigen, von Gewalt und sexuellem Missbrauch geprägten familiären Verhältnissen stammende, zum Tatzeitpunkt 44 Jahre alte Angekl. ist seit ihrem 18. Lebensjahr verheiratet. Die Ehe gestaltete sich schon nach kurzer Zeit wegen starken Alkoholkonsums, Geldverschwendung und Gewalttätigkeiten des Ehemannes zunehmend problematisch. Zum Tatzeitpunkt war die Angekl., die bei der Bewältigung der wirtschaftlichen Krise von ihrem Ehemann kaum Unterstützung erfuhr, nicht mehr in der Lage, die laufenden Verbindlichkeiten der inzwischen hoch verschuldeten Familie zu bedienen.

Nach Eingang einer neuerlichen Mahnung, mit der sie zur Rückführung eines Bankkredits aufgefordert wurde, beschloss die Angekl. erstmals, bei einer Person außerhalb ihrer Familie um Hilfe zu bitten. Am Tag, dem 22.10.2013, suchte sie die 88 Jahre alte, körperlich noch rüstige Gesch. auf, die in der Nachbarschaft wohnte. Nachdem die Gesch. die Angekl. in ihre Wohnung eingelassen und beide sich eine gewisse Zeit unterhalten hatten, nahm die Angekl. von ihrem ursprünglich gefassten Plan Abstand, die Gesch. um Geld zu bitten, und wollte nach Hause zurückkehren. Die Gesch. lud sie jedoch ein, noch gemeinsam in der Küche Kaffee zu trinken. Infolge der mittelschweren Demenzerkrankung der Gesch., deren Symptome und Auswirkungen der Angekl. nicht bekannt waren, sprang die Gesch. plötzlich vom Küchentisch auf, fing an zu schreien und beschimpfte die Angekl., die sie demenzbedingt nun nicht mehr erkannte, als „Miststück“. Da gutes Zureden durch die Angekl. nicht half und die Gesch. weiter schrie, befürchtete die Angekl., dass Nachbarn auf das Geschrei aufmerksam werden könnten. Daher hielt sie der Gesch. von vorne mit einer Hand den Mund zu, um sie am Schreien zu hindern. Diese setzte sich jedoch in einer solchen Weise zur Wehr, dass es zu einem Gerangel kam, in dessen Verlauf beide zu Boden gingen. Einer plötzlichen Regung folgend setzte sich die Angekl. auf den Oberkörper der auf dem Rücken liegenden und noch lebenden, weiterhin schreienden Gesch. und drückte ihr Mund und Nase ohne Tötungsvorsatz für mindestens 20 Sekunden fest zu, um die Gesch. auf diese Weise zur Ruhe zu bringen, wobei der Angekl. die Gefährlichkeit ihres Handelns bewusst war. Als sie daraufhin bei der Gesch. keine Atemtätigkeit mehr feststellte, nahm sie an, diese getötet zu haben. Um ihre Täterschaft zu verdecken und die Tat wie einen Wohnungseinbruchsdiebstahl aussehen zu lassen, fesselte die Angekl. die Gesch. in Höhe der Unterschenkel und legte einen straffen Knebel um Kopf und Mund der Frau, den sie mit einem festen Doppelknoten im Mundbereich verschloss. Die Gesch. verstarb infolge Erstickens, wobei die StR den genauen Zeitpunkt des Todes eintritts nicht feststellen konnte. Demzufolge hat sie offen gelassen, ob das Tatopfer, dessen Körper während der Knebelung noch Kreislauffähigkeit aufwies, zu diesem Zeitpunkt nur bewusstlos war, der Tod also erst durch die nachfolgende Knebelung eintrat, oder der Tod bereits zuvor infolge des Zuhaltens von Mund und Nase eingetreten war, es sich bei der nachfolgenden Kreislauffähigkeit also lediglich um ein „Nachschlagen des Herzens“ handelte. Das LG hat ferner nicht ausschließen können, dass die Angekl. die Tat affektbedingt im Zustand erheblich verminderter Schuldfähigkeit beging.

Das LG verurteilte die Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren. Hiergegen wendeten sich die Nebenkl. mit ihren zulässigen Revisionen und beanstandeten insbesondere, dass die Angekl. nicht wegen Körperverletzung mit Todesfolge i. S. von § 227 StGB oder wegen eines Tötungsdelikts verurteilt wurde. Zu Recht?

### **I. Ablehnung einer Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge i. S. von § 227 StGB oder wegen eines Tötungsdelikts**

Nach § 401 I 1 StPO können auch Nebenkläger Rechtsmittel einlegen. Im vorliegenden Fall wird die Revision nach § 337 StPO darauf gestützt, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe, soweit ein Vorsatz der Angekl. abgelehnt wird.

Das LG hat angenommen, dass die Angekl. sich der gefährlichen Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung i. S. von § 224 I Nr. 5 StGB strafbar gemacht hat. Da nicht habe aufgeklärt werden können, ob die Gesch. bereits durch das Zuhalten des Mundes für einen Zeitraum von etwa 20 Sekunden oder erst infolge der anschließenden Knebelung zu Tode kam, die Angekl. aber unwiderlegbar davon ausgegangen sei, ihr Opfer schon durch die erste, ohne Tötungsvorsatz vorgenommene Handlung getötet zu haben, scheidet in Anwendung des Zweifelssatzes eine Verurteilung wegen Totschlags (§ 212 StGB) ebenso aus wie eine solche wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB). Aus demselben Grund komme ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) nicht in Betracht.

„Zur Begründung der subjektiven Tatseite der gefährlichen Körperverletzung sowie zur Abgrenzung vom bedingten Tötungsvorsatz stellt die StrK maßgeblich auf das **Bewusstsein der Angekl. von der Gefährlichkeit des Zuhaltens von Mund und Nase des Opfers** ab. Insoweit im Wesentlichen der Einlassung der Angekl. folgend, gelangt sie einerseits zu der Feststellung, die **Gefährlichkeit dieses Handelns** sei der Angekl. **bewusst gewesen**, ein **bedingter Tötungsvorsatz** lasse sich jedoch **nicht feststellen**. Die Verneinung des Tötungsvorsatzes stützt das LG bei der Beweiswürdigung hingegen auf die Erwägung, das **Verschließen der Atemwege** eines Menschen sei zwar grundsätzlich als **gefährliche Gewalthandlung** anzusehen, die zum Tode führen könne, unter Berücksichtigung der Umstände des Falles sei hier jedoch **nicht davon auszugehen**, dass die Angekl. die **potentielle Lebensgefährlichkeit ihrer Handlungsweise erkannt** und gebilligt habe. Den bedingten Vorsatz einer Körperverletzung i. S. d. § 224 I Nr. 5 StPO hält die StrK schließlich für gegeben; der Angekl. sei insbesondere die **Gefährlichkeit ihres Handelns** und der Umstand, dass es geeignet war, das Leben des Tatopfers zu gefährden, **bewusst gewesen**.“ (BGH aaO.)

Diese Begründungen widersprechen einander. Während die StrK einerseits der Einlassung der Angekl. folgt, ihr sei die Gefährlichkeit des Zuhaltens von Mund und Nase des Tatopfers bewusst gewesen, schließt sie an anderer Stelle aus, dass die Angekl. die potentielle Lebensgefährlichkeit ihrer Handlungsweise erkannt haben könnte.

„Da die **objektive Gefährlichkeit der Tathandlung** nach der st. Rspr. des BGH auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmen und **wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Tötungsvorsatzes** ist (vgl. nur Senat, Urt. v. 23.02.2012 – 4 StR 608/11 = NSTz 2012, 443 [444]; BGH, Urt. v. 04.04.2013 – 3 StR 37/13 = BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 64), kann der Senat auf der Grundlage dieser widersprüchlichen Erwägungen in den Urteilsgründen nicht überprüfen, ob das LG einen **bedingten Tötungsvorsatz rechtsfehlerfrei ausgeschlossen** hat.

Zum anderen lassen die Ausführungen der StrK besorgen, dass sie – rechtsfehlerhaft – den **In-dubio-Grundsatz bereits auf die einzelnen Indizien angewandt** hat (vgl. dazu Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 261 Rn 26 m.w.N.). Denn sie geht – ohne dies näher zu belegen – davon aus, dass „gegen einen Tötungsvorsatz“ das Nachtatgeschehen, also der **Suizidversuch** der Angekl., spreche, ferner, dass sie sich die **Tat nicht zu Nutze gemacht** habe und ein **Tötungsmotiv nicht ersichtlich** sei. All dies schließt indes einen bedingten Tötungsvorsatz nicht aus, zumal mit ihm handelnde Täter kein Tötungsmotiv haben, sondern einem anderen Handlungsantrieb nachgehen (vgl. BGH, NSTz 2012, 443 [445]). Der **Zweifelssatz bedeutet auch nicht**, dass von der dem Angekl. **jeweils (denkbar) günstigsten Fallgestaltung** auch dann auszugehen ist, wenn hierfür keine Anhaltspunkte bestehen. Unterstellungen zu Gunsten des Täters sind vielmehr nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter hierfür **reale Anknüpfungspunkte** hat (st. Rspr.; vgl. nur BGH, NSTz-RR 2013, 117 [118]; NSTz 2009, 630).“ (BGH aaO.)

Die Ablehnung eines Vorsatzes ist daher rechtsfehlerhaft erfolgt, so dass das Urteil schon aus diesem Grund an einem Mangel leidet.

## II. Verurteilung der Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung i.S.d. § 224 I Nr. 5 StGB

Bei Rechtsmitteln der Staatsanwaltschaft nach § 301 StPO ist das Urteil auch auf Rechtsfehler zu Lasten der Angekl. zu prüfen. Für Rechtsmittel des Neben- und Privatklägers gilt die umfassende Überprüfungspflicht entsprechend (BGH NJW 1986, 2716, 2717; BGH NSTz-RR 1996, 130; BGH NSTz-RR 2010, 205, 206; BGH NSTz 2011, 90; vgl. aber § 401 III 1 StPO).

„Die nach § 301 StPO gebotene Nachprüfung des Urteils auf Rechtsfehler zum Nachteil der Angekl. ergibt ferner, dass die Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung i. S. d. § 224 I Nr. 5 StGB aus Rechtsgründen ebenfalls keinen Bestand haben kann. Für den Körperverletzungsvorsatz i. S. von § 224 I Nr. 5 StGB ist neben dem **zumindest bedingten Verletzungsvorsatz** erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Täter die Umstände erkennt, aus denen sich die allgemeine **Gefährlichkeit des Tuns in der konkreten Situation für das Leben des Opfers** ergibt, auch wenn er sie nicht als solche bewertet (BGH, NJW 1989, 114). Die Ausführungen im Rahmen der Prüfung des bedingten Tötungsvorsatzes, wonach die Angekl. die **potentielle Lebensgefährlichkeit ihrer Handlungsweise** weder erkannt noch gebilligt habe, stehen, wie bereits dargelegt, insoweit in einem unauflösbaren Widerspruch zu den Feststellungen und zur rechtlichen Würdigung.“ (BGH aaO.)

**Korrektur des Rücktrittshorizonts**  
**Flucht des Tatopfers nach der letzten Ausführungshandlung**  
(BGH in NStZ-RR 2015, 106; Beschluss vom 17.12.2014 – 2 StR 78/14)

Die Frage, ob nach den **Rechtsgrundsätzen zur Korrektur des Rücktrittshorizonts** von einem beendeten oder unbeendeten Versuch auszugehen ist, bedarf insbesondere dann eingehender Erörterung, wenn das angegriffene Tatopfer nach der letzten Ausführungshandlung noch – vom Täter wahrgenommen – zu körperlichen Reaktionen fähig ist, die geeignet sind, Zweifel daran aufkommen zu lassen, das Opfer sei bereits tödlich verletzt, namentlich wenn es noch in der Lage ist, sich vom Tatort fortzubewegen.

**Fall:** Das LG verurteilte den Angekl. wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und wegen Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 10 Jahren und traf eine Adhäsionsentscheidung zu Gunsten der Nebenkl.

Nach den *Feststellungen* fügte der Angekl. der Nebenkl. mit einem Küchenmesser – Klingenlänge ca. 15 cm – in kurzer Folge insgesamt 11 Stich- bzw. Schnittverletzungen zu, davon jeweils 2 im Rückenbereich und in der linken Schulterregion, um sie zu töten. Der Nebenkl. gelang es, sich aus der Umklammerung des Angekl. zu lösen, diesen wegzuschubsen, über den Wohnungsflur ins Treppenhaus des 4. Obergeschosses des Mehrfamilienhauses zu rennen und „um Hilfe schreiend die Treppe hinunter“ zu laufen.

Der Angekl. verfolgte die Nebenkl. nicht, sondern schloss die von der Nebenkl. bei ihrer Flucht offen gelassene Wohnungstür. Er begab sich ins Wohnzimmer, öffnete ein Fenster, um zu sehen, „ob die Nebenkl. das Haus verlässt, und weil er auch wissen bzw. feststellen wollte, wie schwer die Nebenkl. durch sein Einwirken verletzt worden war“. Lebensgefährliche Verletzungen der Nebenkl. hielt er für möglich.

Als er „festgestellt hatte, dass die Nebenkl. das Haus nicht verlassen hatte, befürchtete er schwerwiegende Konsequenzen wegen der Tat in Bezug auf seine laufende Bewährung“. Er verletzte sich mit dem Tatmesser selbst, um sich als Opfer eines Angriffs der Nebenkl. zu präsentieren, und setzte einen Notruf an die Polizei ab. Die Nebenkl., die sich zwischenzeitlich in die im 1. Obergeschoss des Mehrfamilienhauses befindliche Wohnung eines Nachbarn begeben hatte, konnte durch eine Notoperation gerettet werden. Liegt ein Rücktritt vom Versuch des Tötungsdelikts vor?

**I. Beendeter oder unbeendeter Versuch**

„Ein **beendeter Versuch** liegt vor, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält (sog. **Rücktrittshorizont**; vgl. nur BGH, Beschl. v. 19.05.1993 – GSSt 1/93, BGHSt 39, 221 [227] = NJW 1993, 2061 = NStZ 1993, 433). Eine Korrektur des Rücktrittshorizonts ist in engen Grenzen möglich. Der Versuch eines Tötungsdelikts ist daher nicht beendet, wenn der Täter **zunächst irrtümlich den Eintritt des Todes für möglich hält, aber „nach alsbaldiger Erkenntnis seines Irrtums“ von weiteren Ausführungshandlungen Abstand nimmt** (vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl., § 24 Rn. 15 d m.w.N.). Die Frage, ob nach diesen Rechtsgrundsätzen von einem beendeten oder unbeendeten Versuch auszugehen ist, bedarf insbesondere dann eingehender Erörterung, wenn das angegriffene **Tatopfer** nach der letzten Ausführungshandlung noch – vom Täter wahrgenommen – **zu körperlichen Reaktionen fähig ist, die geeignet sind, Zweifel daran aufkommen zu lassen, das Opfer sei bereits tödlich verletzt** (Senat, Beschl. v. 07.11.2001 – 2 StR 428/01 = NStZ-RR 2002, 73 [74]; BGH, Ur. v. 06.03.2013 – 5 StR 526/12 = NStZ 2013, 463; v. 17.07.2014 – 4 StR 158/14 = NStZ 2014, 569 [570]). So liegt es nach der Rspr. des BGH etwa in dem Fall, dass das Opfer noch in der Lage ist, sich vom Tatort wegzubewegen (BGH, Beschl. v. 19.12.2000 – 4 StR 525/00; Ur. v. 11.11.2004 – 4 StR 349/04 = NStZ 2005, 331 f.; Ur. v. 17.07.2014 – 4 StR 158/14 = NStZ 2014, 569 [570] m.w.N.). Ein solcher Umstand kann geeignet sein, die Vorstellung des Täters zu erschüttern, alles zur Erreichung des gewollten Erfolgs getan zu haben (BGH, NStZ 2014, 596 [570] m.w.N.).“ (BGH aaO.)

**II. Anwendung auf den Fall**

„Diese zur **Korrektur des Rücktrittshorizonts** entwickelten Grundsätze hat das LG nicht hinreichend bedacht. Die StrK hat insbesondere keine ausreichenden Feststellungen zu den subjektiven Vorstellungen des Angekl. getroffen, als dieser bemerkte, dass die Nebenkl. das Haus nicht verlassen hatte. Allein der Umstand, der Angekl. „befürchtete ... schwerwiegende Konsequenzen wegen der Tat in Bezug auf seine laufende Bewahrung“ ist mehrdeutig. Denn der Angekl. musste erst recht in dem Fall, dass die Nebenkl. den Angriff mit dem Messer überleben sollte und sodann als Zeugin zur Verfügung stünde, mit „schwerwiegenden Konsequenzen“ rechnen. Die Feststellungen lassen es jedenfalls als möglich erscheinen, dass der Angekl. sogleich oder jedenfalls alsbald nicht mehr davon ausging, die Nebenkl. tödlich verletzt zu haben. Das Urteil rechtfertigt auch (noch) nicht die Annahme, die Nebenkl. habe sich bereits so weit vom Angekl. entfernt, dass aus dessen Sicht zur Vollendung eines Tötungsdelikts ein erneuter Geschehensablauf hätte in Gang gesetzt werden müssen (vgl. BGH, Ur. v. 08.05.2012 – 5 StR 528/11 = NStZ 2012, 688 [689]).

Der dargelegte Rechtsfehler nötigt zur Aufhebung des Schuldspruchs im Fall II. 2. der Urteilsgründe insgesamt. Die Aufhebung erfasst auch die für sich genommen rechtsfehlerfreie Verurteilung wegen tateinheitlich begangener gefährlicher Körperverletzung (vgl. BGH, Ur. v. 20.02.1997 – 4 StR 642/96 = BGHR StPO § 353 Aufhebung 1; Gericke, in: KK-StPO, 7. Aufl., § 353 Rn 12).“ (BGH aaO.)

GG

**Auskunftsanspruch des Scheinvaters**

VerfR

Art. 1 I, 2 I

**Mutter muss keine Angaben über sexuelle Beziehungen machen**

(BVerfG in FamRZ 2014, 1097; Urteil vom 24.02.2015 – 1 BvR 472/14)

1. Das aus Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG folgende allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt mit der **Privat- und Intimsphäre** auch das Recht, selbst darüber zu befinden, ob, in welcher Form und wem Einblick in die Intimsphäre und das eigene Geschlechtsleben gewährt wird. Dies umschließt das **Recht, geschlechtliche Beziehungen zu einem bestimmten Partner nicht offenbaren zu müssen**.
2. Die gerichtliche Verpflichtung einer Mutter, zur Durchsetzung eines Regressanspruchs des Scheinvaters (§ 1607 III BGB) Auskunft über die Person des mutmaßlichen Vaters des Kindes zu erteilen, **überschreitet die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung**, weil es hierfür an einer hinreichend deutlichen Grundlage im geschriebenen Recht fehlt.

**Fall:** Die damals 20-jährige Bf. führte mit dem Ast. des Ausgangsverfahrens – dem späteren Scheinvater – eine Beziehung, während derer sie schwanger wurde. Die Bf. hatte zu diesem Zeitpunkt bereits ein wenige Monate altes Kind. Vor der Geburt dieses ersten Kindes hatten die Bf. und der Ast. bereits eine sexuelle Beziehung unterhalten, der das erste Kind aber nicht entstammt. Nachdem die Bf. und der Ast. infolge der zweiten Schwangerschaft geheiratet hatten, wurde die zweite Tochter der Bf. Anfang Oktober 1991 ehelich geboren, so dass der Ast. nach § 1592 Nr. 1 BGB rechtlicher Vater dieses Kindes wurde. Die Bf. erwähnte gegenüber dem Ast. nicht, dass auch eine andere Person als Erzeuger des Kindes in Betracht kam, behauptete aber auch nicht ausdrücklich, dass der Ast. der leibliche Vater sei. Im Jahr 1994 eröffnete die Bf. dem Ast. in einem Brief die Möglichkeit, dass er nicht der leibliche Vater sein könnte. Im Jahr 1995 wurde die Ehe geschieden. Der Ast. beantragte das alleinige Sorgerecht für die Tochter. Daraufhin lebte das Kind jedenfalls zeitweise bei ihm. Sowohl der Ast. als auch die Bf. zahlten zeitweise Kindesunterhalt.

Im Jahr 2010 focht der Ast. erfolgreich die Vaterschaft an. Im Oktober 2012 forderte er die Bf. zwecks Durchsetzung seines Unterhaltsregressanspruchs aus § 1607 III 1 und 2 BGB auf, mitzuteilen, wer der mutmaßlich leibliche Vater ihrer Tochter ist. Die Bf. verweigerte die Auskunft. Daraufhin nahm der Ast. die Bf. im Ausgangsverfahren auf Auskunft in Anspruch.

Das AG verpflichtete die Bf. mit dem angegriffenen Beschluss, dem Ast. Auskunft über die Person des mutmaßlichen Vaters des Kindes zu geben. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Bf. wies das OLG zurück. Hiergegen erhob die Bf. Verfassungsbeschwerde und rügte die Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG sowie des Rechtsstaatsprinzips (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 20 III GG). Zu Recht?

**I. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**

Die angegriffenen Entscheidungen könnten die Bf. in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG verletzen, weil sie die Tragweite der Grundrechte der Bf. verkennen. Die Zivilgerichte könnten im Ausgangsverfahren den grundrechtlichen Einfluss unzutreffend eingeschätzt haben.

**1. Schutzbereich**

*„Das aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG folgende allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt mit der **Privat- und Intimsphäre** der Einzelnen auch **Aspekte des Geschlechtslebens** und das Interesse, diese nicht offenbaren zu müssen. Der Schutz der Privat- und Intimsphäre umfasst Angelegenheiten, die wegen ihres Informationsinhalts typischerweise als „privat“ eingestuft werden, insbesondere weil **ihre öffentliche Erörterung oder Zurschaustellung als unschicklich** gilt, das Bekanntwerden als peinlich empfunden wird oder nachteilige Reaktionen der Umwelt auslöst, wie es gerade auch im Bereich der Sexualität der Fall ist. Fehlte es hier an einem Schutz vor der Kenntniserlangung anderer, wäre die **sexuelle Entfaltung** erheblich beeinträchtigt, obwohl es sich um **grundrechtlich geschützte Verhaltensweisen** handelt (vgl. BVerfGE 101, 361 [382] = NJW 2000, 1021 m.w.N.). Mit dem Recht auf Achtung der Privat- und Intimsphäre spezifisch geschützt ist das Recht, **geschlechtliche Beziehungen zu einem Partner nicht offenbaren zu müssen**, sondern selbst darüber befinden zu können, ob, in welcher Form und wem Einblick in die Intimsphäre und das eigene Geschlechtsleben gewährt wird (vgl. BVerfG NJW 2007, 753 m.w.N).“* (BVerfG aaO.)

Durch die gerichtlich verfügte Pflicht zur Offenbarung ist die Bf. ohne weiteres in dem sachlichen Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen, wobei sie dem persönlichen Schutzbereich dieses Jedermannsrecht ohne weiteres unterfällt.

**2. Eingriff**

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

„Die Bf. erleidet durch die Verpflichtung zur Auskunftserteilung eine **schwerwiegende Beeinträchtigung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts**. Durch die Verpflichtung, über die Person des mutmaßlichen leiblichen Vaters Auskunft zu erteilen, wird sie gezwungen, eine geschlechtliche Beziehung zu einem bestimmten Mann oder zu mehreren bestimmten Männern preiszugeben. Damit muss sie **intimste Vorgänge ihres Privatlebens offenbaren**. Für die meisten Menschen dürfte es wenige Vorgänge von größerer Intimität geben, deren Geheimhaltung ihnen um ihrer persönlichen Integrität willen wichtiger wäre als ihre geschlechtlichen Beziehungen.“ (BVerfG aaO.)

Die gerichtlichen Entscheidungen stellen daher einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Bf. dar.

### 3. Rechtfertigung

Der Eingriff könnte gerechtfertigt sein.

#### a) Beschränkbarkeit

Für das allgemeine Persönlichkeitsrecht gilt die Schrankentrias des Art. 2 I GG, was nach Auffassung des BVerfG im Ergebnis zu einem einfachen Gesetzesvorbehalt für. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann daher grundsätzlich durch jedes formell und materiell verfassungsmäßige Gesetz eingeschränkt werden, wobei die Wesentlichkeitstheorie wegen der Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dazu führt, dass stets ein formelles Gesetz erforderlich ist. Die Gerichte stützten sich hier auf eine erweiternde Auslegung der Regelungen des § 1607 III 1 und 2 BGB.

#### b) Grenzen der Beschränkbarkeit

Allerdings ist eine Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht ohne jede Grenze möglich.

##### aa) Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes

Zunächst muss das Gesetz, auf das der Eingriff gestützt wird (hier: § 1607 III 1 und 2 BGB) selbst verfassungsmäßig sein. Hiervon kann ausgegangen werden.

##### bb) Verfassungsmäßigkeit der Einzelmaßnahme

Aber auch die Einzelmaßnahme, hier also die gerichtlichen Entscheidungen, müssen verfassungsgemäß sein. Neben dem Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen kommt es maßgeblich darauf an, ob bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes die wertsetzende Bedeutung des Grundrechtes hinreichend berücksichtigt wurde. Dies ist hier zweifelhaft.

Die Gerichte haben hier im Ansatz zutreffend das Interesse des Scheinvaters an der Durchsetzung seines einfachrechtlichen Regressanspruchs aus § 1607 III 1 und 2 BGB dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Bf. gegenüber gestellt.

#### (1) Kein grundsätzlicher Ausschluss eines Auskunftsanspruchs

„Obwohl das Interesse, selbst darüber zu befinden, ob und wem Einblick in das Geschlechtsleben gewährt wird, verfassungsrechtlich schwer wiegt, mag das **Geheimhaltungsinteresse einer Mutter gegenüber dem finanziellen Regressinteresse eines Scheinvaters** in bestimmten Konstellationen etwa wegen ihres früheren Verhaltens weniger schutzwürdig sein (vgl. für den Fall, dass der Scheinvater von der Mutter zur Vaterschaftsanerkennung veranlasst worden war BGH NJW 2012, 450; s. auch BGH, NJW 2014, 2571). So mag insbesondere in solchen Konstellationen, in denen die **Mutter auf Grund ihres Verhaltens dem Scheinvater wegen seiner dem Scheinkind erbrachten Leistungen nach § 826 BGB schadensersatzpflichtig** ist (vgl. BGH NJW 2013, 2108 m.w.N.), ihr auch die Verpflichtung zur Auskunftserteilung im Hinblick auf den Regressanspruch aus § 1607 III BGB verfassungsrechtlich zumutbar sein. Eine **Verpflichtung der Mutter**, dem Scheinvater zur Durchsetzung seines Regressanspruchs auch gegen ihren Willen Auskunft über die Person des Vaters zu erteilen, ist darum verfassungsrechtlich **nicht von vornherein ausgeschlossen**.“ (BVerfG aaO.)

#### (2) Ordnungsgemäße Interessenabwägung im Einzelfall

Fraglich ist jedoch, ob die widerstreitenden Interessen der hier beteiligten ordnungsgemäß gegeneinander abgewogen wurden.

„Die Entscheidungen beruhen auf der Verkennung der Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, weil die Gerichte gerade infolge dieser Verkennung die für und gegen die Schutzwürdigkeit der Beteiligten sprechenden konkreten Umstände des vorliegenden Falls nicht näher gewürdigt und nicht in die Entscheidung eingestellt haben. Insbesondere haben die Gerichte **unberücksichtigt gelassen**, dass das **Kind vor der Ehe gezeugt** wurde und damit aus einer Zeit stammt, in der ein Vertrauen des Ast., allein als Kindesvater in Betracht zu kommen, angesichts der Umstände des vorliegenden Falls nicht ohne Weiteres begründet war. In diesem Zusammenhang ist auch die **Beschreibung der Qualität der Beziehung** zwischen der Bf. und dem Ast. zur Empfängniszeit von Bedeutung, welche die Bf. **lediglich als „locker“** bezeichnet hat und zu der die Gerichte keine weiteren Feststellungen getroffen haben. Die Gerichte sind auch nicht näher darauf eingegangen, dass die Bf. – vom Ast. unwidersprochen – dargelegt hat, dem Ast. gegenüber **nie behauptet zu haben, das Kind könne nur von ihm abstammen**. Auch der Umstand, dass der Ast. nach der Scheidung im Jahr 1995 das Sorgerecht für das Kind gegen den Willen der Mutter für sich erstritten hat, obwohl die Bf. ihm bereits 1994 in einem Brief die Möglichkeit eröffnet hatte, dass er nicht der leibliche Vater sein könnte, wurde nicht gewürdigt. Möglicherweise wäre auch der vom OLG als nicht klärungsbedürftig angesehene Frage Bedeutung beizumessen gewesen, ob die Darlegung der Bf. zutrifft, dass **nicht sie den Ast. zur Eheschließung veranlasst** und so in die rechtliche Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB gedrängt habe. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Gerichte bei Würdigung dieser Gesichtspunkte zu einem anderen Ergebnis gelangt wären.“ (BVerfG aaO.)

## II. Verletzung des Rechtsstaatsprinzips

Die gerichtliche Verpflichtung der Mutter, Auskunft über die Person des mutmaßlichen Vaters des Kindes zu erteilen, könnte die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschreiten.

### 1. Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung eines solchen Auskunftsanspruchs ist nicht vorhanden.

„Der geltend gemachte Auskunftsanspruch ist nicht ausdrücklich geregelt, obgleich das Gesetz mit § 1605 BGB eine **Auskunftsregelung zur Durchsetzung unterhaltsrechtlicher Ansprüche** kennt. Diese Vorschrift ist hier jedoch nicht anwendbar. § 1605 BGB bestimmt, dass Verwandte in gerader Linie einander verpflichtet sind, auf Verlangen **über ihre Einkünfte und ihr Vermögen** Auskunft zu erteilen, soweit dies zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs oder einer Unterhaltsverpflichtung erforderlich ist. Eine **Verpflichtung der Mutter, dem Scheinvater Auskunft über geschlechtliche Beziehungen** zu einem Partner zu erteilen, wenn dies zur Feststellung einer Unterhaltsregressverpflichtung erforderlich ist, ist dort hingegen **nicht geregelt** (vgl. BGHZ 191, 259 [265 f.] = NJW 2012, 450 Rn. 18).“ (BVerfG aaO.)

### 2. Herleitung einer Auskunftsverpflichtung aus § 242 BGB

Die Gerichte haben diesen angesichts des gesetzlich geregelten Regressanspruchs des Scheinvaters aus dem Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB hergeleitet, der es gebiete, dass die Bf. dem Scheinvater die zur Geltendmachung seines Anspruchs erforderlichen Informationen zur Verfügung stellt.

#### a) Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung

„Gegen die gerichtliche **Begründung von Auskunftsansprüchen in Sonderverbindungen** auf Grund der Generalklausel des § 242 BGB ist verfassungsrechtlich im Grundsatz nichts einzuwenden. **Schöpferische Rechtsfindung** durch gerichtliche Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung ist **praktisch unentbehrlich** und wird vom BVerfG seit jeher anerkannt (vgl. BVerfG NJW 1973, 1221; BVerfG NJW 1979, 305; BVerfG NJW 1984, 475; BVerfG NJW 1986, 2242; BVerfG NJW 2011, 836; BVerfG NJW 2012, 3081 Rn. 74). Aus verfassungsrechtlicher Sicht bieten die **privatrechtlichen Generalklauseln** den Zivilgerichten nicht zuletzt die Möglichkeit, die **Schutzgebote der Grundrechte zur Geltung** zu bringen (vgl. BVerfG NJW 1998, 1475; st. Rspr.) und so die gesetzgeberische Erfüllung grundrechtlicher Schutzaufträge zu ergänzen; die Zivilgerichte verhelfen den Grundrechten so in einem Maße zur praktischen Wirkung, das zu leisten der Gesetzgeber im Hinblick auf die unübersehbare Vielfalt möglicher Fallgestaltungen (vgl. BVerfG NJW 2001, 591) allein kaum in der Lage wäre (vgl. hierzu insbes. Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, 132, 232; Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, 324 f.; Herzog/Grzeszick in *Maunz/Dürig, GG*, Art. 20 VI Rn. 90 [Dez. 2007]; Michael/Morlok, *Grundrechte*, 4. Aufl. 2014, Rn. 571 f.).“ (BVerfG aaO.)

#### b) Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung

Die richterliche Rechtsfortbildung wird jedoch ihrerseits auch durch die grundrechtlichen Vorgaben wieder begrenzt.

„Soweit die vom Gericht im Wege der Rechtsfortbildung gewählte Lösung dazu dient, der Verfassung, insbesondere verfassungsmäßigen Rechten des Einzelnen, zum Durchbruch zu verhelfen, sind die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung weiter, da insoweit eine auch den Gesetzgeber treffende Vorgabe der höherrangigen Verfassung konkretisiert wird (vgl. BVerfG NJW 1973, 1221; BVerfG NJW 1984, 475; BVerfG – abw.M).“

Umgekehrt sind die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung demgemäß bei einer **Verschlechterung der rechtlichen Situation des Einzelnen enger** gesteckt (vgl. BVerfG NJW 1984, 475; BVerfG; BVerfG NJW 2009, 1469 – abw.M.); die Rechtsfindung muss sich umso stärker auf die Umsetzung bereits bestehender Vorgaben des einfachen Gesetzesrechts beschränken, je schwerer die beeinträchtigte Rechtsposition auch verfassungsrechtlich wiegt.

Bei der gerichtlichen Entscheidung **zivilrechtlicher Streitigkeiten**, in denen überwiegend **Interessenkonflikte zwischen Privaten** zu lösen sind, trifft regelmäßig die Beeinträchtigung einer Rechtsposition auf der einen Seite mit der Förderung einer Rechtsposition auf der anderen Seite zusammen. ... **Je schwerer der verfassungsrechtliche Gehalt der gestärkten Position wiegt**, umso klarer ist eine entsprechende Lösung dem Gericht wie dem Gesetzgeber durch die Verfassung vorgezeichnet und umso weiter kann die Befugnis der Gerichte reichen, diese Position im Wege der Rechtsfortbildung – auch unter Belastung einer gegenläufigen, aber schwächeren Rechtsposition – durchzusetzen (so etwa BVerfGE 96, 56 [62 ff.] = NJW 1997, 1769). Umgekehrt gilt jedoch genauso: **Je schwerer die Belastung verfassungsrechtlich wiegt** und je schwächer der verfassungsrechtliche Gehalt der damit durchzusetzenden Gegenposition ist, **umso enger** sind die Grenzen für die Rechtsfortbildung gesteckt, umso strikter muss sich also die zivilgerichtliche Rechtsfindung innerhalb der Grenzen des gesetzten Rechts halten.“ (BVerfG aaO.)

### c) Anwendung auf den Fall

„Die mit der Auskunftspflicht einhergehende **Grundrechtsbeeinträchtigung der Bf.** wiegt schwer. Darüber hinaus beeinträchtigt die Verpflichtung der Bf. zur Auskunftserteilung mittelbar das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Familienleben eines **zu benennenden Mannes**.

Dem steht hier allein das Interesse des Scheinvaters an einer **Stärkung der Durchsetzungsfähigkeit seines einfachgesetzlichen Regressanspruchs** gegenüber. Dass der Gesetzgeber den Regressanspruch durchsetzungsschwach ausgestaltet hat, indem er es unterlassen hat, diesen durch einen entsprechenden Auskunftsanspruch zu flankieren, bedarf von Verfassungs wegen nicht der Korrektur. Der Gesetzgeber war **verfassungsrechtlich nicht gezwungen**, einen **durchsetzungsstärkeren Regressanspruch** zu schaffen. Wie das Interesse der Mutter an der Geheimhaltung intimer Daten ihres Geschlechtslebens einerseits und das finanzielle Regressinteresse des Scheinvaters andererseits zum Ausgleich gebracht werden, liegt im Ausgestaltungsspielraum des Privatrechtsgesetzgebers (dazu generell BVerfGE 134, 204 [223 f.] = NJW 2014, 46 Rn. 68 ff.). Auch der Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers findet zwar Grenzen in den Grundrechten der Betroffenen. Dass der Gesetzgeber hier durch die Nichtregelung einer den Regressanspruch flankierenden Auskunftspflicht **grundrechtliche Mindeststandards zu Lasten des Scheinvaters unterschritten** hätte, ist jedoch – zumal angesichts des hohen verfassungsrechtlichen Stellenwerts des betroffenen Geheimhaltungsinteresses der Mutter – **nicht ersichtlich**.

Zwar können die Zivilgerichte individuelle Rechtspositionen grundsätzlich auch über das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß hinaus im Wege der Rechtsfortbildung stärken. Im Fall des hier zu beurteilenden Auskunftsanspruchs ist der Spielraum für richterliche Rechtsfortbildung, die über das verfassungsrechtlich Gebotene hinausginge, jedoch wegen des entgegenstehenden Grundrechts der Mutter enger bemessen.“ (BVerfG aaO.)

Danach können die Gerichte die Verpflichtung einer Mutter, zur Durchsetzung des Regressanspruchs aus § 1607 III 2 BGB Auskunft über frühere Geschlechtspartner zu erteilen, nicht allein auf die Generalklausel des § 242 BGB stützen. Vielmehr setzt die gerichtliche Verpflichtung einer Mutter zur Preisgabe des Partners oder der Partner geschlechtlicher Beziehungen **konkretere gesetzliche Anknüpfungspunkte** voraus, aus denen sich ablesen lässt, dass eine Mutter zur Auskunftserteilung der fraglichen Art verpflichtet ist. Solche Anknüpfungspunkte finden sich hier nicht.

„Die in **§ 1605 BGB** getroffene Regelung von Auskunftsansprüchen im Unterhaltsrecht deutet im Gegenteil darauf hin, dass zur Durchsetzung des Unterhaltsregressanspruchs keine Auskunftspflicht bestehen soll. Auch der Anspruchsregelung in **§ 1607 III BGB** selbst kann der erforderliche Anknüpfungspunkt nicht entnommen werden. Die Norm begründet lediglich die materielle Rechtsposition, ohne deren Durchsetzbarkeit zu regeln. Schließlich bietet auch die eherechtliche Generalklausel des **§ 1353 I BGB** keinen hinreichend konkreten Anhaltspunkt für eine Auskunftspflicht der Mutter.“ (BVerfG aaO.)

Mangels konkreten gesetzlichen Anknüpfungspunkts können die Gerichte also, unabhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls, einen der Durchsetzung des Unterhaltsregresses dienenden Auskunftsanspruch eines Scheinvaters gegen die Mutter generell nicht aus § 242 BGB herleiten.

### III. Ergebnis

Die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidungen des AG sowie des OLG verletzen die Bf. in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und in ihrem Grundrecht aus Art. 2 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG).

**Informationszugangsanspruch  
Zugang zu mandatsbezogenen Informationen**

(BVerwG in NVwZ 2015, 669; Urteil vom 27.11.2014 – 7 C 20/12)

1. Der dem **Informationszugangsanspruch** nach § 1 I IFG entgegenstehende **Ver-sagungsgrund** des § 5 II IFG für Informationen aus Unterlagen, die mit dem Abgeordnetenmandat in Zusammenhang stehen, gilt nur für **personenbezogene Daten**.
2. Angaben zum **Sachleistungskonsum** der Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden von § 5 II IFG erfasst.

**Fall:** Die Bet. streiten um den Zugang zu Informationen über den Sachleistungskonsum der Mitglieder des 17. Deutschen Bundestages.

Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages haben die Möglichkeit, im Rahmen ihrer Amtsausstattung nach § 12 IV 1 Nr. 1 S. 2 AbgG für einen Betrag von bis zu 12.000 € jährlich Gegenstände für den Büro- und Geschäftsbedarf anzuschaffen. Zu diesem Zweck hat die Verwaltung des Deutschen Bundestages für alle Abgeordneten ein Sachleistungskonto eingerichtet. Die Versorgung mit Büromaterial erfolgt dabei auf Grundlage eines Rahmenvertrags mit der Bekl. durch ein bestimmtes Unternehmen, während Geräte des Informations- und Kommunikationsbedarfs bei einem Anbieter nach Wahl erworben werden können. Aufwendungen bis zu einem Anschaffungswert von 800 € (inkl. MwSt.) können erstattet werden.

Mit E-Mail vom 09.07.2010 beehrte der Kl., Redakteur einer großen Tageszeitung, unter Berufung auf das Informationsfreiheitsgesetz Auskunft zur Verwendung der Sachmittelpauschale durch Mitglieder des Deutschen Bundestages im ersten Halbjahr 2010. Er fragte, wie viele Mitglieder des Deutschen Bundestages einen oder mehrere iPods über diese Pauschale abgerechnet hätten, wie viele iPods insgesamt abgerechnet worden seien, welche Zahl von Abgeordneten welche Anzahl von iPods abgerechnet habe, welche Abgeordneten wie viele Geräte abgerechnet hätten, welche Kosten hierfür entstanden seien und wie viele dieser Geräte von dem Unternehmen, das einen Rahmenvertrag mit dem Bundestag geschlossen habe, geliefert worden seien. Diesen Antrag lehnte die Bekl. ab. Die hiergegen erhobene Klage wies das VG Berlin ab. Mit Urteil vom 07.06.2012 hat das OVG Berlin-Brandenburg die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Das BVerwG gab der Revision des Kl. teilweise statt und verpflichtete die Bekl., dem Kl. Auskunft zu folgenden Fragen zur Verwendung der Sachmittelpauschale der Mitglieder des 17. Deutschen Bundestages im ersten Halbjahr 2010 zu erteilen:

1. Wie viele iPods wurden insgesamt von Abgeordneten des Deutschen Bundestages erworben?
2. Welche Anzahl an Abgeordneten hat welche Anzahl von iPods abgerechnet?
3. Welche Kosten sind durch den Ankauf der iPods insgesamt entstanden?
4. Wie viele dieser iPods wurden von der Fa. B. GmbH geliefert?
5. Wie viele Abgeordnete des Deutschen Bundestages haben einen oder mehrere iPods über die Sachmittelpauschale des Bundestages abgerechnet?

Nicht stattgegeben wurde dem Antrag auf Auskunft zu der Frage, welche Abgeordnete wie viele iPods abgerechnet haben.

## I. Anspruch auf Auskunft zu der Frage, welche Abgeordnete wie viele iPods abgerechnet haben

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 1 I 2 IFG ergeben. Nach § 1 I 1 IFG hat jeder nach Maßgabe des Informationsfreiheitsgesetzes gegenüber den Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Für sonstige Bundesorgane und -einrichtungen gilt dies nach § 1 I 2 IFG in gleicher Weise, soweit sie öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen.

### 1. Bundestag als auskunftspflichtige Behörde

*„Das OVG hat im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (BVerwGE 141, 122 = NVwZ 2012, 256 Ls. = BeckRS 2012, 45392 Rn. 11 ff.) zutreffend ausgeführt, dass der **Deutsche Bundestag** in Bezug auf die begehrten Informationen **grundsätzlich auskunftspflichtige Behörde** nach § 1 I 1 IFG ist. Er nimmt, soweit er den Abgeordneten die Amtsausstattung zur Verfügung stellt, eine **öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit** wahr. Die demgegenüber vom funktionalen Behördenbegriff ausgenommene parlamentarische Tätigkeit des Abgeordneten als solche (vgl. BT-Drs. 15/4493, 8; Schoch, IFG, 2009, § 1 Rn. 96 f.) ist nicht Gegenstand des Auskunftsbegehrens.“* (BVerwG aaO.)

## 2. Ausschlussgründe

Der begehrten Auskunftserteilung könnte hier aber der Schutz personenbezogener Daten nach § 5 IFG entgegenstehen.

Nach § 5 I 1 IFG darf Zugang zu personenbezogenen Daten nur gewährt werden, soweit das Informationsinteresse des Antragstellers das schutzwürdige Interesse des Dritten am Ausschluss des Informationszugangs überwiegt oder der Dritte eingewilligt hat.

Auf eine Interessenabwägung kommt es aber nach § 5 II IFG dann nicht mehr an, wenn es um **Informationen aus Unterlagen** geht, soweit sie **mit dem Dienst- oder Amtsverhältnis oder einem Mandat des Dritten** in Zusammenhang stehen und bei Informationen, die einem Berufs- oder Amtsgeheimnis unterliegen.

*„Hiernach ist bei personenbezogenen Daten, die durch die in der Vorschrift bezeichneten besonderen Umstände gekennzeichnet sind, für eine einzelfallbezogene Abwägung kein Raum mehr; vielmehr hat das Gesetz selbst eine abschließende Entscheidung getroffen und im Ergebnis einen abwägungsresistenten Ausschlussgrund für einen beantragten Informationszugang normiert (vgl. Schoch in Informationsfreiheit und Informationsrecht, Jahrbuch 2013, 123 [145 f.]; Sitsen, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, 2009, 206 f.).“ (BVerwG aaO.)*

### a) Betroffenheit personenbezogener Daten

Hier kann der Begriff des § 3 I BDSG herangezogen werden. Danach sind personenbezogene Daten **Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse** einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person.

*„Diese Voraussetzungen sind gegeben, da der Kl. Informationen über die Beschaffungspraxis der einzelnen namentlich bezeichneten Abgeordneten begehrt; hierbei geht es um sachliche Verhältnisse bestimmter Personen.“ (BVerwG aaO.)*

### b) Mandatszusammenhang

Eine Auskunftserteilung wäre ohne weitere Abwägung ausgeschlossen, wenn es sich im Sinne des § 5 II IFG um Informationen handeln würde, die mit einem Mandat des Dritten im Zusammenhang. Die Vorschrift stellt neben dem Dienst- und dem Amtsverhältnis auch das Abgeordnetenmandat unter besonderen Schutz.

#### aa) Begriff des Mandatszusammenhangs

*„Die Norm fordert ihrem Wortlaut nach durch das Abstellen auf den „Zusammenhang“ lediglich, dass zwischen dem Mandat und der Information eine – im Gesetz nicht näher spezifizierte – Verbindung besteht. Wie insoweit die Grenzen allgemein zu ziehen sind und der Begriff des Zusammenhangs seine Konturen gewinnen kann, bedarf hier keiner Klärung. Denn die Verbindung zwischen den Angaben und dem Mandat wird im vorliegenden Fall, worauf das OVG zutreffend hinweist, normativ geprägt; die begehrten Informationen betreffen die durch das Abgeordnetengesetz in Ausfüllung der verfassungsrechtlichen Vorgaben nach Art. 48 III GG geregelte Amtsausstattung und damit einen Ausschnitt aus der Rechtsstellung des Abgeordneten, der die Ausübung des Mandats durch Sicherung seiner sachlichen Voraussetzungen ermöglichen soll. Der Zusammenhang mit dem Mandat ist demnach nicht lediglich ein faktischer, sondern rechtlich vorgegeben.“ (BVerwG aaO.)*

Angaben über die Nutzung der Amtsausstattung durch den Abgeordneten werden daher von § 5 II IFG erfasst

#### bb) Keine einschränkende Auslegung

*„§ 5 II IFG privilegiert neben dem Mandat auch das Dienst- und das Amtsverhältnis. Daraus folgt nicht, dass die damit bezweckten Rechtswirkungen jeweils gleichartig ausgestaltet sind. Der auf die drei genannten Bereiche bezogene Schutz kann nicht als in der Weise gleichgerichtet verstanden werden, dass vom Schutz des „Dienst-, Amts- und Mandatsverhältnisses“ gesprochen wird und sodann allein Angaben zum „Grundverhältnis“, d.h. dem Mandatsverhältnis als solchen, abwägungsfest sein sollen (so Sitsen, 208 f.).“ (BVerwG aaO.)*

Auch die Auslegung der Vorschrift ergibt einen solchen Ansatz nicht.

**(1) Wortlautauslegung**

„Diese Auffassung setzt sich bereits über den **Wortlaut** des Gesetzes hinweg, das einerseits das Dienst- und Amtsverhältnis und andererseits das Mandat erwähnt, jedoch nicht das Begriffspaar Amt und Mandat verwendet.“ (BVerwG aaO.)

**(2) Entstehungsgeschichte**

„Die **Entstehungsgeschichte** der Bestimmung rechtfertigt ebenso wenig den Schluss auf einen vollständigen inhaltlichen Gleichlauf in den drei Schutzrichtungen.“ (BVerwG aaO.)

**(3) Teleologische Auslegung**

„Schließlich gebieten auch **Sinn und Zweck** des § 5 II IFG keine Auslegung dahingehend, dass der geforderte Zusammenhang mit dem Mandat ein „spezifischer und kein ubiquitärer“ sein müsse und deshalb für „Randerscheinungen der Abgeordnetentätigkeit“ nicht zum Tragen kommen dürfe (so Schoch in Informationsfreiheit und Informationsrecht, Jahrbuch 2013, 123 [146]). Denn das Gesetz möchte durch die **Verbesserung der Transparenz der Verwaltung** die effektive Wahrnehmung von Bürgerrechten, die Förderung der demokratischen Meinungs- und Willensbildung sowie die Verbesserung der Kontrolle staatlichen Handelns erreichen. Ein solchermaßen ehrgeiziges Ziel ...setzt voraus, dass die vom Gesetzgeber **als geboten erachteten Beschränkungen** des Grundsatzes der Informationsgewährung **konkret und präzise gefasst** sind (so BT-Drs. 15/4493, 9). Sie müssen ihrerseits allerdings den von ihnen verfolgten Anliegen entsprechend verstanden und ernst genommen werden.

Der Ausschlussgrund des § 5 II IFG ist **so klar und präzise gefasst**, dass sich jedenfalls die entscheidungserhebliche Fallgestaltung eines auf Informationen über die Beschaffung von Gegenständen der Amtsausstattung gerichteten Auskunftsbegehrens ihm **eindeutig zuordnen lässt**; denn der in § 5 II IFG geforderte Zusammenhang mit dem Mandat ist in dieser Konstellation nicht bloß faktischer Natur, sondern durch § 12 IV Abgeordnetengesetz – AbgG – i.d.F. der Bekanntmachung vom 21.02.1996 (BGBl. I 1996, 326) zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 11.07.2014 (BGBl. I 2014, 906) normativ begründet. Spielraum für ein einengendes Verständnis bleibt nach dem Sinn und Zweck des Ausschlussgrundes insoweit nicht.“ (BVerwG aaO.)

**(4) Systematische Auslegung**

Eine Korrektur ist auch nicht vor dem Hintergrund der auf Nebentätigkeiten bezogenen Offenbarungspflicht des § 44 a IV AbgG zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen erforderlich.

„Die **Offenbarungspflichten über Einkünfte aus Nebentätigkeiten** dienen der Information der Wähler und des Deutschen Bundestages über Interessenverflechtungen und wirtschaftliche Abhängigkeiten der Abgeordneten, die die Funktionsfähigkeit des Parlaments als Repräsentationsorgan des ganzen Volkes beeinträchtigen können (BVerfGE 118, 277 [353 f.] = NVwZ 2007, 916 = NJW 2008, 49 Ls.). Einen solchen **gravierenden Einfluss auf die Funktionsfähigkeit des Parlaments** hat ein gegebenenfalls kritikwürdiger Gebrauch der Sachleistungspauschale indessen nicht.“ (BVerwG aaO.)

**II. Anspruch auf anonymisierte Auskünfte zu den sonstigen Fragen****1. Tauglicher Informationsgegenstand**

Neben dem Vorliegen der vorstehenden Voraussetzungen stellt sich die Frage, ob das Informationszugangsbegehren ist auf einen tauglichen Gegenstand gerichtet ist.

Nach § 2 Nr. 1 IFG ist der Anspruch auf amtliche Informationen gerichtet. Darunter ist jede amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnung zu verstehen, unabhängig von der Art ihrer Speicherung. Hier würde die Erfüllung des Auskunftsanspruchs eine Sammlung von Daten aus den Aufzeichnungen zu jedem einzelnen Mitglied des Deutschen Bundestages und eine Zusammenstellung bzw. rechnerische Auswertung dieser Daten erfordern. Fraglich ist, ob dies von § 1 I IFG gedeckt ist.

„Es trifft zwar zu, dass sich der Informationsanspruch grundsätzlich auf den bei der informationspflichtigen Behörde **vorhandenen Bestand** beschränkt. Die Behörde trifft **keine Informationsbeschaffungspflicht** und sie ist nicht gehalten, begehrte Informationen durch Untersuchungen erst zu generieren (vgl. BVerwG, Buchholz 404 IFG Nr. 11 = NJW 2013, 2538 Rn. 11 m.w.N.; zum presserechtlichen Auskunftsanspruch BVerwGE 146, 56 = NVwZ 2013, 1006 Rn. 30 = NJW 2013, 2919 Ls.). Um eine solche Informationsbeschaffung geht es hier aber nicht. Die Unterlagen zur Nutzung der Sachleistungspauschale durch die Abgeordneten liegen der Bekl. – gegliedert nach den jeweiligen Sachleistungskonten der einzelnen Abgeordneten – vor. Ohne Bedeutung ist insoweit, dass die Abrechnung der iPods, wie die Bekl. in der münd-

lichen Verhandlung erläutert hat, nicht ohne weiteres aus den Unterlagen erkennbar ist, weil sich die abgerechneten Erwerbsvorgänge hinter Code-Nr. und Typ-Nr. verbergen. Die folglich erforderliche „**nachträgliche Rekonstruktion**“ der **Sachinformationen** ist eine **reine Übertragungsleistung**, die als Vorbedingung des Informationszugangs lediglich ein in verwaltungstechnischen Erwägungen wurzelndes Zugangshindernis beseitigt. Wenn angesichts des Informationsinteresses und des insofern spezifizierten Zugangsantrags nicht nur die vorhandenen Unterlagen zu einem oder wenigen Abgeordneten, sondern die zu allen Abgeordneten von der Bundestagsverwaltung zu überprüfen sind, erhöht sich zwar der organisatorische und zeitliche Aufwand für die Beantwortung des Antrags, am Vorhandensein der Information ändert sich aber nichts. Allein die **Addition gleichartiger Informationen** ist **keine** vom Informationsanspruch nicht umfasste **inhaltliche Aufbereitung von Informationen**. Dies gilt nicht nur für die Ermittlung der Anzahl der erworbenen iPods oder der betroffenen Abgeordneten – die Vorlage einer Strichliste ist keine ernsthaft zu erwägende Alternative –, sondern auch für die Ermittlung der erstatteten Gesamtkosten. Denn deren Ermittlung ist angesichts leistungsfähiger Computerprogramme nicht aufwändiger als die Auflistung der jeweiligen Einzelbeträge.“ (BVerwG aaO.)

## 2. Ausschlussgründe

Fraglich ist, ob auch hier § 5 II IFG einer Auskunftserteilung entgegensteht. Dann müsste es sich um personenbezogene Daten handeln. Das setzt voraus, dass sie sich auf bestimmbare Personen i.S.v. § 3 I BDSG beziehen.

„Einer bestimmbaren Person kann eine Angabe zugeordnet werden, wenn der **Personenbezug zwar nicht aus dem konkreten Datensatz ersichtlich**, dieser aber **mithilfe ansonsten bekannter Angaben** und damit von sogenanntem Zusatzwissen hergestellt werden kann (zur Erkennbarkeit einer Person s. auch BVerfGE 119, 1 [25 f.] = NJW 2008, 39; BVerfGK 3, 31 [321 f.] = NJW 2004, 3619; BGH, NJW 2005, 2844 [2845 f.] = GRUR 2005, 788). Unter welchen Voraussetzungen hiervon auszugehen ist, ergibt sich aus der Vorschrift des § 3 VI BDSG, die den zum Personenbezug komplementären Begriff der Anonymisierung umschreibt. Danach ist Anonymisieren das Verändern personenbezogener Daten derart, dass die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person zugeordnet werden können. Der Personenbezug entfällt bei einer Veränderung der Daten vor Herausgabe durch **Beseitigung der Identifikationsmerkmale** demnach nur, wenn eine spätere **Deanonymisierung** nur mit unverhältnismäßigem Aufwand vorgenommen werden kann. Ob eine solche Deanonymisierung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, erfordert eine **Risikoanalyse im Einzelfall** (vgl. Dammann in Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 3 Rn. 23 ff.; Kühling/Klar, NJW 2013, 3611 [3613]).“ (BVerwG aaO.)

Es kommt daher darauf an, ob im vorliegenden Fall ein solches Risiko der Deanonymisierung tatsächlich angenommen werden kann.

„Unter Anlegung dieses rechtlichen Maßstabs hat das OVG es insbesondere **angesichts eines Skandalisierungspotenzials** bei einer Gesamtschau verschiedener Umstände als durchaus wahrscheinlich erachtet, dass die Veröffentlichung anonymisierter Informationen entscheidend zur Weitergabe auch personenbezogener Daten über Handlungen individualisierter Abgeordneter beitragen könne.

[Hierbei hat das OVG] nicht beachtet, dass ihm aus einem Parallelverfahren (OVG Berlin-Brandenburg, OVG 12 B 34/10, ZD 2013, 638 Ls. = BeckRS 2012, 51575, nachfolgend BVerwG 7 C 19/12, BeckRS 2015, 41981) geläufige vergleichbare Vorgänge in der Vergangenheit seine Prognose, die in ihren tatsächlichen Annahmen nicht weiter erläutert wird, gerade nicht bestätigen. In der Presse ist nämlich Ende 2009 über die allgemeinen, nicht auf einzelne Abgeordnete bezogenen Zahlen zur Beschaffung von Montblanc-Füllfederhaltern über das Sachleistungskonto berichtet worden (s. die Nachw. bei Soyka, JA 2011, 566). Ungeachtet der bis zur Entscheidung des OVG vergangenen Zeit sind individualisierte Vorwürfe gegen namentlich benannte Abgeordnete nicht bekannt geworden; die generellen Angaben sind demnach nicht deanonymisiert worden.

Die Tragfähigkeit und die Überzeugungskraft der Erwägungen des OVG werden dadurch ... erschüttert. Vor diesem Hintergrund vermag der Senat nicht zu erkennen, dass die **Bekanntgabe der auf die Gesamtheit der Abgeordneten bezogenen Zahlen** mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Ausgangspunkt für die Aufdeckung der Beschaffungspraxis des einzelnen Abgeordneten sein könnte.“ (BVerwG aaO.)

## Kurzauslese I

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

**BGB** **Immobilienleasing oder Gewerbemiete** **VertragsR**  
**§§ 307 I, 535 I S. 2** **Abgrenzungskriterien**

(BGH in NJW-RR 2015, 615; Urteil vom 26.11.2014 – XII ZR 120/13)

**Fall:** Die Parteien streiten um eine formformulierte Vertragsklausel in einem „Anlagenmietvertrag“, nach welcher der Beklagte die Instandhaltung des Gebäudes schuldet. Fraglich ist, ob eine solche Klausel der Prüfung standhält.

Nach § 307 I, II Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung des Verwendungsgegners anzunehmen, wenn die Klausel mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist

„Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nach § 307 I Satz 1 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders **entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen**. Nach § 307 II Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Dabei sind im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 I BGB auf der Grundlage einer generalisierenden Betrachtungsweise Art und Gegenstand, Zweck und **besondere Eigenart des jeweiligen Vertrags** zu berücksichtigen. Die daraus folgenden unterschiedlichen Interessen führen deshalb auch zu Differenzierungen in der Beurteilung der Angemessenheit (vgl. BGH, Beschl. v. 08.01.1986 – VIII ARZ 4/85, NJW 1986, 2102 f.)“ (BGH aaO.)

Das Mietrecht sieht in § 535 I 2 BGB als Hauptpflicht des Vermieters die Instandhaltung vor. Die vollständige Überwälzung der Instandhaltungspflicht auf einen Mieter in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist damit grundsätzlich nicht zu vereinbaren. Eine solche Vereinbarung ist lediglich individualvertraglich möglich. Fraglich ist jedoch, ob es sich rechtlich überhaupt um einen Mietvertrag handelt. Sowohl nach seiner inhaltlichen Gestaltung als auch nach dem von den Vertragsparteien verfolgten Zweck könnte es sich auch um einen Immobilienleasingvertrag handeln. Bei diesem wäre die Vereinbarkeit differenzierter zu betrachten.

## I. Bestimmung des Vertragstypus

### 1. Begriff des Immobilienleasings

„Das Immobilienleasing stellt eine **besondere Form des Finanzierungsleasings** dar (vgl. BGH v. 25.01.1989 – VIII ZR 302/87, BGHZ 106, 304 = MDR 1989, 628 = NJW 1989, 1279), um den **Erwerb von Grundstücken oder die Errichtung baulicher Anlagen** zu finanzieren. Auch für einen Immobilienleasingvertrag ist daher kennzeichnend, dass der Leasinggeber dem Leasingnehmer eine Sache oder eine Sachgesamtheit **gegen ein in Raten gezahltes Entgelt** zum Gebrauch für eine fest vereinbarte – und beim Immobilienleasing regelmäßig lange – Vertragslaufzeit überlässt, wobei die **Gefahr und Haftung für Instandhaltung, Sachmängel, Untergang und Beschädigung der Sache allein den Leasingnehmer** trifft (vgl. BGH v. 04.02.2004 – XII ZR 301/01, BGHZ 158, 19 = MDR 2004, 766 f. = NZM 2004, 340 [342]; Urt. v. 11.03.1998 – VIII ZR 205/97, MDR 1998, 648 m. Anm. Friedrich = NJW 1998, 1637 f. m.w.N.). Der Leasingnehmer deckt mit den während der Vertragslaufzeit entrichteten Leasingraten die Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie alle Nebenkosten einschließlich der Finanzierungskosten des Leasinggebers, beim Immobilienleasing möglicherweise noch durch ein zusätzlich zu gewährendes Mieterdarlehen, vollständig ab (Engel, NZM 1998, 785 [788]).“ (BGH aaO.)

### 2. Inhalt eines Mietvertrages

„Bestimmende Kriterien des Mietvertrags sind die **Gebrauchsüberlassung einer Sache gegen Zahlung eines regelmäßig nach Zeitabschnitten bemessenen Mietzinses**. Beim Leasingvertrag tritt zu diesen auch für ihn wesentlichen Merkmalen regelmäßig hinzu, dass der Leasinggeber zum Zwecke der Befriedigung eines Investitionsbedarfs des Leasingnehmers das zum Gebrauch zu überlassende Leasinggut beschafft und vorfinanziert (BGH v. 28.03.1990 – VIII ZR 17/89, BGHZ 111, 84 = MDR 1990, 911 = NJW 1990, 1785 [1787 f.]).“ (BGH aaO.)

### 3. Anwendung auf den Fall

„Eine Gesamtschau der in dem Anlagen-Mietvertrag getroffenen Regelungen zeigt, dass der Anlagen-Mietvertrag **rechtlich als Finanzierungsleasingvertrag zu qualifizieren ist**. [Wird ausgeführt.]“ (BGH aaO.)

## II. Inhaltskontrolle

Handelt es sich aber um einen Immobilienleasingvertrag, so könnte die Klausel einer Prüfung nach § 307 BGB standhalten.

„Auch wenn auf **Finanzierungsleasingverträge** in erster Linie **Mietrecht anzuwenden** ist (vgl. BGH, Urt. v. 08.11.1989 – VIII ZR 1/89, MDR 1990, 536 = NJW-RR 1990, 182 f. m.w.N.), muss deshalb bei einer Inhaltskontrolle jeweils das **Eigengepräge des Leasingvertrags** unter sachgerechter Bewertung der von den Parteien typischerweise verfolgten Interessen berücksichtigt werden. Soll eine Leasingvertragsklausel daraufhin geprüft werden, ob sie mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes unvereinbar ist (§ 307 II Nr. 1 BGB), so ist zunächst festzustellen, ob der typische Gehalt des Leasingvertrags in der betreffenden Frage mit demjenigen eines normalen Mietvertrags übereinstimmt. Ist das nicht der Fall, so kommt eine Abweichung von einem wesentlichen Grundgedanken des Mietrechts nicht in Betracht (BGH v. 04.07.1990 – VIII ZR 288/89, BGHZ 112, 65 = MDR 1990, 1105 = NJW 1990, 3016 f.).

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH zählt die **Abwälzung der Sach- und Preisgefahr auf den Leasingnehmer** und dessen damit verbundene Haftung in Fällen des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Leasingsache zum **typischen Inhalt eines Leasingvertrags** (BGH v. 22.01.1986 – VIII ZR 318/84, BGHZ 97, 65, 76 = MDR 1986, 747 = NJW 1986, 1335 [1337]; v. 11.12.1991 – VIII ZR 31/91, BGHZ 116, 278 [287] = MDR 1992, 227 = NJW 1992, 683 [685]; Urt. v.

25.03.1998 – VIII ZR 244/97, MDR 1998, 835 = NJW 1998, 2284 f.). Entsprechende Regelungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen benachteiligen den Leasingnehmer daher nicht unangemessen. Das gilt **auch für die weitgehende Freizeichnung des Leasinggebers von der eigenen Gewährleistung** (so schon BGHZ 68, 118 = NJW 1977, 848). Dies liegt darin begründet, dass sich die Stellung des Leasingnehmers wesentlich von der des (langfristigen) Mieters unterscheidet. Während der Mieter das Objekt ausschließlich zur Nutzung über einen bestimmten Zeitraum erhält, erlangt der Leasingnehmer von Anfang an eine mehr dem Eigentümer als dem Mieter vergleichbare Rechtsstellung (BGH v. 04.02.2004, aaO.). Dies rechtfertigt es, ihn – auch bei einem Immobilienleasingvertrag (vgl. BGH v. 25.01.1989 – VIII ZR 302/87, MDR 2015, 146 BGHZ 106, 304 = MDR 1989, 628 = NJW 1989, 1279 f.) – in Bezug auf die Sach- und Preisgefahr bei der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen ähnlich wie einen Käufer zu behandeln (Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rn. 1855). Kann der Leasinggeber danach die von ihm nach den allgemeinen mietrechtlichen Bestimmungen zu tragende Sach- und Preisgefahr durch Regelungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen auf den Leasingnehmer abwälzen, erfährt dieser durch eine vorformulierte Vertragsbedingung, durch die ihm die Instandhaltungsverpflichtung für das in seinem Interesse angeschaffte und von ihm genutzte Leasingobjekt übertragen wird, ebenfalls keine unangemessene Benachteiligung. Auch diese Regelung ist leasingtypisch und trägt dem berechtigten Werterhaltungs- und Sicherungsinteresse des Leasinggebers Rechnung (Staudinger/Stoffels, BGB 2014, Leasing, Rn. 212). [Rn. 39-40].“ (BGH aaO.)

### III. Ergebnis

Die geprüfte Klausel ist wirksam.

BGB

§ 309 Nr. 7a, b

## AGB bei Gebrauchtwagenkauf

Keine vollständige Haftungsfreizeichnung

VertragsR

(BGH in NZV 2015, 294; Urteil vom 04.02.2015 – VIII ZR 26/14)

Eine **umfassende Freizeichnung** in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (hier: eines Gebrauchtwagenkaufvertrags), nach der die Haftung des Klauselverwenders auch für Körper- und Gesundheitsschäden sowie für sonstige Schäden auch **bei grobem Verschulden** ausgeschlossen ist, hält einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 309 Nr. 7 a und b BGB nicht stand

**Fall:** Der Kläger macht Ansprüche auf Rückabwicklung des Kaufvertrags gem. § 346 I i.V.m. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 I BGB sowie Ersatz vergeblicher Aufwendungen gem. §§ 437 Nr. 3 Alt. 2, 284 BGB geltend. Im Kaufvertrag über ein Gebrauchtfahrzeug waren allerdings in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten sämtliche Sachmängelansprüche, auch für Körper- und Gesundheitsschäden sowie für sonstige Schäden auch bei grobem Verschulden ausgeschlossen. Das Vertragsformular stammte allerdings nicht vom Beklagten, sondern von seinem Streithelfer C. Der Beklagte selbst hat das Formular nur einmalig benutzt. Der Kläger hält diesen Ausschluss für unwirksam. Zu Recht?

Die Klausel könnte an §§ 305 ff. BGB zu messen sein.

#### I. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Der Formularvertrag müsste für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein.

„Die vom Beklagten gestellten Vertragsbedingungen sind **für eine Vielzahl von Verträgen** vorformuliert (§ 305 I 1 BGB). Dies gilt selbst dann, wenn er den Streithelfer nur für ein einzelnes Geschäft eingeschaltet haben sollte. Denn Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen auch dann vor, wenn sie – wie hier – für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, selbst wenn die Vertragspartei, die die Klauseln stellt, sie nur in einem einzigen Vertrag verwenden will (BGH, Urt. v. 17.02.2010 – VIII ZR 67/09 – Rn. 10, BGHZ 184, 259 = MDR 2010, 733 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

#### II. Stellung durch den Beklagten

Da der Formularvertrag vom Streithelfer stammt, stellt sich die Frage, ob die Vertragsbedingungen vom Beklagten gestellt wurden.

„Bei dem **Ausschluss der Sachmängelhaftung** handelt es sich sowohl nach der Erscheinungsform des Textes als auch nach dessen Inhalt um **Allgemeine Geschäftsbedingungen** (§ 305 I BGB). Diese sind vom Beklagten verwendet worden. Zwar stammt das Vertragsformular nicht von diesem, sondern von dem in seinem Auftrag tätig gewordenen Streithelfer. Die **vorformulierten Vertragsbedingungen** sind jedoch gleichwohl vom Beklagten „gestellt“ (§ 305 I S. 1 BGB), weil der Streithelfer kein Dritter, sondern Abschlussgehilfe des Beklagten war (§ 278 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 14.12.2010 – VIII ZR 143/10 – Rn. 7, WuM 2011, 96).“ (BGH aaO.)

#### III. Inhaltskontrolle

Fraglich ist, ob die Klausel einer Inhaltskontrolle standhält.

„Wie der Senat bereits wiederholt entschieden hat, ist eine **umfassende Freizeichnung** in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach der die Haftung des Klauselverwenders – wie im vorliegenden Gebrauchtwagenkaufvertrag – auch für Körper- und Gesundheitsschäden (§ 309 Nr. 7 a BGB) sowie für sonstige Schäden auch bei grobem Verschulden (§ 309 Nr. 7 b BGB) ausgeschlossen ist, **wegen unangemessener Benachteiligung** des Vertragspartners des Verwenders **unwirksam** (BGH v. 22.11.2006 – VIII ZR 72/06 – Rn. 10, BGHZ 170, 67 = MDR 2007, 458; v. 19.09.2007 – VIII ZR 141/06 – Rn. 10 ff., BGHZ 174, 1 = MDR 2008, 16; s.a. BGH v. 29.05.2013 – VIII ZR 174/12 – Rn. 15, MDR 2013, 774 = NJW 2013, 2584; v. 19.06.2013 – VIII ZR 183/12 – Rn. 30, NJW 2014, 211; jeweils m.w.N.). Dies gilt gem. § 307 I, II Nr. 2 BGB selbst dann, wenn der Kläger das Fahrzeug nicht als Verbraucher, sondern als Unternehmer erworben haben sollte (vgl. BGH v. 19.09.2007, aaO. – Rn. 13 ff.).

Der Zusatz „**soweit das gesetzlich zulässig ist**“ beseitigt die **Unwirksamkeitsfolge** der gegen die gesetzlichen Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen verstoßenden Klauseln **nicht** (vgl. BGH, Urt. v. 26.11.1984 – VIII ZR 214/83, BGHZ 93, 29, 48 = MDR 1985, 837; v. 26.06.1991 – VIII ZR 231/90, MDR 1992, 25 = NJW 1991, 2630 unter II 5; jeweils m.w.N.). Derartige salvatorische Klauseln sind ihrerseits unwirksam, weil sie gegen das Verständlichkeitsgebot verstoßen (vgl. BGH v. 20.11.2012 – VIII ZR 137/12 – Rn. 3, juris – Hinweisbeschluss; v. 05.03.2013 – VIII ZR 137/12 – Rn. 3, NJW 2013, 1668 – Zurückweisungsbeschluss). [Rn. 18-19].“ (BGH aaO.)

(BGH in NJW-RR 2015, 690; Urteil vom 18.02.2015 – XII ZR 199/13)

**Fall:** Die Bekl. betreibt ein bekanntes Freizeitbad. Der Eintritt für das Bad ist beim Betreten zu zahlen. Für weitere Leistungen stellt die Bekl. den Kunden ein Armband mit einem Chip zur Verfügung, der auch zum Öffnen und Verschließen eines Garderobenschanks dient. Kunden, die eine Leistung (Getränke, Essen, Sonderleistungen) in Anspruch nehmen, müssen den Chip scannen lassen, was im zentralen Computer der Bekl. erfasst und auf einem entsprechend eingerichteten Kundenkonto verbucht wird. Bis zur Grenze von 150 € für Erwachsene und 35 € für Kinder können die Kunden Leistungen in Anspruch nehmen, die – unter Vorlage des Chips – erst beim Verlassen des Bades zu bezahlen sind. Die Einzelheiten der vertraglichen Nutzung sind durch von der Bekl. verwendete AGB bestimmt. Der Kl. beanstandet die darin enthaltene Regelung für einen Verlust des Armbands. Die betreffende Klausel hat folgenden Wortlaut:

*3.8 Bei Verlust des ... Armbandes mit Chip hat der Besucher den jeweils ... eingeräumten Kredit zu entrichten. Dem Besucher bleibt der Nachweis eines niedrigeren, (der Bekl.) der Nachweis eines höheren Schadens vorbehalten. Der Besucher kann den Nachweis insbesondere dadurch führen, dass er die ihm zugewiesene Nummer des Garderobenschanks glaubhaft macht, mit der der Stand des Kontos ... ermittelt werden kann.*

Ist diese Klausel wirksam?

## I. Verstoß gegen § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB

### 1. Vorliegen einer pauschalierten Schadensersatzpflicht

*„Das BerGer. ist mit Recht davon ausgegangen, dass die in Nr. 3.8 AGB geregelte Zahlungspflicht des Kunden gegenüber der Bekl. als **Schadensersatzpflicht** einzuordnen ist. Dass es sich bei dem Anspruch nach Nr. 3.8 AGB um einen Schadensersatzanspruch handelt, wird dadurch bestätigt, dass die Klausel in S. 2 ausdrücklich den Nachweis eines abweichenden Schadens vorsieht. Der Schadensersatzanspruch ergibt sich aus einer Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht zur Rückgabe des Armbands mit Chip und beruht mithin auf § 280 I 1 BGB.“ (BGH aaO.)*

### 2. Übersteigender Betrag

Zudem müsste der pauschalierte Schadensbetrag den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigen.

*„Die **Beweislast** für einen dem pauschalierten Betrag nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden trägt der **Klauselverwender** (BGHZ 67, 312 [319]; Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 309 Rn. 29 m.w.N.; Erman/Roloff, BGB, 14. Aufl., § 309 Rn. 48; Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, 2013, § 309 Nr. 5 Rn. 18 m.w.N. auch zur a.A.). Zwar ist die Regelung in § 309 I Nr. 5 Buchst. a BGB an § 252 S. 2 BGB orientiert und eröffnet dem Klauselverwender eine entsprechende Beweiserleichterung dahingehend, dass der Schaden nicht in jedem konkreten Fall erreicht werden muss. Der Verwender muss aber nachweisen, dass der **vereinbarte Betrag dem typischen Schadensumfang entspricht** (Palandt/Grüneberg, § 309 Rn. 26, 29 m.w.N.). Auch gemessen an diesem erleichterten Maßstab hat das BerGer. nicht feststellen können, dass der pauschalierte Schaden dem typischen Schadensumfang entspricht.“*

#### a) Schadenseintritt

*„Ein der Bekl. aus dem Verlust des Chips entstehender Schaden folgt daraus, dass sie die **Entgeltforderungen** für die von ihr erbrachten Leistungen **nicht ermitteln und geltend machen** kann. Ohne den Chip ist die Bekl. nicht ohne weiteres in der Lage, die unter Verwendung des Chips in Anspruch genommenen Leistungen festzustellen. Dabei kann es sich um Leistungen an den Kunden oder einen Dritten handeln, der von dem Chip – befugt oder unbefugt – Gebrauch gemacht hat.“ (BGH aaO.)*

#### b) Schadenshöhe

*„Der von der Bekl. geltend gemachte Betrag in Höhe der jeweiligen Kreditlinie entspricht hingegen dem **maximal denkbaren Schaden** und würde daher voraussetzen, dass im Fall des Verlusts regelmäßig Leistungen im Umfang des gesamten mit dem Chip eingeräumten Höchstbetrags in Anspruch genommen wurden. Das mag zwar im von der Bekl. angeführten Einzelfall naheliegen. In die Betrachtung sind aber nicht nur die Fälle einzubeziehen, in denen die Bekl. ihren Kunden den Höchstbetrag berechnet hat. Vielmehr sind – entsprechend dem Geltungsbe- reich der Schadenspauschalierung – **sämtliche Verlustfälle** in den Blick zu nehmen. Diese belaufen sich nach dem von der Revision in Bezug genommenen Vortrag der Bekl. nicht nur auf vier Personen (rd. 0,001 %), sondern auf 0,1 % der Kunden, also jedenfalls über **400 Personen pro Saison**. Die Revisionsrweiterung macht zu Recht geltend, dass der diesbezügliche Vortrag der Bekl., die allermeisten Kunden hätten (über die zugewiesene Schranknummer) einen niedrigeren Schaden nachweisen können, demnach sogar das Gegenteil belegt, dass namentlich der **Maximalschaden im Regelfall gerade nicht erreicht** wird.“*

*Der vereinbarte Ersatz des Maximalschadens übersteigt auch nach dem Vorbringen der Bekl. den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entstehenden Schaden deutlich (vgl. auch LG Mainz, NJW-RR 2011, 1553; LG Köln, NJW-RR 2013, 250).“ (BGH aaO.)*

Die Klausel ist nach § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB unwirksam, weil der auf die **Höhe des vollen Kreditbetrags** (150 € bzw. 35 €) **pauschalierte Schadensersatz** nach den vom BerGer. rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt.

## II. Verstoß gegen § 307 II Nr. 1 BGB

*„Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist es ein **wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung** i.S.v. § 307 II Nr. 1 BGB, dass eine Verpflichtung zum Schadensersatz regelmäßig nur bei schuldhaftem Verhalten besteht. Dieser **allgemeine Grundsatz des Haftungsrechts** gilt als Ausdruck des Gerechtigkeitsgebots gleichermaßen für vertragliche wie für gesetzliche Ansprüche (BGHZ 164, 196 [210 f.] m.w.N.; BGHZ 135, 116 [121 f.]; BGHZ 114, 238 [240 f.]; Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 32), mithin auch für den hier berührten Anspruch aus Pflichtverletzung nach § 280 I 1 BGB.“ (BGH aaO.)*

(BGH in StV 2015, 299; Urteil vom 14.01.2015 – 5 StR 494/14)

1. Obwohl allgemein bekannt ist, dass **starkes Schütteln** eines zwei Monate alten Säuglings zu einer erheblichen Beeinträchtigung seiner Gesundheit und sogar **lebensgefährdender Gesundheitsbeschädigung** führen kann, kann ein Körperverletzungsvorsatz zu verneinen sein, wenn der Täter sich in der konkreten Tat-situation aufgrund seiner **kognitiven Einschränkungen** dieser Gefahr nicht bewusst war und diese sich für ihn aufgrund der ersten unkontrollierten Bewegungen des kindlichen Kopfes auch nicht erschloss.
2. Die Deliktsart (hier: fahrlässige Tötung) hindert die Anwendung des § 60 StGB nicht; maßgeblich sind vielmehr die schweren Folgen für den Täter.

**Fall:** Nach den Feststellungen des LG ist der zu 60 % behinderte Angekl. in seiner sozialen und psychischen Entwicklung derart gestört, dass er zeitweilig in einer Fachklinik für Psychiatrie aufgenommen werden musste. Er verfügt über eine stark verlangsamte und in ihrer Qualität geringe kognitive Leistungsfähigkeit im unteren Bereich menschlicher Durchschnittsintelligenz. Der Angekl. kann lediglich einfachsten Sätzen und ihnen zum Teil auch nur in bildlicher Sprache folgen. Gleichwohl ist es ihm gelungen, mit Hilfe von Integrationsmaßnahmen für Behinderte eine berufliche Anstellung zu erreichen.

Nach der Geburt seines Sohnes am 10.12.2011 war der Angekl. zunehmend überfordert, weil er neben seiner beruflichen Tätigkeit, die ihn von 4.30 Uhr morgens bis 19.00 Uhr einband, auch die von seiner Lebensgefährtin u.a. infolge häufiger Disko-thenbesuche vernachlässigte Haushaltsführung übernehmen musste. Der Angekl. liebte seinen Sohn sehr und war stets um eine ordnungsgemäße und fürsorgliche Versorgung des Kindes bemüht, das sich deshalb in einem äußerlich einwandfreien Pflegezustand befand. Am Abend vor der Tat befand sich der Angekl. in einer Überforderungssituation, weil er am Folgetag wieder um 4.30 Uhr aufstehen musste. Bald nach Mitternacht wurde er vom Schreien seines bei ihm im Zimmer schlafenden zwei Monate alten Sohnes geweckt. Er versuchte, den Säugling zu beruhigen. Da ihm dies nicht gelang, schüttelte der Angekl. ihn kräftig mehr als einmal. Dabei umfasste er den Rumpf des Säuglings mit beiden Händen, ohne den Kopf zu stützen. Anschließend hielt er ihn noch kurz im Arm und legte seinen ruhig gewordenen Sohn in dessen Bett zurück. Das Kind erlitt durch das Schütteln eine Ateminsuffizienz, die nach rasch einsetzender Bewusstlosigkeit unmittelbar zum Tod führte. Der Angekl. war sich nicht bewusst, dass er mit dem Schütteln das körperliche Wohlbefinden des Säuglings nicht nur unerheblich beeinträchtigte; er wollte ihm keinesfalls Schmerzen oder Verletzungen zufügen. Das LG hat den Angekl. der fahrlässigen Tötung schuldig gesprochen, von der Verhängung einer Strafe indes nach § 60 StGB abgesehen.

### I. Körperverletzung mit Todesfolge oder fahrlässige Tötung

Fraglich ist, ob hier ein bedingter Vorsatz anzunehmen ist mit der Folge, dass ein vorsätzliches Delikt vorliegt. Dazu müsste der Angekl. die Körperverletzung des Säuglings billigend in Kauf genommen haben.

*„In subjektiver Hinsicht setzt § 227 StGB zunächst den **Vorsatz einer Körperverletzung** voraus. Dieser ist schon gegeben, wenn der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Körperverletzungserfolgs **als möglich und nicht ganz fernliegend** erkennt und damit in der Weise einverstanden ist, dass er die Tatbestandsverwirklichung **billigend in Kauf nimmt** oder sich um des erstrebten Zieles willen **wenigstens mit ihr abfindet**, mag ihm der Erfolgseintritt auch unerwünscht sein; das für den Vorsatz erforderliche Wissen muss im Zeitpunkt der Tathandlung in **aktuell wirksamer Weise vorhanden sein**; bloßes nicht in das Bewusstsein gelangtes Wissen oder ein nur potentes Bewusstsein reicht nicht aus (vgl. BGH, NStZ 2004, 201, 202).*

*Das LG hat sich auf der Grundlage einer eingehenden Beweiswürdigung die Überzeugung verschafft, dass sich der Angekl. – **obwohl allg. bekannt ist, dass starkes Schütteln eines zwei Monate alten Säuglings zu einer erheblichen Beeinträchtigung seiner Gesundheit und sogar lebensgefährdender Gesundheitsbeschädigung führen kann** – in der konkreten Tatsituation **aufgrund seiner kognitiven Einschränkungen** dieser Gefahr nicht bewusst war und diese sich für ihn aufgrund der ersten unkontrollierten Bewegungen des kindlichen Kopfes auch nicht erschloss. Diese Würdigung zeigt keinen Rechtsfehler auf. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)*

Es liegt daher kein Körperverletzungsvorsatz vor, so dass das Verhalten des Angekl. nicht als Körperverletzung mit Todesfolge, sondern lediglich als fahrlässige Tötung anzusehen war.

### II. Absehen von der Strafe

Die Voraussetzungen für ein Absehen von der Strafe nach § 60 StGB müssten vorgelegen haben.

*„Die **Deliktsart hindert die Anwendung des § 60 StGB nicht**; maßgeblich sind vielmehr die schweren Folgen für den Täter (vgl. BGHSt 27, 298, 300 f.; OLG Karlsruhe NJW 1974, 1006, 1007; Stree/Kinzig in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 60 Rn. 9; Hubrach in LK-StGB, 12. Aufl., § 60 Rn. 4). Das LG hat den **Ausnahmecharakter der Vorschrift** erkannt und die Feststellung, dass im vorliegenden Fall eine Strafe offensichtlich verfehlt wäre, nach der erforderlichen Gesamtabwägung (vgl. BGH, NJW 1996, 3350 f.; OLG Karlsruhe aaO.; Mosbacher in SSW-StGB, 2. Aufl., § 60 Rn. 7; Hubrach aaO. Rn. 27, 38; Stree/Kinzig aaO. Rn. 8) vorgenommen und im Urteil eingehend begründet. Dabei hält sich die Einschätzung der **Folgen als gravierend** und der **Situation als außergewöhnlich** im tatrichterlichen Beurteilungsspielraum und lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Entgegen dem Revisionsvorbringen hat das LG auch die Interessen der Kindsmutter ausdrücklich erwogen und zudem das Zerbrechen ihrer Beziehung berücksichtigt, indem es gewürdigt hat, dass sie als ehemalige Lebensgefährtin auch nach der Tat zum Angekl. hält.“ (BGH aaO.)*

(BGH in NStZ-RR 2015, 188; Beschluss vom 25.02.2015 – 4 StR 573/14)

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das **gleichzeitige Ausüben der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen**, auch wenn diese nicht unter dieselbe Strafbestimmung fallen, zur Folge, dass die verschiedenartigen Verstöße gegen das Waffengesetz **tateinheitlich** zusammentreffen.
2. Für den **strafbaren Umgang mit Munition** gelten die **gleichen Grundsätze**.

**Fall:** Das Landgericht hat den Angeklagten wegen vorsätzlichem Verstoß gegen das Waffengesetz durch Führen vollautomatischer Schusswaffen und durch Besitz dazugehöriger Munition und wegen vorsätzlichen Verstoßes gegen das Waffengesetz durch unerlaubten Besitz von Patronenmunition zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und neun Monaten verurteilt. Hierbei hat es neben des Führens von Schusswaffen den vorsätzlichen unerlaubten Besitz der Munition als selbständige Tat nach § 52 III Nr. 2b WaffG gewertet. Zu Recht?

**I. Konkurrenzen bei Besitz mehrerer Waffen**

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das **gleichzeitige Ausüben der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen**, auch wenn diese nicht unter dieselbe Strafbestimmung fallen, zur Folge, dass die verschiedenartigen Verstöße gegen das Waffengesetz **tateinheitlich** zusammentreffen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 02.12.2014 - 4 StR 473/14 Rn. 3; vom 15.01.2013 - 4 StR 258/12, NStZ-RR 2013, 321, 322; vom 30.11.2010 - 1 StR 574/10, StraFo 2011, 61; vom 14.01.2003 - 1 StR 457/02, NStZ-RR 2003, 124). Dies gilt selbst dann, wenn die **Waffen an unterschiedlichen Orten aufbewahrt** werden (vgl. BGH, Beschluss vom 28.03.1990 - 2 StR 22/90, BGHR WaffG § 53 Abs. 3a Konkurrenzen 2; Steindorf/Heinrich/ Papsthart, Waffenrecht, 9. Aufl., § 52 Rn. 70c).“ (BGH aaO.)

**II. Konkurrenzen bei Besitz von Munition für verschiedene Waffen**

„Für den strafbaren Umgang mit Munition gelten die **gleichen Grundsätze** (vgl. BGH, Beschlüsse vom 02.12.2014 - 4 StR 473/14, aaO; vom 05.05.2009 - 1 StR 737/08, NStZ 2010, 456). Da sich in den Fällen II.4 und 5 der Urteilsgründe die **Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die unterschiedlichen Munitionsmengen zeitlich überschneidet**, handelt es sich bei den Verstößen nach § 52 III Nr. 2b WaffG um ein materiell-rechtlich einheitliches Waffendelikt.“ (BGH aaO.)

**StPO** **StR AT**  
**§ 46 III** **Verstoß gegen Doppelverwertungsverbot**  
**Berücksichtigung direkten Tötungsvorsatzes als strafschärfend**  
**(BGH in NStZ-RR 2015, 171; Beschluss vom 11.03.2015 – 1 StR 3/15)**

**Fall:** Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von elf Jahren verurteilt und seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vorbehalten.

„Im Rahmen der Strafzumessung hat das Landgericht **ausdrücklich strafschärfend** gewertet, dass es dem Angeklagten **unbedingt** darauf angekommen sei, seine Ehefrau zu töten, und er **nicht nur mit bedingtem Vorsatz** gehandelt habe. Dies verstößt gegen § 46 III StGB (vgl. BGH, Beschlüsse vom 03.02.2004 - 4 StR 403/03 und vom 19.03.2009 - 4 StR 53/09, NStZ 2009, 564). Der Senat kann nicht ausschließen, dass der Strafausspruch auf diesem Rechtsfehler beruht, der einen von drei bei der konkreten Strafzumessung ausdrücklich genannten Strafschärfungsgründe betrifft.

„Bei dem **Vorbehalt der Sicherungsverwahrung** ist das Landgericht davon ausgegangen, dass es diesen **aussprechen muss**, weil die Voraussetzungen des § 66a II StGB vorliegen. Dies ist rechtsfehlerhaft. Bei § 66a II StGB handelt es sich schon nach dem Wortlaut der Norm („kann“) um eine **Ermessensvorschrift** (vgl. Stree/Kinzig, in Schönke/Schröder, 29. Aufl., § 66a Rn. 20). Da das Landgericht den Ermessenscharakter der Vorschrift verkannt hat, hat es kein Ermessen ausgeübt. Dem Senat ist es verwehrt, insoweit eine eigene Ermessensentscheidung zu treffen (vgl. auch BGH, Beschluss vom 21.08.2003 - 3 StR 251/03, NStZ-RR 2004, 12). Dies führt zur Aufhebung der Vorbehaltsanordnung.

In diesem Zusammenhang nicht unbedenklich sind Formulierungen des Landgerichts, wonach bei dem die Tatumstände zum Teil bestreitenden Angeklagten eine **„echte Reue“ nicht ersichtlich** sei, auch weil er sich in der Hauptverhandlung bei der Geschädigten mit der Begründung **nicht entschuldigt** habe, sie habe in der Hauptverhandlung gelogen. Rechtsfehlerhaft wäre es, mit einem **zulässigen Verteidigungsverhalten des Angeklagten** dessen Hang zur Begehung erheblicher Straftaten oder dessen hangbedingte Gefährlichkeit zu begründen (vgl. Senat, Beschluss vom 21.08.2014 - 1 StR 320/14, NStZ-RR 2015, 9 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

**StGB** **StR BT**  
**§ 252** **Vortatbeendigung**  
**Grenze für Anwendungsbereich des räuberischen Diebstahls**  
**(BGH in NStZ 2015, 219; Urteil vom 08.10.2014 – 5 StR 395/14)**

**Fall:** Der vielfach wegen Eigentumsdelikten vorbestrafte Angekl. steckte in einem Einkaufsmarkt Lebensmittel in seinen Rucksack und verließ das Geschäft, ohne die Waren zu bezahlen. Er begab sich - aufgrund eines fünffachen Trümmerbruchs des nunmehr u. a. mittels eines Gestells von außen stabilisierten rechten Beins humpelnd - zu einer 100 bis 150 m entfernten Haltestelle, um von dort mit dem Bus nach Hause zu fahren.

Die Inhaberin des Marktes hatte den Diebstahl bemerkt, kurz nachdem der Angekl. die Kasse passiert hatte. Sie nahm die Verfolgung auf, sah ihn - nachdem sie zunächst in die Tiefgarage geschaut hatte - an der Haltestelle sitzen, begab sich sofort dorthin und forderte ihn auf, das Diebesgut zurückzugeben, dann sei die Sache erledigt. Nachdem der Angekl. zwar zwei Fächer seines Rucksacks, nicht aber das dritte, in dem sich die Lebensmittel befanden, geöffnet hatte und daraufhin vom ebenfalls an der Haltestelle wartenden P zur Öffnung aufgefordert worden war, ergriff er die Flucht. Als P ihn festzuhalten versuchte, schlug der Angekl. ihm mit der Faust schmerzhaft ins Gesicht, wodurch die Lippe leicht aufplatzte. Nachdem ihm P und die Marktinhaberin weiter gefolgt waren, holte der Angekl. aus seinem Rucksack einen etwa 20 cm langen Schraubendreher mit angebrochenem und daher spitzem Werkzeugende, hielt diesen in Richtung des Verfolgers und sagte „Alter, lass mich in Ruhe“, um sich im Besitz der entwendeten Waren zu halten. Die Drohung nahm P jedoch nicht wahr. Nachdem ihn ein weiterer Mann hierzu aufgefordert hatte, ließ der Angekl. den Schraubendreher los. Er wurde wenig später von der herbeigerufenen Polizei festgenommen; die Waren wurden der Marktinhaberin zurückgegeben.

Aufbauend hierauf hat das LG hat den Angekl. wegen schweren räuberischen Diebstahls in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt. Erfolgte die Verurteilung wegen räuberischen Diebstahls nach § 252 StGB zu Recht?

„Das LG hat zutreffend angenommen, dass der **Diebstahl noch nicht beendet** war. Denn hierfür hätte der Angekl. den **Gewahrsam** an den entwendeten Gegenständen **bereits gefestigt und gesichert** haben müssen (vgl. BGH Urt. v. 06.04.1965 – 1 StR 73/65, BGHSt 20, 194, 196; v. 08.10.1975 – 2 StR 404/75); dies war nach den insofern maßgeblichen Umständen des Einzelfalls noch nicht geschehen (vgl. BGH Beschl. v. 26.05.2000 – 4 StR 131/00, NStZ 2001, 88, 89). Zwar hatte der Angekl. den Einkaufsmarkt und damit den **unmittelbaren Herrschaftsbereich der Bestohlenen** bereits verlassen. Er befand sich aber noch immer in Sichtweite der

ihn sofort verfolgenden Inhaberin und war mithin - worauf das LG richtigerweise abgestellt hat - einem **erhöhten Risiko ausgesetzt, die Beute infolge der Nacheile wieder herausgeben zu müssen** (vgl. BGH Ur. v. 05.05.1987 – 1 StR 97/87, BGHR StGB § 252 Frische Tat 2; Beschl. v. 18.02.1988 – 4 StR 28/88, BGHR StGB § 252 Frische Tat 3; siehe auch BGH Ur. v. 22.08.1984 – 3 StR 203/84). Hieran ändert nichts, dass bereits wenige Minuten vergangen waren, als er tatsächlich zur Herausgabe der entwendeten Lebensmittel aufgefordert wurde.

Der Angekl. war auch **auf frischer Tat betroffen** worden. Eine Tat ist „frisch“, solange mit ihr noch ein **enger örtlicher und zeitlicher Zusammenhang** besteht (vgl. BGH Ur. v. 13.12.1978 – 3 StR 381/78, BGHSt 28, 224, 229). Daher reicht es aus, wenn der Täter zwar den **Tatort schon verlassen hat, aber noch in dessen unmittelbarer Nähe** und alsbald nach der Tatausführung wahrgenommen wird (vgl. BGH aaO. S. 230; Ur. v. 08.06.1956 – 2 StR 206/56, BGHSt 9, 255, 257). Ist dies - wie hier - der Fall, spielt es auch für dieses Tatbestandsmerkmal keine Rolle, wenn es zum Einsatz eines Nötigungsmittels erst kommt, nachdem der Täter verfolgt worden ist (vgl. BGH Ur. v. 26.06.1952 – 5 StR 517/52, NJW 1952, 1026).“ (BGH aaO.)

GG  
Art. 5 I

## Gegendarstellungsanspruch Verdeckte Tatsachenbehauptung in Frageform

VerfR

(OLG Zweibrücken in NJW-RR 2015, 561; Urteil vom 29.01.2015 – 4 U 81/14)

Bei der Meldung über einen Prominenten auf der Titelseite einer Wochenzeitschrift „**Sterbedrama um seinen besten Freund – Hätte er ihn damals retten können?**“ handelt es sich um eine Äußerung mit so viel tatsächlichem Gehalt, dass dieser einer Gegendarstellung zugänglich ist.

**Fall:** Der Kl. ist ein deutschlandweit bekannter Journalist und Fernsehmoderator. Die Bekl. verlegt unter anderem die Wochenzeitschrift W. In deren Ausgabe vom 29.02.2012 verbreitete sie auf der Titelseite am linken Rand in mittlerer Höhe ein Foto des Kl. Neben diesem Bild finden sich die Namensnennung des Kl., darunter in etwas größeren Buchstaben die Mitteilung „J – Sterbedrama um seinen besten Freund“ und darunter in kleinerer Schrift die Frage „Hätte er ihn damals retten können?“. Der dazugehörige Artikel im Innenteil der Zeitschrift wiederholt als Überschrift die Meldung auf der Titelseite. In dem Beitrag, der sich mit dem Tod eines 1982 im Alter von 26 Jahren verstorbenen Schulfreundes des Kl. befasst, wird unter Bezugnahme auf einen weiteren ehemaligen Mitschüler berichtet, dass der Verstorbene zunächst eine Angina verschlept und deshalb einen Herzklappenfehler davongetragen habe; die Herzklappe sei danach von Streptokokken infiziert worden und der Schulfreund habe aus Leichtsinn den Ratschlag einer Ärztin, er müsse deswegen im Bett liegen und sich ruhig verhalten, nicht beachtet, so dass er einen tödlichen Herzinfarkt erlitten habe. Der Kl. erwirkte im Wege der einstweiligen Verfügung nach § 11 RhPflMG die Verpflichtung der Bekl. zum Abdruck einer Gegendarstellung. Hierdurch fühlt sich die Bekl. in ihrer Pressefreiheit verletzt. Zu Recht?

### I. Relevanz der Einordnung der Meldung

Für die Bekl. als Presseunternehmen stellt die Verpflichtung zur Veröffentlichung einer Gegendarstellung auf dem Titelblatt ihrer Zeitschrift einen schwerwiegenden Eingriff in **ihre Rechte aus Art. 5 I GG und Art. 10 I EMRK** dar, der nur bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 11 RhPflMG gerechtfertigt ist.

„Hierzu gehört insbesondere auch, dass es sich bei der Erstmitteilung für den Leser **unabweisbar um eine Tatsachenbehauptung handeln muss** (BVerfG, NJW 2014, 766; BVerfG, NJW 2008, 1654 = MMR 2008, 327 [328, 330]; BVerfG, NJW 1998, 1381 [1382 f.]).“ (OLG Zweibrücken aaO.)

### II. Abwägungsrelevante Grundrechte

Gegen das Recht der Bekl. auf Meinungs- und Pressefreiheit ist abzuwägen das durch Art. 2 I, 1 I GG und Art. 8 I EMRK gewährleistete Interesse des Kl. am Schutz seiner Persönlichkeit und an der Achtung seiner Privatsphäre.

„Zum **Schutz dieser Individualrechte des Kl.** dient im Einwirkungsbereich der Medien der **gesetzliche Anspruch auf Gegendarstellung**. Er soll den Einzelnen vor Gefahren schützen, die ihm durch die Erörterung seiner persönlichen Angelegenheiten in der Presse drohen und denen er, wenn ihm seine Angelegenheiten unzutreffend dargestellt scheinen, regelmäßig nicht mit Aussicht auf dieselbe publizistische Wirkung entgegentreten kann. Zum Ausgleich dieses Gefalles ergibt sich aus dem **allgemeinen Persönlichkeitsrecht** (Art. 2 I, 1 I GG) die Verpflichtung, den Einzelnen wirksam gegen Einwirkungen der Medien auf seine Individualsphäre zu schützen. Dazu gehört, dass der von einer Darstellung in den Medien Betroffene die rechtlich gesicherte Möglichkeit hat, ihr mit seiner eigenen Darstellung entgegenzutreten. Dieser Schutz kommt regelmäßig zugleich der in Art. 5 I GG garantierten freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung zugute, weil dem Leser neben der Information durch die Presse auch die Sicht des Betroffenen vermittelt wird (BVerfG, NJW 1998, 1381 [1382] m.w.N.; BVerfG, NJW 1983, 1179 [1180]).

In der **Rechtsprechung des EGMR** ist ebenfalls anerkannt, dass bei der Medienberichterstattung das Recht der Presse auf Freiheit der Meinungsäußerung nach **Art. 10 I EMRK auf der einen Seite gegen das Recht des Betroffenen auf Schutz seines „Privatlebens“ i.S.v. Art. 8 I EMRK auf der anderen Seite** abzuwägen ist und dass hierbei ein wichtiger Gesichtspunkt unter anderem ist, ob die Mitteilung zu einer Diskussion im allgemeinen Interesse beigetragen hat (vgl. etwa EGMR, NJW 2013, 768 [770] – Standard Verlags-GmbH/Österreich Nr. 3 m.w.N.). Speziell zum Recht auf Gegendarstellung hat der Gerichtshof ausgeführt, dass dieser **Anspruch zudem ein wichtiger Bestandteil des Rechts auf freie Meinungsäußerung** des von einer Medienberichterstattung Betroffenen ist und in den Schutzbereich (auch) von Art. 10 I EMRK fällt; das habe seinen Grund schon darin, dass ein Betroffener in der Lage sein muss, **unrichtige Informationen zu bestreiten**, außerdem müsse Meinungsvielfalt sichergestellt werden (EGMR, NJW-RR 2013, 1132 [1135] Rn. 66 – Kaperzynski/Polen).“ (OLG Zweibrücken aaO.)

### III. Abwägungsinhalt

„Bei der **Abwägung zwischen Medienfreiheit und Privatsphärenschutz** kommt dem Grund- und Konventionsrecht der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 GG und Art. 10 EMRK) umso größeres Gewicht zu, je mehr es sich um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage handelt (in der Diktion des EGMR: Um einen Beitrag zu einer Debatte von allgemeinem Interesse). Der Gewährleistung der Pressefreiheit kommt dagegen umso geringeres Gewicht zu, je mehr sich die **Außerung unmittelbar gegen ein privates Rechtsgut richtet** und im privaten, namentlich im wirtschaftlichen Verkehr in Verfolgung eigennütziger Ziele abgegeben wird (vgl. BGH, NJW 2015, 782 = GRUR 2015, 92 [94,

95] Rn. 20 m.w.N.). Wenn eine Pressemitteilung nur die Neugier eines bestimmten Publikums über das Privatleben von Prominenten befriedigen will und trotz des hohen Bekanntheitsgrades des Betroffenen **nicht als Beitrag zu irgendeiner Diskussion von allgemeinem Interesse für die Gesellschaft** angesehen werden kann, hat bei der Abwägung im Zweifel der Privatsphärenschutz Vorrang (BVerfG, NJW 1973, 1221 [1224]; BVerfG, NJW 1998, 1381 [1384]; BGH, NJW 2007, 1977 [1979] m.w.N.; EGMR, NJW 2004, 2647 [2650], insb. Rn. 64–67 – von Hannover/Deutschland Nr. 1; EGMR, NJW 2010, 751 [752] – Standard Verlags-GmbH/Österreich Nr. 2; EGMR, NJW 2012, 1053 [1056], insb. Rn. 109 und 110 – von Hannover/Deutschland Nr. 2.) (OLG Zweibrücken aaO.)

#### IV. Anwendung auf den Fall

„Die Titelseitenmeldung „J – Sterbedrama um seinen besten Freund – Hätte er ihn damals retten können?“ beinhaltet für den durchschnittlichen Leser der Zeitschrift W bei der gebotenen Deutung der Äußerung in ihrer Gesamtheit zur sicheren Überzeugung des Senats eine eigenständige Tatsachenbehauptung, die aus sich heraus, also ohne den Artikel im Heftinneren, verständlich ist. Die Bekl. macht ohne Erfolg geltend, es werde damit nur eine „echte“ Frage aufgeworfen, die in der rechtlichen Bewertung einem Werturteil gleich stehe und wegen der eine Gegendarstellung nicht verlangt werden könnte.“ (OLG Zweibrücken aaO.)

Die Bekl. ist daher durch die Verpflichtung zur Veröffentlichung der Gegendarstellung nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 5 I GG verletzt.

NdsSOG  
§§ 64 ff.

### Verwaltungsvollstreckungsverfahren Beachtlichkeit materiellen Einwendungen

VerwVollstrR

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2015, 445; Beschluss vom 02.02.2015 – 4 LA 245/13)

1. **Materielle Einwendungen** eines Betroffenen gegen die **Rechtmäßigkeit einer Grundverfügung** sind im Verwaltungsvollstreckungsverfahren grundsätzlich unbeachtlich.
2. Eine **Ausnahme** von diesem Grundsatz ist allenfalls dann in Erwägung zu ziehen, wenn sich die **Sach- oder Rechtslage nach dem Eintritt der Bestandskraft** der Grundverfügung in der Weise verändert hat, dass die Verfügung sich nunmehr als rechtswidrig erweist.
3. Die **Auswahl** des zur Durchsetzung der Grundverfügung geeigneten und erforderlichen ersten Zwangsmittels erfolgt bereits **auf der Stufe der Zwangsmittelandrohung**.
4. Erlangt die Androhung eines bestimmten Zwangsmittels **Bestandskraft**, kann der **Festsetzung** dieses Zwangsmittels mithin **nicht mehr entgegengehalten werden**, dass dieses Zwangsmittel nicht geeignet oder erforderlich sei.
5. Da das Zwangsgeld ein **Beugemittel** ist, das auf dem Willen des Pflichtigen einwirken soll, darf es bei Gebotsverfügungen **nicht eingesetzt werden**, wenn die Vornahme der Handlung aus Gründen unterbleibt, die vom Willen des Pflichtigen unabhängig sind.

#### I. Beachtlichkeit materieller Einwände gegen Grundverfügung im Vollstreckungsverfahren

„Nach § 64 I NdsSOG kann ein **Verwaltungsakt**, der - wie der Bescheid über die Festsetzung der Abschusspläne vom 05.05.2011 - auf die Vornahme einer Handlung gerichtet ist, **mit Zwangsmitteln durchgesetzt** werden, wenn er - wie im vorliegenden Fall - unanfechtbar ist oder ein Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung hat. Demnach ist die **Rechtmäßigkeit der Grundverfügung anders als deren Wirksamkeit und Unanfechtbarkeit bzw. sofortige Vollziehbarkeit grundsätzlich keine Voraussetzung für die Anwendung von Zwangsmitteln** (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.09.2008 - 7 C 5.08 -, NVwZ 2009, 55; Nds. OVG, Beschl. v. 23.04.2009 - 11 ME 478/08 -; Hess. VGH, Urt. v. 29.11.2013 - 6 A 2210/12 -). Tragender Grundsatz des Verwaltungsvollstreckungsrechts ist vielmehr, dass die **Wirksamkeit und nicht die Rechtmäßigkeit** vorangehender Verwaltungsakte **Bedingung für die Rechtmäßigkeit der nachfolgenden Akte und letztlich der Anwendung der Zwangsmittel** ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 13.04.1984 - 4 C 31/81 -, NJW 1984, 2591). Folglich sind auch materielle Einwendungen eines Betroffenen gegen die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung für die Verwaltungsvollstreckung grundsätzlich unbeachtlich (vgl. Hess. VGH, Urt. v. 29.11.2013 - 6 A 2210/12 -).“ (OVG Lüneburg aaO.)

#### II. Ausnahme: Änderung der Sach- oder Rechtslage

„Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist allenfalls dann in Erwägung zu ziehen, wenn sich die Sach- oder Rechtslage nach dem Eintritt der Bestandskraft der Grundverfügung in der Weise verändert hat, dass die Verfügung sich nunmehr als rechtswidrig erweist (vgl. zu einer solchen Änderung der Sachlage: BVerwG, Urt. v. 19.01.1977 - IV C 31.75 -, DÖV 1977, 335). Ob eine derartige Ausnahme zu Recht besteht, kann hier indessen dahinstehen. [Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.]“ (OVG Lüneburg aaO.)

#### III. Mangelnde Eignung von Zwangsmitteln nach Bestandskraft der Androhung

„Nach § 70 III Nds.SOG muss sich die **Androhung auf ein bestimmtes Zwangsmittel** beziehen; werden mehrere Zwangsmittel angedroht, so ist anzugeben, in welcher Reihenfolge sie angewendet werden sollen. Demnach erfolgt die **Auswahl** des zur Durchsetzung der Grundverfügung geeigneten und erforderlichen ersten Zwangsmittels bereits **auf der Stufe der Zwangsmittelandrohung**. ... Erlangt die Androhung eines bestimmten Zwangsmittels - wie im vorliegenden Fall - **Bestandskraft**, kann der Festsetzung dieses Zwangsmittels mithin nicht mehr entgegen gehalten werden, dass das Zwangsmittel nicht geeignet sei.“ (OVG Lüneburg aaO.)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 178 I Nr. 2

### Ersatzzustellung in Geschäftsraum „Nicht-antreffen“ des Zustellungsadressaten

ZivilProzR

(BGH in NJW-RR 2015, 702; Beschluss vom 04.02.2015 – III ZR 513/13)

In der **widerspruchslosen Entgegennahme** des zustellenden Schriftstücks durch eine in den Geschäftsräumen beschäftigte Person (§ 178 I Nr. 2 ZPO) liegt zugleich die (**konkludente**) **Erklärung**, dass der **Zustellungsadressat abwesend** beziehungsweise an der Entgegennahme der Zustellung verhindert ist. Weitere Nachforschungen des Zustellers sind dann regelmäßig nicht veranlasst.

#### A. Verständnisgrundlagen: Der Zustellungsauftrag, § 176 ZPO

Wird der Post, einem Justizbediensteten oder einem Gerichtsvollzieher ein Zustellungsauftrag erteilt oder wird eine andere Behörde um die Ausführung der Zustellung ersucht, übergibt die Geschäftsstelle nach § 176 I ZPO das zuzustellende Schriftstück in einem **verschlossenen Umschlag** und ein **vorbereitetes Formular einer Zustellungsurkunde**. Diese Art der Zustellung bietet die höchste Sicherheit, so dass die Ausführung eines Zustellungsauftrags besonders geregelt ist.

##### I. Aushändigung an den Zustellungsempfänger

Grundsätzlich erfolgt die Ausführung eines Zustellungsauftrags nach § 177 ZPO durch Aushändigung an den Zustellungsempfänger. Die Übergabe des Schriftstücks ist **an jedem Ort möglich**, an welchem der Zustellungsempfänger angetroffen wird.

##### II. Ersatzzustellung in der Wohnung, in Geschäftsräumen und Einrichtungen, § 178 ZPO

###### 1. Übergabe an Zustellungsempfänger in seiner Wohnung scheidet

###### a) Zugelassene Ersatzpersonen

###### aa) Erwachsene Familienangehörige

Soweit die Übergabe an den Zustellungsempfänger selbst in seiner Wohnung scheidet, kann das Schriftstück nach § 178 I Nr. 1 ZPO auch an einen **erwachsenen Familienangehörigen** übergeben werden. Volljährigkeit ist nicht erforderlich, sondern Maßgeblich, ob der **minderjährige Familienangehörige** nach seinem Auftreten und äußerem Erscheinungsbild erwarten lässt, er werde das zuzustellende Schriftstück ordnungsgemäß weitergeben und er seiner körperlichen Entwicklung nach einem Erwachsenen ähnlich ist.

###### bb) In Familie beschäftigte Personen

Darüber hinaus ist nach § 178 I Nr. 1 ZPO auch die Übergabe an eine in der Familie **beschäftigte Person** (z.B. Haushälterin, Butler, Putzfrau, Hauslehrer) möglich.

###### cc) Mitbewohner

Schließlich führt auch die Übergabe an einen **erwachsenen ständigen Mitbewohner** nach § 178 I Nr. 1 ZPO zur Zustellung.

Somit sind auch **nichteheliche Lebenspartner** und Mitglieder einer **Wohngemeinschaft** taugliche Ersatzpersonen. Allerdings ist hier die Zustellperson gehalten, den erwachsenen Mitbewohner nach der Dauer des gemeinsamen Wohnverhältnisses zu **befragen**, um so von zufällig oder vorübergehend anwesenden Erwachsenen abzugrenzen, an die eine wirksame Ersatzzustellung nicht erfolgen kann.

## 2. Übergabe an den Zustellungsempfänger in seinen Geschäftsräumen scheitert

Soll die Zustellung durch Übergabe an den Zustellungsempfänger in seinen Geschäftsräumen erfolgen, scheitert diese jedoch, so ist nach § 178 I Nr. 2 ZPO auch die Ersatzzustellung an eine in den Geschäftsräumen **beschäftigte Person** möglich. Geschäftsraum ist hierbei regelmäßig der Raum, in dem sich **Publikumsverkehr abspielt** und zu dem der mit der Ausführung der Zustellung betraute Bedienstete **Zutritt** hat (vgl. Musielak-Wolst, § 178 ZPO, Rn. 4).

## 3. Übergabe an Zustellungsempfänger in einer Gemeinschaftseinrichtung scheitert

Scheitert die Übergabe an den Zustellungsempfänger in einer Gemeinschaftseinrichtung, so kann die Zustellung nach § 178 I Nr. 3 ZPO auch ersatzweise an den **Leiter der Einrichtung** oder eine dazu **ermächtigte Person** erfolgen. Gemeinschaftseinrichtungen sind hierbei vor allem **Seniorenwohnheime, Pflegeheime, Lehrlingsheime, Krankenhäuser, psychiatrische Anstalten** sowie **Justizvollzugsanstalten** und **Kasernen**. Auf die Art der Einrichtung oder die Rechtsform ihres Betriebes kommt es hierbei nicht an, so dass nicht nur öffentlich-rechtliche Einrichtungen als Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne von § 178 I Nr. 3 ZPO anzusehen sind, sondern auch private Einrichtungen.

## III. Zustellung bei verweigerter Annahme, § 179 ZPO

Verweigert der Zustellungsempfänger oder die nach § 178 I ZPO zulässige Ersatzperson die Annahme des Schriftstücks, so wird dieses nach § 179 S. 1 ZPO einfach **in der Wohnung oder in den Geschäftsräumen zurückgelassen und gilt damit als zugestellt**. Lediglich dann, wenn weder Wohnung noch Geschäftsraum vorhanden sind, wird das Schriftstück an das Gericht zurückgesandt. Es gilt jedoch nach § 179 S. 3 ZPO gleichwohl als zugestellt. Allerdings ist zu beachten, ob die Verweigerung nicht **ausnahmsweise zu Recht** erfolgt. Dies kann z.B. bei Ausführung eines Zustellungsauftrags die versuchte Aushändigung nach § 177 ZPO sein, wenn entweder **Zeit oder Ort unpassend** ist.

## IV. Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten, § 180 ZPO

Die Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten ist nach § 180 ZPO nur zulässig, wenn das Schriftstück weder dem Zustellungsempfänger selbst, noch einer in der Wohnung oder den Geschäftsräumen zugelassenen Ersatzperson übergeben werden kann. Eine **Ersatzzustellung** durch Einlegen in den Briefkasten ist bei einem **Adressaten in einer Gemeinschaftseinrichtung nicht zulässig**.

Die Ersatzzustellung nach § 180 ZPO erfolgt dergestalt, dass das Schriftstück in einen zu der Wohnung oder dem Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt werden, die der Adressat **für den Postempfang eingerichtet** hat und die in der allgemein üblichen Art **für eine sichere Aufbewahrung geeignet** ist.

Eine dem Briefkasten „ähnliche Vorrichtung“ ist etwa der **Briefschlitz in der Haustür eines Einfamilienhauses**. Ein einziger Briefschlitz in der Tür eines Mehrfamilienhauses ist hingegen untauglich (vgl. Musielak-Wolst, § 180 ZPO, Rn. 2).

**Mit der Einlegung** gilt das Schriftstück als **zugestellt**. Der Zusteller vermerkt **auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks** das Datum der Zustellung, damit der Zustellungsempfänger bei einem späteren Auffinden des Schriftstücks erkennen kann, wann die Zustellung erfolgt ist.

## V. Ersatzzustellung durch Niederlegung, § 181 ZPO

Für die Fälle, in denen die Ersatzzustellung in einer Gemeinschaftseinrichtung nach § 178 I Nr. 3 ZPO scheitert oder bei Zustellung in der Wohnung bzw. im Geschäftsraum nach § 178 I Nr. 1, 2 ZPO die Ersatzzustellung durch Einlegung in den Briefkasten nach § 180 ZPO nicht möglich ist, sieht § 181 I 1 ZPO vor, dass das zuzustellende Schriftstück **auf der Geschäftsstelle des Amtsgerichts**, in dessen Bezirk der Ort der

Zustellung liegt, **niedergelegt** werden. Wird die **Post** mit der Ausführung der Zustellung beauftragt, so ist das zuzustellende Schriftstück nach § 181 I 2 ZPO bei einer von der Post am Ort der Zustellung oder des Gerichts dafür bestimmten Stelle niederzulegen. Sowohl bei Gericht als auch bei der Post sind die Schriftstücke nach § 181 II ZPO **3 Monate aufzubewahren**. Erst danach werden sie an den Absender zurückgeschickt.

**Über die Niederlegung** ist nach § 181 I 3 ZPO eine **schriftliche Mitteilung** auf dem vorgesehenen Formular unter der Anschrift der Person, der zugestellt werden soll, in der bei gewöhnlichen Briefen üblichen Weise abzugeben oder, wenn das nicht möglich ist, **an der Tür der Wohnung, des Geschäftsraums oder der Gemeinschaftseinrichtung anzuheften**.

Das Schriftstück gilt nach § 181 I 4 ZPO mit der **Abgabe der schriftlichen Mitteilung als zugestellt**. Der Zusteller vermerkt zudem nach § 181 I 5 ZPO auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks das Datum der Zustellung.

## VI. Nachweis der Zustellung, § 182 ZPO

Über die Zustellung ist eine **ordnungsgemäße Zustellungsurkunde** anzufertigen. Die Zustellungsurkunde ist der Geschäftsstelle unverzüglich zurückzuleiten. Sie muss die in § 182 II ZPO vorgesehenen Angaben enthalten. Die Zustellungsurkunde ist eine **öffentliche Urkunde** und erbringt daher nach § 418 I ZPO den **vollen Beweis** der in ihr beurkundeten Tatsachen, wobei jedoch nach § 418 II ZPO der **Gegenbeweis zulässig** ist, der jedoch dann auch zur vollen Überzeugung des Gerichts erbracht werden muss.

## B. Anforderungen an das „Nicht-antreffen“ bei Ersatzzustellung in Geschäftsraum (vgl. BGH in NJW-RR 2015, 702)

**Fall:** Die Kl. macht gegen die beiden Bekl., eine Kommanditgesellschaft und ihre Komplementärin, eine GmbH, als Gesamtschuldner Zahlungsansprüche aus einem Maklervertrag sowie vorgerichtliche Anwaltskosten geltend. Durch Versäumnisurteil des LG vom 29.01.2013 wurden die Bekl. verurteilt, an die Kl. 114.240 € sowie vorgerichtliche Anwaltskosten von 2.237,56 € jeweils nebst Zinsen zu zahlen. Ausweislich der Postzustellungsurkunden wurde das Versäumnisurteil am 01.02.2013 unter der Geschäftsadresse „F.G.“ an beide Bekl. durch Übergabe an die bei der Bekl. zu 1 beschäftigte S zugestellt. Dabei vermerkte der Zusteller jeweils in den Zustellungsurkunden, den Zustellungsadressaten (den Geschäftsführer der Bekl. zu 2 als deren gesetzlichen Vertreter) in dem Geschäftsraum nicht erreicht zu haben. Mit Telefax vom 26.02.2013 haben die Bekl. Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt. In Bezug auf die fristgerechte Einlegung des Einspruchs haben sie geltend gemacht, die Zustellung des Versäumnisurteils sei nicht wirksam erfolgt. Der Zusteller habe die beiden Schriftstücke ohne jede Nachfrage bei der Mitarbeiterin S abgegeben, obwohl der Geschäftsführer der Bekl. zu 2 in den Geschäftsräumen anwesend und zur Annahme der Zustellung bereit gewesen sei. Am 22.02.2013 habe der Geschäftsführer erstmals von dem Versäumnisurteil Kenntnis erlangt.

Ist der Einspruch fristgerecht?

Nach § 339 I ZPO beträgt die Einspruchsfrist zwei Wochen. Sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Versäumnisurteils. Ist die Zustellung am 01.02.2013 wirksam erfolgt, lief die Einspruchsfrist am 15.02.2013 ab, so dass der Einspruch verspätet ist.

**Zustellung** ist nach § 166 I ZPO ist die **Bekanntgabe eines Dokuments an eine Person** in der Form, wie die §§ 167 – 190 ZPO sie vorsehen. Wird der Post, einem Justizbediensteten oder einem Gerichtsvollzieher ein **Zustellungsauftrag nach § 176 ZPO** erteilt, übergibt die Geschäftsstelle nach § 176 I ZPO das zuzustellende Schriftstück in einem verschlossenen Umschlag und ein vorbereitetes Formular einer Zustellungsurkunde. Diese Art der Zustellung bietet die höchste Sicherheit, so dass die Ausführung eines Zustellungsauftrags besonders geregelt ist.

### I. Aushändigung an den Zustellungsempfänger

Grundsätzlich erfolgt die Ausführung eines Zustellungsauftrags nach § 177 ZPO durch Aushändigung an den Zustellungsempfänger. Die Übergabe des Schriftstücks ist an jedem Ort möglich, an welchem der Zustellungsempfänger angetroffen wird.

## II. Ersatzzustellung in der Wohnung, in Geschäftsräumen und Gemeinschaftseinrichtungen, § 178 ZPO

Wird der **Zustellungsempfänger nicht angetroffen** wird, kann nach § 178 ZPO auch die Übergabe an eine andere Person erfolgen, sofern diese unter § 178 I ZPO fällt.

Soll die Zustellung durch **Übergabe an den Zustellungsempfänger in seinen Geschäftsräumen** erfolgen, scheidet diese jedoch, so ist nach § 178 I Nr. 2 ZPO auch die Ersatzzustellung an eine **in den Geschäftsräumen beschäftigte Person** möglich. Geschäftsraum ist hierbei regelmäßig der Raum, in dem sich Publikumsverkehr abspielt und zu dem der mit der Ausführung der Zustellung betraute Bedienstete Zutritt hat (vgl. Musielak-Wolst, § 178 ZPO, Rn. 4).

Fraglich ist jedoch, ob die Ersatzzustellung nach § 178 I Nr. 2 ZPO zwingend voraussetzt, dass der Zustellungsempfänger nicht angetroffen wird und ob dies von der Zustellperson gesondert durch ausdrückliche Nachfrage zu prüfen ist.

*„Nach der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung ist das Merkmal des „Nichtantreffens“ des gesetzlichen Vertreters als Voraussetzung für eine Ersatzzustellung in Geschäftsräumen bereits dann erfüllt, wenn der gesetzliche Vertreter als **abwesend oder verhindert bezeichnet** wird. Ob dies zutrifft, ist unerheblich; insbesondere muss der Zusteller keine eigenen Nachforschungen darüber anstellen, zumal gerichtliche Zustellungen ein Massengeschäft sind und bei juristischen Personen die Ersatzzustellung inzwischen den Regelfall darstellt (OLG Frankfurt a. M., WM 1996, 699 = BeckRS 1995, 06084; NJW-RR 1998, 1684; OLG Köln, OLG-Report 2001, 116 [117]; s. auch FG Hamburg, DStRE 2004, 989; OVG Berlin-Brandenburg, NJW 2012, 951 [952]). In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung ist das BerGer. zutreffend davon ausgegangen, dass in der **widerspruchslosen Entgegennahme** des zuzustellenden Schriftstücks durch eine in den Geschäftsräumen beschäftigte Person (§ 178 I Nr. 2 ZPO) **zugleich die (konkludente) Erklärung** liegt, der **Zustellungsadressat sei abwesend** beziehungsweise an der Entgegennahme der Zustellung verhindert und weitere Nachforschungen des Zustellers regelmäßig nicht veranlasst sind. Der Umstand, dass die vorgenannte oberlandesgerichtliche Rechtsprechung zu §§ 183, 184 ZPO in der bis zum 30.6.2002 geltenden Fassung ergangen ist, ist für die Entscheidung der Streitfrage ohne Bedeutung. Die **Neuregelung des Zustellungsrechts** durch das Zustellungsreformgesetz vom 25.6.2001 (BGBl. I 2001, 1206) hat insoweit **keine Änderung** gebracht. Sowohl nach §§ 183 I, 184 I ZPO a.F. als auch nach § 178 I Nr. 2 ZPO n.F. hängt die Wirksamkeit der Ersatzzustellung in den Geschäftsräumen davon ab, dass der Zustellungsadressat „nicht angetroffen“ wird. Durch das Zustellungsreformgesetz wurde an dem „Nichtantreffen“ des Zustellungsadressaten als (gemeinsame) Voraussetzung für sämtliche in § 178 I ZPO geregelten Arten der Ersatzzustellung festgehalten (BT-Drs. 14/4554, 20). Nach dem Willen des Gesetzgebers, der eine Vereinheitlichung und Vereinfachung der Ersatzzustellung in einem Geschäftslokal bezweckte (BT-Drs. 14/4554, 1, 13 f.), besteht dabei **keine Verpflichtung des Zustellers zur ausdrücklichen Nachfrage** nach der Person des Zustellungsadressaten. Es reicht aus, dass er den Zustellungsadressaten in dem Geschäftsraum, in dem sich der Publikumsverkehr abspielt, nicht antrifft. In diesem Fall kann er das zuzustellende Schriftstück an eine dort beschäftigte Person übergeben (BT-Drs. 14/4554, 20).“ (BGH aaO.)*

Diese **Rechtsprechung der Oberlandesgerichte**, wonach eine ausdrückliche Nachfrage des Zustellers nach der Anwesenheit beziehungsweise Annahmefähigkeit des Zustellungsadressaten nicht erforderlich ist und es für eine wirksame Ersatzzustellung nach § 178 I Nr. 2 ZPO genügt, wenn eine in den Geschäftsräumen beschäftigte Person zur Annahme bereit ist, wird **vom ganz überwiegenden Schrifttum nicht in Frage** gestellt (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 73. Aufl., § 178 Rn. 4; HK-ZPO/Eichele, 5. Aufl., § 178 Rn. 4; MüKo-ZPO/Wenzel, 2. Aufl., § 181 Rn. 11 und § 183 Rn. 4; Musielak/Wittschier, ZPO, 11. Aufl., § 178 Rn. 2; Tombrink/Kessen in Prütting/Gehrlein, ZPO, 6. Aufl., § 178 Rn. 2; Zöller/Stöber, § 176 Rn. 2; unklar BeckOK ZPO/Dörndorfer, § 178 Rn. 2; Thomas/Putzo, ZPO, 35. Aufl., § 178 Rn. 5 f.).

*„Soweit **in der Literatur vereinzelt** – ohne nähere Begründung – eine ausdrückliche Nachfrage des Zustellers verlangt wird (Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 178 Rn. 5 unter Hinweis auf BFHE 173, 213 [215] = NVwZ-RR 1995, 181; diese – ohnehin einen anders gelagerten Sachverhalt betreffende – Entscheidung befasst sich jedoch, ebenso wie die Entscheidung BGHZ 111, 1 = NJW 1990, 1666 mit der Ersatzzustellung an einen Familienangehörigen gem. § 181 I ZPO a.F.; Roth folgend MüKo-ZPO/Häublein, 4. Aufl., § 178 Rn. 4 Fn. 14 und wohl auch Wieczorek/Schütze/Rohe, ZPO, 4. Aufl., § 178 Rn. 3 Fn. 6; s. auch LG Bonn, Beschl. v. 29.09.2011 – 31 T 34/11, BeckRS 2011, 24820), wird dies **vom Wortlaut** des § 178 I ZPO, der nur voraussetzt, dass der Zustellungsadressat „nicht angetroffen“ wird, **nicht gefordert**; diese Gegenauffassung **widerspricht auch dem Sinn und Zweck** der Vorschriften über die Ersatzzustellung („Vereinfachung der Ersatzzustellung“). Die abweichenden Ansichten vermögen daher keine höchstrichterlich zu klärenden Unklarheiten über die Voraussetzungen einer wirksamen Ersatzzustellung nach § 178 I Nr. 2 ZPO zu begründen.“ (BGH aaO.)*

ZPO  
§§ 68, 74**Wirkung der Streitverkündung**  
**Nur gegen streitverkündete Partei**

ZivilProzR

(BGH in NJW 2015, 1824; Urteil vom 27.1.2015 – VI ZR 467/13)

1. Die sich aus der Streitverkündung ergebende **Streithilfewirkung** tritt nach §§ 68, 74 III ZPO nur gegen den Dritten ein, nicht aber auch gegen die Partei, die ihm im Vorprozess den Streit verkündet hat. Dies gilt unabhängig davon, ob die Partei, die im Vorprozess dem Dritten den Streit verkündet hat, sich im Folgeprozess auf die Bindungswirkung beruft.
2. Für die Haftungs begründung des Tierhalters muss die **von dem Tier ausgehende Gefahr nicht die einzige Ursache** des eingetretenen Unfalls sein. Die **Mitverursachung** oder bloß mittelbare Verursachung ist **ausreichend**.

**A. Verständnisgrundlagen: Die Streitverkündung**

Eine Partei, die für den Fall des ihr **ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits** einen Anspruch auf **Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten** erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann gem. § 72 ZPO bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn der Kläger eines Prozesses unsicher darüber ist, gegen welchen von mehreren möglichen Anspruchsgegnern er einen Anspruch hat, aber sicher ist, das mindestens einer ihm haften muss. Die Streitverkündung dient dabei dazu, dass sich die Rechtskraftwirkung des geführten Prozesses auch auf einen möglichen Nachfolgeprozess mit dem Streitverkündeten erstreckt und damit widersprüchliche Entscheidungen vermieden werden.

**I. Zulässigkeit der Streitverkündung**

Die Streitverkündung ist zulässig, wenn

- es einen anhängigen und noch rechtshängigen **Hauptprozess** gibt, in welchem der Streitverkünder Hauptpartei ist,
- sie dem Dritten gegenüber wirksam **erklärt** wird
- und ein **Streitverkündigungsgrund** vorliegt.

**1. Streitverkündungserklärung**

Zum Zweck der Streitverkündung hat die Partei gem. **§ 73 ZPO** einen Schriftsatz einzureichen, in dem der **Grund der Streitverkündung** und die **Lage des Rechtsstreits** anzugeben ist. Dieser Schriftsatz ist dann dem Dritten **zuzustellen** und dem Gegner des Streitverkünders in Abschrift mitzuteilen. Die Streitverkündung wird erst mit der Zustellung an den Dritten wirksam.

**2. Streitverkündungsgrund**

Eine Partei, die für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen **Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten** erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann gem. § 72 ZPO bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Streitverkünder bei Unterliegen im Prozess Anlass hat, gegen den Streitverkündeten zu prozessieren, z.B. bei Gewährleistungsansprüchen, Regressansprüchen, Rückgriffsansprüchen.

**II. Wirkung der Streitverkündung**

Nach erfolgter Streitverkündung hat der Dritte die **Möglichkeit, dem Rechtsstreit beizutreten**. Sein Verhältnis zu den Parteien bestimmt sich dann nach den Grundsätzen über die **Nebenintervention** (vgl. Übersicht in diesem Heft).

Lehnt der Dritte den Beitritt ab oder erklärt er sich nicht, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.

Unabhängig davon, ob ein Beitritt erfolgt oder nicht, tritt die **Interventionswirkung** des § 68 ZPO ein. Allerdings ist dann nicht die Zeit des Beitritts entscheidend, sondern es ist maßgeblich, zu welcher Zeit der Beitritt infolge der Streitverkündung möglich war. Darüber hinaus führt die zulässige Streitverkündung gegenüber dem Dritten zu einer **Hemmung der Verjährung gem. § 204 I Nr. 6 BGB** und damit zur **Erhaltung von Gewährleistungsrechten**.

## B. Streithilfewirkung nur gegen streitverkündete Partei statt deren Versicherer (BGH in NJW 2015, 1824)

**Fall:** Die Kl. begehrt als Tierhalterversicherer aus übergegangenem Recht ihrer Versicherungsnehmerin B von den Bekl. im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs Regress wegen eines Unfalls, der sich am 29.09.2006 ereignete. Der Sohn der Versicherungsnehmerin der Kl. unternahm mit deren Pony „Princess“ einen Ausritt, an dem auch die von den Bekl. gehaltenen, ebenfalls von Jugendlichen gerittenen Ponys beteiligt waren. Als sich der Gruppe im Kreuzungsbereich zweier Feldwege von links eine von zwei Pferden gezogene Kutsche näherte, gingen die Ponys durch und galoppierten nach rechts in einen Feldweg, auf dem ihnen der Geschädigte S mit einem Mountainbike entgegenkam. S stürzte von seinem Rad oder wurde von diesem geschleudert und blieb am Wegrand bzw. im Acker liegen. Er wurde schwer verletzt und ist seitdem querschnittsgelähmt. S nahm die Versicherungsnehmerin der Kl. auf Schadensersatz in Anspruch. Diese verkündete den jetzigen Bekl. den Streit, die dem damaligen Rechtsstreit auf Seiten der Versicherungsnehmerin der Kl. beitraten. Diese wurde durch rechtskräftiges Urteil des OLG Frankfurt a. M. vom 08.04.2009 (21 U 50/08, BeckRS 2012, 17804) zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 380.000 € verurteilt. Des Weiteren wurde ihre Verpflichtung zum Ersatz sämtlicher materieller und immaterieller Schäden aus Anlass des Unfallgeschehens – vorbehaltlich des Forderungsübergangs auf Dritte – festgestellt. Die Versicherungsnehmerin der Kl. nahm daraufhin den Kutscher V im Klagewege auf Regress in Anspruch und verkündete wiederum den jetzigen Bekl. den Streit, worauf die Bekl. zu 1, 2 und 4 dem Rechtsstreit auf Seiten der Versicherungsnehmerin der Kl. beitraten, während die Bekl. zu 3 dem Rechtsstreit auf Seiten des Kutschers V beitrug. Die Klage wurde durch rechtskräftiges Urteil des LG Frankfurt a. M. (Urt. v. 07.03.2012 – 2-25 O 383/09) abgewiesen.

Die Kl. macht geltend, sie habe an den Geschädigten S insgesamt 432.001,65 € gezahlt. Sie begehrt von den Bekl. Regress in Höhe jeweils eines Fünftels dieses Betrags (86.400,33 €) sowie – im Wege der Feststellungsklage – anteiligen Ersatz der von ihr künftig zu erbringenden Aufwendungen. Das LG Frankfurt a. M. hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufungen der Bekl. hat das OLG Frankfurt a. M. die Klage abgewiesen. Es ist der Auffassung, dass verbindlich festgestellt sei, allein das Pony der Versicherungsnehmerin der Kl. habe den Unfall verursacht. Hiergegen erhebt die Kl. Revision.

### I. Prüfungsumfang im Prozess wegen zuvor erfolgter Streitverkündung

#### 1. Ausschluss der Bindungswirkung wegen überschießender Feststellungen

Fraglich ist, ob das Gericht an die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Versicherungsnehmerin der Kl. nach § 68 ZPO gebunden ist.

Zwar kam es für die Haftung der Versicherungsnehmerin der Kl. lediglich darauf, ob diese haftet, nicht aber, ob neben ihr noch andere haften. Bei den diesbezüglichen Feststellungen könnte es sich um überschießende Feststellungen handeln, die von der Interventionswirkung ausgeschlossen sind.

*„Richtig ist, dass **überschießende Feststellungen ausnahmslos von der Interventionswirkung ausgenommen sind** (BGHZ 157, 97 [99 f.] = BeckRS 2004, 00370 und BGH, Beschl. v. 12.11.2009 – IX ZR 231/07, BeckRS 2009, 87282). Die Interventionswirkung erstreckt sich gem. § 68 ZPO nämlich auf die **tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen, auf denen die Entscheidung beruht**. Tragende Grundlage des Urteils im ersten Vorprozess war, dass der Geschädigte S im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der Bewegung des außer Kontrolle geratenen Ponys der Versicherungsnehmerin der Kl. gestürzt ist. Soweit sich dort Ausführungen dazu finden, **wo sich die vier Ponys der Bekl. zum Zeitpunkt des Sturzes des Geschädigten S befanden** (vgl. OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 08.04.2009 – 21 U 50/08, BeckRS 2012, 17804 Rn. 88), handelt es sich entgegen der Auffassung der Revision aber auch um Feststellungen zur Begründung der Verursachung durch das Pony der Versicherungsnehmerin der Kl. Sie waren für die damalige Entscheidung nämlich deshalb tragend, weil mit ihnen begründet wurde, dass es sich bei dem Pony, welches sich zum Zeitpunkt des Sturzes des Geschädigten S in dessen unmittelbarer Nähe befand, um das Pony der Versicherungsnehmerin der Kl. und nicht um eines der Ponys der Bekl. handelte.“ (BGH aaO.)*

#### 2. Interventionswirkung auch gegenüber der Kl.

Fraglich ist ob diese Interventionswirkung nur zwischen der Versicherungsnehmerin und den Bekl. als Streitverkündeten des Vorprozesses gilt oder ob sich auch die Kl. hierauf berufen kann.

„[Grundsätzlich tritt] die sich aus der Streitverkündung ergebende Streithilfswirkung nach §§ 68, 74 III ZPO **nur gegen den Dritten** [ein], nicht aber auch gegen die Partei, die ihm im Vorprozess den Streit verkündet hat (BGHZ 100, 257 [260 ff.] = NJW 1987, 1894 m.w.N. und BGH, NJW 1997, 2385 = VersR 1997, 1020). Dies gilt, anders als die Revisionserwiderungen meinen, unabhängig davon, ob die Partei, die im Vorprozess dem Dritten den Streit verkündet hat, sich im Folgeprozess auf die Bindungswirkung beruft, denn die **Streithilfswirkung tritt gegebenenfalls kraft Gesetzes ein und ist im Rechtsstreit von Amts wegen zu prüfen** (BGHZ 16, 217 [228] = NJW 1955, 625; BGHZ 96, 50 [54] = NJW 1986, 848; BGH, VersR 1985, 568 = BeckRS 1984, 30375985 und BGHZ 100, 257 [263] = NJW 1987, 1894; Musielak/Weth, ZPO, 11. Aufl., § 68 Rn. 1 m.w.N.).

Im ersten Vorprozess hat die Versicherungsnehmerin der Kl. den Bekl. den Streit verkündet. Die **Interventionswirkung** dieses Vorprozesses gilt mithin nur gegen die Bekl., **nicht aber zu Lasten der jetzigen Kl. als Rechtsnachfolgerin** ihrer Versicherungsnehmerin. Da die Feststellung, keines der vier Ponys der Bekl. sei dem Geschädigten so nahe gekommen, dass es dessen Sturz verursacht habe, eine **Feststellung zum Nachteil der Kl.** wäre, kann insoweit **keine Bindungswirkung an den Vorprozess bestehen.**“ (BGH aaO.)

Es ist daher erneut zu prüfen, ob neben dem Pony der Kl. auch die Ponys der Beklagten den Sturz mitverursacht haben.

## II. Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen

Nach den vom LG getroffenen Feststellungen sind alle Ponys im Kreuzungsbereich durchgegangen und ins Galoppieren verfallen, weswegen der Sohn der Versicherungsnehmerin der Kl. versucht habe, dieses spezifische tierische Verhalten wieder zu bändigen. Sämtliche Ponys hätten sich im unmittelbaren und zeitlichen Zusammenhang im Bereich der Unfallstelle bewegt und seien dort durchgegangen, zu einer Zeit also, als es noch zu keiner Kollision gekommen gewesen sei. Fraglich ist, ob sich nicht allein hieraus eine Tierhalterhaftung der Bekl. ergibt.

### 1. Begriff der Tiergefahr

„Nach **ständiger Rechtsprechung** des erkennenden Senats äußert sich eine **typische Tiergefahr** in einem der tierischen Natur entsprechenden unberechenbaren und selbstständigen Verhalten des Tieres (vgl. grdl. Senat, BGHZ 67, 129 [132 f.] = NJW 1976, 2130 sowie VersR 1976, 1175 [1176] = BeckRS 1976, 30401168; NJW 1977, 2158 = VersR 1977, 864 [865]; NJW 1982, 763 = VersR 1982, 366 [367]; NJW-RR 1990, 789 = VersR 1990, 796 [797]; NJW 1992, 907 = VersR 1992, 371 [372]; NJW 1992, 2474 = VersR 1992, 1145 [1146]; NJW 1999, 3119 = VersR 1999, 1291 [1292] und NJW-RR 2006, 813 = VersR 2006, 416 Rn. 7). **Führt das Scheuen eines Pferdes zu einer Schädigung**, hat sich eine typische Tiergefahr ausgewirkt (Senat, NJW 1986, 2883 = VersR 1986, 1206). Das tierische Verhalten muss **nicht die einzige Ursache** des eingetretenen Unfalls sein.

Es genügt vielmehr, wenn das **Verhalten des Tieres für die Entstehung des Schadens adäquat mitursächlich** geworden ist (Senat, NJW-RR 2006, 813; OLG Nürnberg, OLGZ 1965, 153; vgl. auch OLG Hamm, NJW-RR 2001, 19; OLG Oldenburg, VersR 2002, 1166 = BeckRS 2002, 30237234; Haag in Geigel, Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl., Kap. 18 Rn. 9; MüKo-BGB/Wagner, 6. Aufl., § 833 Rn. 7; Soergel/Krause, BGB, 13. Aufl., § 833 Rn. 5; Erman/Schiemann, BGB, 14. Aufl., § 833 Rn. 5; Rüge in Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, 16. Aufl., Kap. 11 Rn. 3f., jew. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

### 2. Anwendung auf den Fall

Nach diesen Grundsätzen kann die Haftung der Bekl. nicht mit der Begründung verneint werden, der Unfall sei konkret durch das Pony der Versicherungsnehmerin der Kl. verursacht worden und keines der Ponys der Bekl. sei dem Geschädigten S so nahe gekommen, dass sein tierisches Verhalten den Sturz konkret verursacht habe.

„Die Revision weist mit Recht darauf hin, dass auch bei der **Tierhalterhaftung die Mitverursachung oder bloß mittelbare Verursachung** für die Haftungsbegründung ausreicht. Nach den vom LG getroffenen Feststellungen sind **alle fünf Ponys** vor dem Sturz des Geschädigten im Kreuzungsbereich **„gemeinschaftlich“ durchgegangen**, ins Galoppieren verfallen und nach rechts in den Feldweg eingebogen, auf dem ihnen der Geschädigte S mit einem Mountainbike entgegenkam, worauf dieser stürzte. Auf der Grundlage dieser Feststellungen können alle Ponys jedenfalls mittelbar zu dem Sturz des Geschädigten beigetragen haben. Demzufolge kann die von allen fünf Ponys ausgehende **Tiergefahr adäquat kausal für dessen Sturz** gewesen sein.“ (BGH aaO.)

## III. Ergebnis

Das Berufungsurteil kann keinen Bestand haben, da es auf unzutreffenden rechtlichen Wertungen beruht.

StPO

**Erkennungsdienstliche Behandlung**

StrafVerfR

§ 81 b Alt. 2

**Nicht aufgrund Zufallserkenntnissen über Dritten**

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2015, 336; Urteil vom 20.11.2014 – 11 LC 232/13)

Die Verwendung sogenannter **Zufallserkenntnisse** aus einer gegenüber einem Dritten durchgeführten Telefonüberwachung ist im Verfahren zur Anordnung einer erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 81 b Alt. 2 StPO unzulässig, wenn sich diese **Erkenntnisse nicht auf sogenannte Katalogtaten** i.S.d. § 100 a StPO beziehen und die Voraussetzungen des § 477 II 3 Nr. 1 StPO nicht vorliegen.

**Fall:** Der Kl. wandte sich gegen die Anordnung seiner erkennungsdienstlichen Behandlung. Der 1976 geborene Kl. wurde bis zum Jahr 2000 strafrechtlich wiederholt auffällig. Im Juli 2010 eröffnete die Staatsanwaltschaft D. ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen den Kl. wegen des Verdachts des Diebstahls in einem besonders schweren Fall. Anlass für diese Ermittlungen gegen den Kl. waren Erkenntnisse aus der Überwachung der Telekommunikation des – inzwischen vom LG D. zusammen mit zwei weiteren Tätern zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilten – genannten Bekannten, gegen den die Staatsanwaltschaft D. wegen des Verdachts der gewerbmäßigen Bandenhehlerei sowie des gewerbmäßigen bandenmäßigen Betruges Ermittlungen geführt hatte. Mit Bescheid vom 22.10.2010 ordnete die Bekl. wegen des genannten strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens die erkennungsdienstliche Behandlung des Kl. an. Zu Recht?

Rechtsgrundlage für die erkennungsdienstliche Behandlung des Kl. ist § 81 b Alt. 2 StPO. Hiernach dürfen Lichtbilder und Fingerabdrücke des Beschuldigten auch gegen seinen Willen aufgenommen und Messungen und ähnliche Maßnahmen an ihm vorgenommen werden, soweit es für Zwecke des Erkennungsdienstes notwendig ist.

### I. Zwecke des Erkennungsdienstes

„Derartige erkennungsdienstliche Unterlagen werden **nicht für Zwecke** eines gegen den Betr. gerichteten oder irgendein Fes anderen **konkreten Strafverfahrens** erhoben. Ihre Anfertigung, Aufbewahrung und systematische Zusammenstellung in kriminalpolizeilichen Sammlungen dient nach ihrer gesetzlichen Zweckbestimmung – ohne unmittelbaren Bezug zu einem konkreten Strafverfahren – der **vorsorgenden Bereitstellung von sächlichen Hilfsmitteln** für die sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben, die der Kriminalpolizei hinsichtlich der Erforschung und Aufklärung von Straftaten zugewiesen sind (BVerwG, NJW 2006, 1225; OVG Lüneburg, NdsVBl 2013, 225).

Es handelt sich nach der zitierten Rechtsprechung des BVerwG bei § 81 b Alt. 2 StPO nicht um eine Regelung im Bereich der Strafverfolgung, sondern um die **Ermächtigung zu Maßnahmen der Strafverfolgungsvorsorge im Sinne präventiv-polizeilicher Tätigkeit.**“ (OVG Lüneburg aaO.)

### II. Präventionsanlass

Die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen setzt daher voraus, dass unter Berücksichtigung kriminalistischer Erfahrung eine Einzelfallwertung voraus.

„[Es kommt darauf an, ob die Situation] angesichts aller Umstände des Einzelfalls – insbesondere angesichts der Art, Schwere und Begehungsweise der dem Betr. im strafrechtlichen Anlassverfahren zur Last gelegten Straftaten, seiner Persönlichkeit sowie unter Berücksichtigung des Zeitraums, währenddessen er strafrechtlich nicht (mehr) in Erscheinung getreten ist – **Anhaltspunkte für die Annahme** bietet, dass der Betr. **künftig oder anderwärts gegenwärtig mit guten Gründen als Verdächtiger** in den Kreis potenzieller Bet. an einer noch aufzuklärenden strafbaren Handlung einbezogen werden könnte und dass die erkennungsdienstlichen Unterlagen die dann zu führenden Ermittlungen – den Betr. schließlich überführend oder entlastend – fördern könnten (BVerwGE 66, 192; BVerwG, NJW 2006, 1225).

Es bedarf also einer **Wiederholungsgefahr**, die (auch) auf den Ergebnissen des Verfahrens wegen der **Anlass-tat** beruhen muss (BVerwG, NJW 2006, 1225; OVG Lüneburg, Beschl. v. 20.11.2008 – 11 ME 297/08, BeckRS 2008, 41174). Wird das Verfahren wegen der Anlasstat eingestellt (vgl. zur Unschädlichkeit der Einstellung: OVG Lüneburg, NVBl 2009, 202), muss (auch) hinsichtlich der Anlasstat wenigstens ein die Anordnung rechtfertigender „Restverdacht“ verbleiben (OVG Lüneburg, NdsRpfl 2011, 58). Lediglich ergänzend können zur Begründung einer Wiederholungsgefahr weitere – ältere und neuere – Ermittlungsverfahren und strafgerichtliche Verurteilungen des Betr. herangezogen werden (OVG Lüneburg, Ur. v. 19.04.2011 – 11 LB 481/10; Beschl. v. 27.01.2010 – 11 LA 555/09).“ (OVG Lüneburg aaO.)

Für die Beurteilung der Notwendigkeit erkennungsdienstlicher Maßnahmen ist auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Vornahme dieser Maßnahmen abzustellen.

„Im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle kommt es deshalb – jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die erkennungsdienstlichen Maßnahmen noch nicht vollzogen worden sind – insoweit auf die **Sachlage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung** bzw. im Zeitpunkt der Entscheidung an (vgl. BVerwG, NJW 1983, 772 = NVwZ 1983, 286 Ls.; OVG Lüneburg, Ur. v. 24.02.2014 – 11 LB 43/13; Ur. v. 30.01.2013 – 11 LB 115/12, BeckRS 2013, 46936).“ (OVG Lüneburg aaO.)

### III. Anwendung auf den Fall

#### 1. Beschuldigteneigenschaft des Kl.

Soweit es für die Rechtmäßigkeit der Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen auf die Eigenschaft als Beschuldigter ankommt, ist auf den Zeitpunkt des Erlasses des Bescheides abzustellen (BVerwG, NVwZ-RR 2014, 848 Rn. 4).

*„Beschuldigter ist, gegen wen auf Grund zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte i.S.d. § 152 II StPO das Strafverfahren betrieben wird. Die Beschuldigteneigenschaft wird durch die erste Ermittlungshandlung begründet, die sich gegen eine bestimmte Person richtet. Diese Voraussetzung liegt vor. Gegen den Kl. wurde seit August 2010 ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren wegen des Vorwurfes des Diebstahls eines Kraftfahrzeugs geführt. Dass dieses Strafverfahren – wie andere zwischenzeitlich gegen den Kl. eingeleitete Ermittlungsverfahren – mittlerweile eingestellt worden ist, führt nicht zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Maßnahme. Für die Bejahung der Beschuldigteneigenschaft im Rahmen der Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahme ist allein maßgeblich, ob gegen den Betr. im Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist. Dass dieser vor dem Vollzug des Verwaltungsaktes durch Freispruch, Verurteilung oder Einstellung des Verfahrens die Beschuldigteneigenschaft verliert, ändert nichts an der Beschuldigteneigenschaft des Betr. zu dem maßgeblichen Zeitpunkt und mithin an der auf dieses Tatbestandsmerkmal bezogenen Rechtmäßigkeit der Anordnung (BVerwG, NJW 2006, 1225 = NVwZ 2006, 713 Ls.; NJW 1983, 772 = NVwZ 1983, 286 Ls.; OVG Lüneburg, Ur. v. 28.06.2007 – 11 LC 372/06, BeckRS 2007, 27486; Beschl. v. 07.01.2010 – 11 ME 439/09; VGH München, Ur. v. 12.11.2013 – 10 B 12.2078 m.w.N.; OVG Hamburg, DVBl 2013, 939 = BeckRS 2013, 51745; VGH Mannheim, Ur. v. 13.07.2011 – 1 S 350/11, BeckRS 2011, 53016 m.w.N.). Ebenso wenig ist erheblich, ob die Einleitung des Strafverfahrens nach materiellem Recht ordnungsgemäß erfolgt ist; es ist allein auf die formelle Einleitung des Strafverfahrens abzustellen, da andernfalls die Polizei in jedem Einzelfall überprüfen müsste, ob das strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen einen Beschuldigten zu Recht eingeleitet worden ist (OVG Lüneburg, NdsVBl 2007, 42 = BeckRS 2006, 26452; VGH München, Ur. v. 12.11.2013 – 10 B 12.2078).“ (OVG Lüneburg aaO.)*

Im maßgeblichen Zeitpunkt der streitigen Anordnung vom 22.10.2010 war der Kl. Beschuldigter i.S.v. § 81 b Alt. 2 StPO und damit zulässiger Adressat der angefochtenen Maßnahme.

#### 2. Notwendigkeit der erkennungsdienstlichen Behandlung

Fraglich ist jedoch, ob die erkennungsdienstliche Behandlung des Kl. im Rechtssinne notwendig ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das Ermittlungsverfahren wegen der Anlasstat bereits eingestellt ist. Es ist daher zu prüfen, ob noch Verdachtsmomente gegen den Betr. bestehen, die die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung zur präventiv-polizeilichen Bekämpfung von Straftaten rechtfertigen.

*„Die Verfahrenseinstellung als solche steht der Annahme eines (Rest)Tatverdachts nicht entgegen. Die Berücksichtigung von Verdachtsgründen, die auch nach einer Verfahrenseinstellung fortbestehen können, stellt keine Schuld feststellung oder -zuweisung dar und verstößt deshalb nicht gegen die in Art. 6 II EMRK verbürgte Unschuldsvermutung. In Bezug auf das Erfordernis der Wiederholungsgefahr bedarf es in diesen Fällen einer eingehenden Würdigung aller hierfür relevanten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Gründe für die Verfahrenseinstellung und der Prüfung, ob die Verdachtsmomente vollständig ausgeräumt sind (BVerfG, NJW 2002, 3231 = NVwZ 2003, 862 Ls. = BeckRS 2002, 30260253; OVG Lüneburg, Ur. v. 24.02.2014 – 11 LB 43/13; OVG Saarlouis, Ur. v. 05.10.2012 – 3 A 72/12, BeckRS 2012, 58861; OVG Münster, NWVBl 2010, 436 = BeckRS 2010, 49130; OVG Bautzen, Beschl. v. 16.11.2009 – 3 B 355/08, BeckRS 2009, 42479).“ (OVG Lüneburg aaO.)*

Die Einzelfallwürdigung müsste also zu dem Ergebnis führen, dass nach sachgerechter und vertretbarer kriminalistischer Erfahrung tragfähige Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, der Kl. könne künftig in den Kreis möglicher Tatverdächtiger einer aufzuklärenden strafbaren Handlung einbezogen werden und die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen könne dann ermittlungsfördernd sein.

##### a) Verwendbarkeit der Zufallserkenntnisse

Für diese Prognose ist es aber relevant, ob die Erkenntnisse aus der Telefonüberwachung gegen den Kl. verwendet werden dürfen.

*„Nach § 477 II 2 StPO dürfen die auf Grund einer Maßnahme, die nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig ist – hier: so genannter Katalogstraftaten i.S.d. § 100 a StPO, erlangten personenbezogenen Daten wegen des tiefgreifenden Grundrechtseingriffs in das durch Art. 10 I GG geschützte Fernmeldegeheimnis ohne Einwilligung der betr. Personen zu Beweis Zwecken in anderen Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme hätte angeordnet werden dürfen.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

Ein solcher Ausnahmefall liegt her aber nicht vor. Dies war auch der Grund für die Einstellung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen den Kl. nach § 170 II StPO.

*„Im verwaltungsrechtlichen Verfahren richten sich die Folgerungen nach § 477 II 3 StPO (vgl. hierzu: OVG Lüneburg, NJW 2006, 2343; VG Bremen, Beschl. v. 18.08.2008 – 5 V 1936/08 – jew. zu § 477 II 2 StPO a.F., nunmehr § 477 II 3 StPO). Nach dieser Vorschrift dürfen personenbezogene Daten, die – wie hier – durch eine Maßnahme der in Satz 2 bezeichneten Art erlangt worden sind, ohne Einwilligung der betr. Personen nur unter den in Nrn. 1 - 3 dieser Norm abschließend bestimmten Voraussetzungen verwendet werden.*

*Im vorliegenden Fall kommt lediglich die Erlaubnisnorm des § 477 II 3 Nr. 1 StPO in Betracht. Hiernach ist die Verwendung in Strafverfahren erlangter personenbezogener Daten **zur Abwehr einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit** erlaubt. Zur näheren Bestimmung des Begriffs der erheblichen Gefahr ist auf die Legaldefinitionen des § 2 Nr. 1 a (Gefahr) und des § 2 Nr. 1 c (erhebliche Gefahr) NSOG zurückzugreifen (vgl. hierzu: OVG Lüneburg, NJW 2006, 2343). Danach ist eine **erhebliche Gefahr eine konkrete Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut** wie u.a. Leben, Gesundheit, Freiheit, nicht unwesentliche Vermögenswerte sowie andere strafrechtlich geschützte Güter. Im vorliegenden Fall kommen als geschützte Rechtsgüter vor allem, aber nicht nur **nicht unwesentliche Vermögenswerte Dritter** in Betracht, die es zu schützen gilt. Es mangelt aber insoweit an der erforderlichen Konkretetheit einer solchen Gefahr. Nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 a NSOG besteht die konkrete Gefahr dann, wenn eine **Sachlage vorliegt, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird.***

*Die streitgegenständliche erkennungsdienstliche Behandlung des Kl. soll nicht eine konkrete Gefahr in diesem Sinn abwenden, sondern dient nach dem o. g. nach ihrer gesetzlichen Zweckbestimmung **präventiven Zwecken ohne unmittelbaren Bezug zu konkreten Strafverfahren** im Sinne einer vorsorgenden Bereitstellung von sachlichen Hilfsmitteln für die sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben, die der Polizei hinsichtlich der Erforschung und Aufklärung von Straftaten durch § 163 StPO zugewiesen sind.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

## b) Keine Ausnahme für Verwaltungsverfahren

In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist mit Blick auf die unterschiedlichen Zwecke von Strafverfahren und Verwaltungsverfahren (dort: Ahndung strafbaren Unrechts, hier: präventive Gefahrenabwehr) anerkannt, dass Erkenntnisse, die in strafprozessualen Ermittlungen in rechtswidriger Weise gewonnen worden sind, in Verwaltungsverfahren einem Verwertungsverbot nicht unterliegen.

*„[Im] ...Recht der Gefahrenabwehr [tritt] – vorbehaltlich einer ausdrücklichen Verbotsnorm – ein Verwertungsverbot nicht von vornherein und voraussetzungslos, sondern ... es [bedarf] einer **Güterabwägung** (vgl. allgemein: Kallerhoff in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 24 Rn. 31 ff. m.w.N.; weitergehend wohl: VG Düsseldorf, Urt. v. 13.09.2012 – 18 K 7552/11, BeckRS 2012, 58213: „Ein Beweisverwertungsverbot ist dem Recht der Gefahrenabwehr fremd“). [wird ausgeführt]*

*Bei der hier streitgegenständlichen Konstellation der Frage der Verwendung von Erkenntnissen aus einer gegenüber einem **Dritten** zu Recht angeordneten Telefonüberwachung nach § 100 a StPO hat der **Gesetzgeber** mit Blick auf das Grundrecht des **Art. 10 I GG** die **Abwägung** zwischen dem Interesse des mittelbar Betr. – hier: des Kl. – und dem öffentlichen Interesse an der **Gefahrenabwehr selbst vorgenommen** und in § 477 II 3 StPO bestimmt, dass die „darüber hinaus“ (d.h. über die Strafverfolgung hinausgehende, etwa – wie hier – aus präventiven Gründen) gehende Verwendung personenbezogener Daten, die durch eine derartige Maßnahme erlangt worden sind, nur unter den einschränkenden Voraussetzungen der Nrn. 1 - 3 dieser Vorschrift zulässig ist. **Für eine weitergehende Interessenabwägung** im Einzelfall ist daher nach der gesetzgeberischen Wertung **kein Raum** (vgl. zum Verwendungsverbot nach § 477 II 2 StPO für Zwecke des Besteuerungsverfahrens: BFHE 242, 289 = NJOZ 2014, 1800). Mit anderen Worten besteht ein Verwendungsverbot in verwaltungsrechtlichen Verfahren, wenn – wie dies hier nach dem oben Gesagten der Fall ist – die Voraussetzungen des § 477 II 3 StPO nicht vorliegen.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

## IV. Ergebnis

Es besteht daher ein Verwertungsverbot mit der Folge, dass die im Anlassverfahren durch die Telefonüberwachung ermittelten Tatsachen zur Beantwortung der Frage, ob die erkennungsdienstliche Behandlung des Kl. i.S.d. § 81 b Alt. 2 StPO notwendig ist, nicht herangezogen werden dürfen. Ohne diese liegen jedoch die Voraussetzungen für die Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen nicht vor.

StPO  
§§ 51, 55**Pflicht des Zeugen zum Erscheinen  
Auch bei Aussageverweigerungsrecht**

StrafVerfR

(OLG Rostock in FD-StrafR 2015, 367574; Beschluss vom 06.06.2014 – Ws 127/14)

1. Das **Recht zur Aussageverweigerung** nach § 55 StPO **entbindet** den Zeugen trotz seiner Ankündigung, hiervon umfassend Gebrauch zu machen, **nicht von** seiner grundsätzlichen **Pflicht**, auf Ladung **vor Gericht zu erscheinen** wenn das Gericht erwägt, aus dem Verhalten des Zeugen in der Hauptverhandlung eine bestimmte Schlussfolgerung im Hinblick auf den dem Angeklagten gemachten Tatvorwurf zu ziehen.
2. Die Angst des Zeugen vor **schwerwiegenden Gefahren für Leib und Leben** rechtfertigt sein Ausbleiben vor Gericht nicht, wenn gerichtsseitig umfassende Vorkehrungen zum Schutz des Zeugen vor diesen Gefahren getroffen wurden.

**A. Verständnisgrundlagen: Das Aussageverweigerungsrecht nach § 55 StPO**

Das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO gilt umfassend für **alle Einvernahmen eines Zeugen**. Es ist hierbei unerheblich, dass dieser ggf. bereits zuvor in einer früheren Vernehmung belastende Angaben gemacht hat oder ob die verlangte Auskunft den Beschuldigten be- oder entlasten würde. § 55 StPO begründet allerdings kein **umfassendes Zeugnisverweigerungsrecht**, kann zu einem solchen jedoch faktisch führen, **wenn der gesamte Inhalt der Aussage von den Voraussetzungen des § 55 I StPO umfasst wäre** (BGH NStZ 1986, 181; NStZ 1998, 365). Der Zeuge darf nicht in die Situation gebracht werden, dass bereits die Ingebrauchnahme von § 55 StPO einen Verdachtsgrund gegen ihn oder einen Angehörigen begründen kann; das Auskunftsverweigerungsrecht besteht daher bereits dann, wenn schon die Bejahung oder Verneinung einer Frage diese Gefahr mit sich bringen würde (BVerfG NJW 1999, 779; BGH MDR 1993, 722; NJW 1999, 1413) (vgl. Beck-OK/Huber, § 55 StPO, Rn. 2).

§ 55 StPO kommt nur zur Anwendung, wenn dem Zeugen die **Verfolgung wegen einer Straftat oder OWi**, die er bereits **vor der Aussage begangen** hat, droht. Hierbei ist nicht erforderlich, dass dem Zeugen tatsächlich eine Strafe oder Geldbuße droht; es genügen auch anzunehmende Sicherungsmaßregeln, Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel, wie auch die Durchführung eines Verfahrens nach §§ 413 StPO ff. Dass sich der Zeuge alleine durch seine Aussage strafbar machen könnte, reicht hierfür nicht (BGH StraFo 2012, 173; NJW 2006, 785; OLG Düsseldorf NStZ 1982, 257; BVerfG NStZ 1985, 277). Aber die **Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung im Ausland** reicht aus (LG Freiburg NJW 1986, 3036) (vgl. Beck-OK/Huber, § 55 StPO, Rn. 3).

Es ist ausreichend, wenn dem Zeugen durch seine Angaben die **Einleitung eines Ermittlungsverfahrens droht** (OLG Hamburg NJW 1984, 1635; OLG Hamm StraFo 1998, 119), d.h. seine Angaben müssen zumindest einen prozessual ausreichenden Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO für ein strafbares Verhalten des Zeugen begründen können (OLG Jena NStZ-RR 2011, 279). Eine sichere Erwartung einer Strafverfolgung ist dagegen nicht erforderlich. Auf der anderen Seite reicht es auch nicht lediglich aus, dass mit einer bloß theoretischen Möglichkeit zu rechnen ist (BGH NStZ 1994, 499; 1981, 93). Es genügt jedoch, wenn die Aussage des Zeugen die Strafverfolgung nur mittelbar begründen würde (BVerfG NStZ 2002, 378; 2003, 666; OLG Köln NStZ-RR 2005, 269) (vgl. Beck-OK/Huber, § 55 StPO, Rn. 4).

**B. Pflicht des Zeugen zum Erscheinen auch bei Zeugnisverweigerungsrecht (vgl. OLG Rostock in FD-StrafR 2015, 367574)**

**Fall:** Das LG hat in der Hauptverhandlung vom 20.07.2012 beschlossen, gegen den von einem Rechtsanwalt vertretenen Zeugen (Z), der trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen war, ein Ordnungsgeld in Höhe von 500 € und ersatzweise Ordnungshaft von 5 Tagen festzusetzen. Ferner wurden ihm die durch sein Ausbleiben verursachten Kosten auferlegt.

Dagegen richtet sich die Beschwerde von Z. Dieser behauptet, die Beschwerde schon am 01.08.2012 eingelegt zu haben. Als über diese 20 Monate später noch immer nicht entschieden ist, fragt Z nach und über-

sendet die Beschwerde dann erneut an das Gericht. Der Vorsitzende der Strafkammer hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Bereits nach Zustellung der Ladung am 01.05.2012 hatte der Zeugenbeistand gegenüber der Kammer mit Schreiben vom 10.07.2012 vorgetragen, dass die Verpflichtung zum Erscheinen vor Gericht für seinen Mandanten unverhältnismäßig sei, weil dieser sich zum einen auf ein umfassendes Aussageverweigerungsrecht nach § 55 StPO berufen werde und die sich bereits aus dem angeklagten Tatvorwurf ergebende Gefährdung seines Lebens sowie seiner körperlichen Unversehrtheit in keinem Verhältnis zu dem prozessualen Nutzen stehe, den die Abgabe der Erklärung nach § 55 StPO in der Hauptverhandlung haben könne. Der Kammervorsitzende hatte dem Zeugenbeistand daraufhin mit Schreiben vom 16.07.2012 mitgeteilt, dass auch ein umfangreiches Aussageverweigerungsrecht nach § 55 StPO keinen Entschuldigungsgrund i.S.d. § 51 II StPO darstelle, und dass die Kammer für die Hauptverhandlung am 20.07.2012 umfangreiche Sicherungsmaßnahmen, wie insbesondere Eingangskontrollen und eine Durchsuchung des Verhandlungssaals angeordnet habe, um der möglichen Gefährdung des Zeugen zu begegnen. Ferner bestehe die Möglichkeit, im Vorfeld Maßnahmen abzusprechen, um eine Begegnung des Zeugen mit anderen Verfahrensbeteiligten im Gerichtsgebäude zu unterbinden. Gleichwohl ist der Zeuge in der Hauptverhandlung am 20.07.2012 nicht erschienen, woraufhin der angefochtene Beschluss erlassen wurde.

Wird die Beschwerde Erfolg haben?

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

## I. Zulässigkeit der Beschwerde

### 1. Statthaftigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde nach §§ 304 I, 305 II StPO ist u.a. statthaft gegen alle von den Gerichten im ersten Rechtszug erlassenen Beschlüsse und gegen die Verfügungen des Vorsitzenden, zulässig, soweit das Gesetz sie nicht ausdrücklich einer Anfechtung entzieht. Der Anfechtung entzogen sind nach § 305 1 StPO zwar alle Entscheidungen der erkennenden Gerichte, die der Urteilsfällung vorausgehen. Davon sind jedoch nach § 305 2 StPO ausgenommen u.U. die Festsetzung von Ordnungs- oder Zwangsmitteln. Die Beschwerde ist daher im vorliegenden Fall statthaft.

### 2. Beschwerdefrist / Verwirkung

Da Z nicht nachweisen kann, die Beschwerde schon früher eingereicht zu haben, stellt sich die Frage, ob eine Beschwerde nicht nach 20 Monaten verspätet ist.

*„[Die Beschwerde] unterliegt ... keiner Bindung an eine Einlegungsfrist, so dass auch die Erhebung mehr als 20 Monate nach der Beschlussfassung der Zulässigkeit nicht entgegensteht. Eine Verwirkung des Rechtsmittels ist ebenfalls nicht eingetreten. Allein aus dem Umstand, dass der Zeugenbeistand die Entscheidung über das nach seinem Vortrag bereits am 01.08.2012 eingelegte Rechtsmittel nicht angemahnt hat, lässt sich nicht mit der erforderlichen Sicherheit schließen, dass er die Beschwerde bewusst erst 20 Monate später eingelegt hat, um die Vollstreckung zu verzögern oder durch das Erreichen der Vollstreckungsverjährung ganz zu vereiteln. Weitere Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Verzögern der Beschwerdeeinlegung durch den Zeugen ergeben sich nicht (vgl. zu alledem Meyer-Goßner, StPO, 57. Aufl. vor § 296 Rn. 6 m.w.N.).“ (OLG Rostock aaO.)*

### 3. Ordnungsgemäße Einlegung der Beschwerde

Die Beschwerde ist nach § 306 StPO bei dem Gericht, von dem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen ist, zu Protokoll der Geschäftsstelle oder schriftlich einzulegen. Dies ist hier erfolgt. Da der Vorsitzende nicht abgeholfen hat, ist die Beschwerde nach § 306 II StPO dem Beschwerdegericht vorzulegen.

### 4. Zwischenergebnis

Die Beschwerde ist zulässig.

## II. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn die Voraussetzungen für die Festsetzung der Ordnungsmittel nach § 51 I StPO nicht vorlagen.

Nach § 51 I StPO wird gegen einen ordnungsgemäß geladenen Zeugen, der nicht erscheint, ein Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft festgesetzt. Allerdings sieht das Gesetz in § 51 II StPO vor, dass die

Festsetzung eines Ordnungsmittels unterbleibt, wenn das Ausbleiben des Zeugen rechtzeitig genügend entschuldigt wird oder er sich nachträglich genügend entschuldigt.

### 1. Lebensgefahr oder Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit

„Die **Angst des Zeugen vor Nachteilen** vermag das Fernbleiben nicht zu entschuldigen. Davon geht auch der Zeugenbeistand aus. Auch die **Angst vor dem Angeklagten** oder anderen an dem Verfahren beteiligten Personen stellt grundsätzlich keinen Entschuldigungsgrund dar (KK-Senge, StPO, 7. Aufl., § 51 Rn. 11). Etwas anderes mag ausnahmsweise dann gelten, wenn der Zeuge oder ein ihm nahestehender Angehöriger im Falle seines Erscheinens vor Gericht **ersichtlich in Lebensgefahr oder die Gefahr schwerer Angriffe auf seine körperliche Unversehrtheit gerät und ausreichende Schutzvorkehrungen nicht getroffen** werden können (Igor/Bertheau in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 51 Rn. 31 m.w.N.). Bei der Beurteilung der bestehenden Gefahren ist aber nicht die subjektive Einschätzung des Zeugen, sondern die **objektive Bewertung der Gefährdungslage** maßgeblich. Eine solche ist hier aber weder vorgetragen noch ist sie sonst ersichtlich (vgl. dazu die ausführliche Darlegung in der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft vom 12.05.2014).“ (OLG Rostock aaO)

### 2. Berufung auf Aussageverweigerungsrecht

Fraglich ist, ob nicht die schon vor der mündlichen Verhandlung erfolgte Ankündigung des Zeugen, von seinem Aussageverweigerungsrecht nach § 55 StPO umfassend Gebrauch zu machen, nicht einen hinreichenden Grund darstellt, von einem gegen ihn zu verhängenden Ordnungsgeld abzusehen.

„Ob dabei aufgrund einer Ankündigung des Zeugen, wonach er sich auf ein umfassendes Aussageverweigerungsrecht berufen wird, von einer Ladung abgesehen wird, steht im **pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts** (KK-Senge aaO. Rn. 12 m.w.N.). Selbst wenn das Gericht - wie hier - bereits vor der Vernehmung von einem umfassenden Aussageverweigerungsrecht ausgeht, ist es **nicht per se unverhältnismäßig, den Zeugen gleichwohl zu laden**. Die Berufung des Zeugen auf sein Aussageverweigerungsrecht nach § 55 StPO unterliegt im Verfahren gegen den Angeklagten der **freien Beweiswürdigung** (Igor/Bertheau in Löwe-Rosenberg, aaO., § 55 Rn. 27). Wenn - wie hier von dem Kammervorsitzenden in dem Schreiben vom 16.07.2012 dargelegt - die **Aussageverweigerung eine bestimmte Schlussfolgerung im Hinblick auf den Tatvorwurf** gegenüber den Angeklagten ermöglicht, ist es im Sinne des Unmittelbarkeits- und des Mündlichkeitsprinzips nicht unverhältnismäßig, den Zeugen persönlich mit dieser Schlussfolgerung zu konfrontieren, um seine Reaktion in der Wortwahl aber auch in Gestik und Mimik wahrnehmen zu können, selbst wenn er bei seiner Aussageverweigerung bleibt.

Ein Irrtum über die Erscheinenspflicht, der i.Ü. nur in Ausnahmefällen ein Nichterscheinen entschuldigen könnte (vgl. KK-Senge, aaO. Rn. 14) ist weder vorgetragen noch ersichtlich, zumal es sich bei dem Zeugen um einen langjährig berufserfahrenen Strafverteidiger handelte.“ (OLG Rostock aaO.)

### III. Ergebnis

Die Voraussetzungen des § 51 I StPO für die Verhängung eines Ordnungsgeldes lagen vor. Die Beschwerde ist nicht begründet und wird daher keinen Erfolg haben.

Stellt der in erster Instanz obsiegende Kläger seinen **Verpflichtungsantrag**, der sich vor der gerichtlichen Entscheidung erledigt hat, **in der Berufungsinstanz** auf den Antrag um festzustellen, dass die Behörde verpflichtet war, den beantragten Verwaltungsakt zu erteilen, ist der Feststellungsantrag als **Fortsetzungsfeststellungsantrag** entsprechend § 113 I 4 VwGO ohne Weiteres statthaft, wenn sich die Feststellung auf die Rechtslage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses (genauer: im Zeitpunkt unmittelbar vor Eintritt des erledigenden Ereignisses) bezieht.

**Fall:** Gegenstand des Rechtsstreits war ursprünglich ein von der Klägerin beantragter Bauvorbescheid über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Errichtung eines Lebensmittelmarktes auf einem Grundstück, das im Eigentum einer Kirchengemeinde stand.

Der Rat der Beklagten nahm den Vorbescheidsantrag zum Anlass, eine Bebauungsplanung in die Wege zu leiten mit dem Ziel, Einzelhandelsnutzungen im Baugebiet zu beschränken. Die Beklagte stellte den Vorbescheidsantrag der Klägerin zunächst zurück. Nach Inkrafttreten einer Veränderungssperre lehnte sie ihn mit Bescheid vom 28.02.2008 ab.

Die Klägerin erhob Verpflichtungsklage, der das Verwaltungsgericht stattgab.

Am 12.11.2009 - nach Zulassung der Berufung der Beklagten durch das Oberverwaltungsgericht - trat der durch die Veränderungssperre gesicherte Bebauungsplan in Kraft. Am 31.08.2011 verkaufte die Kirchengemeinde das Vorhabengrundstück an einen Dritten. Die Klägerin stellte daraufhin ihren angekündigten Antrag, die Berufung der Beklagten zurückzuweisen, schriftsätzlich auf den Antrag um, unter Zurückweisung der Berufung festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet war, den streitgegenständlichen Bauvorbescheid bis zur endgültigen Veräußerung des Grundstücks, hilfsweise bis zum Inkrafttreten des Bebauungsplans zu erteilen. Sie trug vor, dass die Fortführung des Prozesses mit den Feststellungsanträgen entsprechend § 113 I 4 VwGO der Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses diene.

Ist die Klage zulässig?

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs voraussetzungen vorliegen.

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

Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Hier wird um eine baurechtliche Genehmigung gestritten, deren Erteilung nach öffentlichem Baurecht erfolgt, so dass der Verwaltungsrechtsweg ohne weiteres eröffnet ist.

### II. Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Erledigt sich ein Verwaltungsakt im Rahmen einer Anfechtungsklage während des Verfahrens, so kann der Klageantrag nach § 113 I 4 VwGO auf die Feststellung umgestellt werden, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig war. Hier liegt allerdings keine Anfechtungssituation vor.

#### 1. Umstellung des Klageantrags

*„Die umgestellte Klage ist als Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechend § 113 I 4 VwGO statthaft. Die Umstellung des Klageantrags ist folglich **keine Klageänderung i.S.v. § 91 VwGO**, sondern eine **Einschränkung des Klageantrags** gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 2 ZPO, die auch in der Berufungs- und Revisionsinstanz regelmäßig zulässig ist.“ (BVerwG aaO.)*

#### 2. Anwendbarkeit auch auf die Anfechtungsklage

*„§ 113 I 4 VwGO bezieht sich unmittelbar nur auf den Fall einer Anfechtungsklage, die unzulässig geworden ist, weil sich der angefochtene Verwaltungsakt nach Klageerhebung erledigt hat und damit die mit der Anfechtungsklage bekämpfte beschwerende Regelung weggefallen ist (BVerwG, Urteil vom 15.11.1990 - 3 C 49.87 - Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 224 S. 62). Es entspricht jedoch allgemeiner Meinung (vgl. z.B. BVerwG, Urteile vom 24.01.1992 - 7 C 24.91 - BVerwGE 89, 354 [355] und vom 28.04.1999 - 4 C 4.98 - BVerwGE 109, 74 [76] m.w.N.), dass § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO **bei Verpflichtungsklagen entsprechend anzuwenden ist.**“ (BVerwG aaO.)*

### 3. Beibehaltung des Streitgegenstandes

„Ein statthaftes Fortsetzungsfeststellungsbegehren liegt im Falle einer durch Erledigung des ursprünglichen Klagebegehrens unzulässig gewordenen Verpflichtungsklage allerdings grundsätzlich nur dann vor, wenn mit der beantragten Feststellung der **Streitgegenstand des Klageverfahrens nicht ausgewechselt oder erweitert** wird (BVerwG, Urteile vom 24.01.1992 - 7 C 24.91 – aaO. S. 355 und vom 16.05.2007 - 3 C 8.06 - BVerwGE 129, 27 Rn. 17). Das ergibt sich aus dem Zweck, dem die Fortsetzungsfeststellungsklage dient. Sie soll verhindern, dass ein Kläger, der infolge eines erledigenden Ereignisses seinen ursprünglichen, den Streitgegenstand kennzeichnenden Antrag nicht weiterverfolgen kann, um die „**Früchte**“ der **bisherigen Prozessführung gebracht** wird (BVerwG, Urteil vom 24.01.1992 - 7 C 24.91 - aaO.), insbesondere dann, wenn das Verfahren unter entsprechendem Aufwand einen bestimmten Stand erreicht hat und sich mit der Erledigung des ursprünglichen Antrags die Frage stellt, ob dieser Aufwand nutzlos gewesen sein soll und der Kläger wegen der (häufig nicht auf sein Verhalten zurückgehenden) Erledigung in diesem Verfahren leer ausgehen muss (BVerwG, Urteil vom 18.04.1986 - 8 C 84.84 - Buchholz 310 § 161 VwGO Nr. 69 S. 13 m.w.N.). Der Kläger darf daher das **in der Verpflichtungsklage subsidiär enthaltene Feststellungsbegehren als Hauptantrag fortführen**, wenn er ein entsprechendes Feststellungsinteresse vorweisen kann. Ohne weiteres zulässig ist eine solche Fortsetzungsfeststellungsklage aber nur dann, wenn deren **Streitgegenstand von dem bisherigen Verpflichtungsantrag umfasst** war; denn nur dann gebietet der Gedanke der Prozessökonomie, der § 113 I 4 VwGO zugrunde liegt, die Weiterführung des Verfahrens zuzulassen, ohne dass die Voraussetzungen für eine Klageänderung nach § 91 VwGO erfüllt sein müssen.“ (BVerwG aaO.)

### 4. Anwendung auf den Fall

Hier ist eine Verpflichtungsklage erhoben worden, die sich spätestens durch die Veräußerung des Grundstücks erledigt hat, da die Klägerin dann kein Interesse mehr an dem Erlass eines Bauvorbescheides hatte. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage ist analog § 113 I 4 VwGO daher grundsätzlich statthaft. Es kommt allerdings darauf an, ob der umgestellte Klageantrag den Streitgegenstand der ursprünglich erhobenen Verpflichtungsklage beinhaltet.

„**Streitgegenstand der Verpflichtungsklage** ist - trotz des insoweit zumindest ungenauen Wortlauts des § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO - nach einhelliger Auffassung (vgl. z.B. BVerwG, Urteil vom 22.05.1987 - 4 C 77.84 - BVerwGE 77, 317 und Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 113 Rn. 33 m.w.N.) der vom Kläger geltend gemachte **Anspruch auf den unterlassenen oder versagten Verwaltungsakt**. Dieser Anspruch muss dem Kläger in dem nach materiellen Recht maßgeblichen Zeitpunkt zustehen (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 31.03.2004 - 8 C 5.03 - BVerwGE 120, 246 [250] m.w.N.); das wird in der Regel die letzte mündliche Verhandlung sein. Demgegenüber betrifft die **Feststellung, dass der ablehnende Bescheid rechtswidrig** gewesen ist, einen regelmäßig von der Verpflichtungsklage abweichenden Streitgegenstand, bei der auf die **Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Bescheiderlasses** abzustellen ist; sie fordert deshalb auch vom Gericht ein von der ursprünglichen Klage abweichendes Prüfprogramm. Nur über die zuletzt genannte Konstellation - die Feststellung, dass der ablehnende Bescheid rechtswidrig gewesen ist - hatten der 7. und der 3. Senat (Urteile vom 24.01.1992 - 7 C 24.91 - BVerwGE 89, 354 und vom 16.05.2007 - 3 C 8.06 - BVerwGE 129, 27) zu entscheiden. Nur auf diese besondere Fallgestaltung bezieht sich deshalb der in den Entscheidungen formulierte Rechtssatz, eine Weiterführung des Verfahrens (als Fortsetzungsfeststellungsklage) sei nur zulässig, wenn der für eine solche Feststellung maßgebliche Zeitpunkt sich mit dem des bisherigen Verpflichtungsbegehrens deckt; andernfalls gehe der Fortsetzungsfeststellungsantrag über den ursprünglichen Streitgegenstand hinaus.“ (BVerwG aaO.)

Eine solche Konstellation liegt hier aber gerade nicht vor. Die Klägerin begehrt gerade nicht die Feststellung der Rechtswidrigkeit des ablehnenden Bescheids, sondern die Feststellung, dass die Beklagte bis zum Eintritt der erledigenden Ereignisse zur Erteilung des beantragten Bauvorbescheids verpflichtet war.

„Nach **ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts** (z.B. Urteile vom 25.07.1985 - 3 C 25.84 - BVerwGE 72, 38 [41] und vom 28.04.1999 - 4 C 4.98 - BVerwGE 109, 74 S. 76) ist ein Feststellungsantrag als Fortsetzungsfeststellungsantrag entsprechend § 113 I 4 VwGO statthaft, wenn sich ein Verpflichtungsantrag vor der gerichtlichen Entscheidung erledigt hat und sich der **Feststellungsantrag auf die Rechtslage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses** (genauer: im Zeitpunkt unmittelbar vor Eintritt des erledigenden Ereignisses) bezieht. ... Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für die Statthaftigkeit einer der Verpflichtungsklage nachfolgenden Fortsetzungsfeststellungsklage ist folglich der Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses; zu berücksichtigen sind nur **Änderungen, die bis zur Erledigung des Verpflichtungsbegehrens** eingetreten sind (BVerwG, Beschluss vom 07.05.1996 - 4 B 55.96 - Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 286 S. 21 m.w.N. LS und S. 22 unter Bezugnahme auf Urteil vom 25.07.1985 - 3 C 25.84 –aaO.. S. 43).

Maßgeblich ist mithin, ob das Gericht, wenn es **im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses terminiert und verhandelt** hätte, sich bei der Prüfung der Begründetheit der Verpflichtungsklage auch mit der Frage hätte auseinandersetzen müssen, ob die Klägerin bis zur Erledigung des Verpflichtungsbegehrens einen Anspruch auf Erteilung des beantragten Bauvorbescheids hatte und die Weigerung der Beklagten in diesem Zeitpunkt deshalb rechtswidrig war. Diese Frage ist ohne weiteres zu bejahen. Der Streitgegenstand des auf den Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses bezogenen Feststellungsantrags ist deshalb notwendigerweise von demjenigen des Verpflichtungsantrags umfasst.

Wollte man demgegenüber ... auf den für die Verpflichtungsklage maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bzw. der gerichtlichen Entscheidung abstellen, käme eine Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechend § 113 I 4 VwGO nur dann in Betracht, wenn die **Erledigung während der mündlichen Verhandlung** eintritt. Das Instrument der Fortsetzungsfeststellungsklage liefe damit in der Verpflichtungsklagesituation **weitgehend leer**, der Zweck der entsprechenden Anwendung des § 113 I 4 VwGO würde verfehlt. Hinzu kommt, dass das Gericht auch im Fall einer beidseitigen Erledigungserklärung - als der prozessualen Alternative zur Fortsetzungsfeststellungsklage - bei der Entscheidung gemäß § 161 II VwGO über die Kosten des Verfahrens nach billigem Ermessen nur den bisherigen Sach- und Streitstand zu berücksichtigen hat (vgl. z.B. Schmidt, in: Eyer mann, aaO. § 161 Rn. 15).“ (BVerwG aaO.)

Der Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechend § 113 I 4 VwGO steht vorliegend auch nicht entgegen, dass die Klägerin im Berufungsverfahren beantragt hatte festzustellen, dass die Beklagte „bis zur endgültigen Veräußerung des Grundstücks“ bzw. „bis zum Inkrafttreten des Bebauungsplans“ verpflichtet war, den streitgegenständlichen Bauvorbescheid zu erteilen.

„In der Rechtsprechung des Senats (BVerwG, Urteil vom 28.04.1999 - 4 C 4.98 - BVerwGE 109, 74 S. 78) ist geklärt, dass eine **Klageänderung i.S.d. § 91 VwGO** vorliegt, wenn das Feststellungsbegehren nicht nur die - von der Fortsetzungsfeststellungsklage erfasste - Rechtslage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses, sondern einen **davor liegenden Zeitraum** betrifft. Eine derartige Klageerweiterung hatte die Klägerin indes weder im Berufungsverfahren noch im Revisionsverfahren im Sinn. Auf Nachfrage des Senats in der Revisionsverhandlung haben die Bevollmächtigten der Klägerin dies nunmehr ausdrücklich klargestellt. Sie haben erklärt, mit der im Berufungsverfahren verwendeten Formulierung („bis zum“ bzw. „bis zur“) hätten sie lediglich dem Umstand Rechnung tragen wollen, dass ihr ursprüngliches Klagebegehren genau genommen bereits im Zeitpunkt des jeweiligen erledigenden Ereignisses nicht mehr erreichbar gewesen sei und sich der Feststellungsantrag der Klägerin deshalb auf den **Zeitpunkt unmittelbar vor dem jeweiligen erledigenden Ereignis** beziehen sollen. Um die Feststellung, dass die Weigerung der Behörde, den beantragten Bauvorbescheid zu erlassen, in einem **bestimmten Zeitraum vor dem jeweiligen erledigenden Ereignis** rechtswidrig gewesen sei, sei es der Klägerin demgegenüber auch im Berufungsverfahren nicht gegangen. Dafür spricht, dass die Klägerin mit dem jeweiligen Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses zwar einen möglichen Endpunkt eines Zeitraums bezeichnet, diesem aber keinen Anfangspunkt gegenübergestellt hat. Dementsprechend hat die Klägerin ihre Revisionsanträge dahingehend präzisiert, dass sie die Rechtslage **„im Zeitpunkt unmittelbar vor dem jeweiligen erledigenden Ereignis“** festgestellt haben will. In diesem Sinne legt der Senat auch die im Berufungsverfahren angekündigten Feststellungsanträge aus. [Indem] das Oberverwaltungsgericht verkannt hat, dass die auf die Rechtslage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses bezogene Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft ist, hat es sich auch den Blick dafür verstellt, dass es einen Unterschied macht, ob das Feststellungsbegehren auf die **Rechtslage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses oder auf einen davorliegenden Zeitraum** bezogen ist. Der Senat ist deshalb befugt, das Auslegungsergebnis in der Revision selbst zu bestimmen (vgl. z.B. BVerwG, Urteil vom 05.11.2009 - 4 C 3.09 - BVerwGE 135, 209 Rn. 17 f.).“ (BVerwG aaO.)

### III. Besonderes Feststellungsinteresse

Die Vorbereitung einer Schadensersatzklage auf der Grundlage eines bereits geführten Prozesses (obsiegenden erstinstanzliches Urteil) stellt auch ohne weiteres einen Fall dar, in dem ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse anzunehmen ist.

### IV. Zulässigkeit der ursprünglichen Klage

Am Vorliegen der allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen der ursprünglich erhobenen Verpflichtungsklage bestehen keine Bedenken.

### V. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen können als gegeben angenommen werden.

### VI. Ergebnis

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist zulässig.

NWStrWG

**Materielle Präklusion**

VerwProzR

§ 39 IIIa

**Erhebung von Einwänden bei Planfeststellung**

(OVG Münster in NVwZ-RR 2015, 401; Beschluss vom 30.01.2015 – 11 A 37/13)

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 Zeit-ablauf. 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:** Die Kl. wandte sich mit ihrer Klage gegen einen Planfeststellungsbeschluss nach dem NWStrWG.

Die Auslegung der Planunterlagen erfolgte nach vorheriger öffentlicher Bekanntmachung, die einen ausreichenden Hinweis auf die vierwöchige Einwendungsfrist und den Ausschluss verspäteter Einwendungen enthielt (vgl. § 39 III a 2 NWStrWG 1995), in der Zeit vom 26.05.2003 bis einschließlich 25.06.2003 bei der Stadt B. Die Öffentlichkeitsbeteiligung ist ordnungsgemäß durchgeführt worden. Die Kl. haben mit Schreiben vom 10.06.2003 sowie mit ergänzenden Schreiben vom 13.07.2003 Einwendungen erhoben, die jedoch nicht berücksichtigt wurden.

Erst im gerichtlichen Verfahren haben die Kl. mögliche Gefahren für ihre Grundstücke durch den Anstieg belasteten Grubenwassers infolge der Einlagerung von Abfällen in den Stollen der (ehemaligen) Bergwerke H. bzw. Ha. bzw. durch weitere Kontaminationen auf Grund einer mangelnden Abdeckung bzw. Basisabdichtung der ‚Halde „H.-Holz“ thematisiert. Sie sind der Auffassung der angegriffene Planfeststellungsbeschluss sei abwägungsfehlerhaft und damit rechtswidrig, weil die von ihnen geltend gemachten Aspekte keinen Eingang in die Abwägungen gefunden hatten. Die Bekl. meint, die Kl. seien mit diesen Einwendungen ausgeschlossen.

Die Kl. könnten mit diesen Einwendungen nach § 39 IIIa 1 NWStrWG 1995 i.d.F. der Bekanntmachung vom 23.09.1995 – im Folgenden: NWStrWG 1995 – (NWGV. 1995 S. 1028, ber. NWGV. 1996 S. 81, 141 und 216), in dem hier für die Überprüfung des Planfeststellungsbeschlusses vom 14.11.2008 maßgeblichen Zeitpunkt seines Erlasses zuletzt geändert durch Gesetz vom 05.04.1995 (NWGV. 1995 S. 306) präkludiert sein (vgl. 73 IV 3 VwVfG).

**I. Einwendungsfrist**

„Die hier maßgebliche **vierwöchige Einwendungsfrist** ergibt sich aus § 39 I NWStrWG 1995 i.V.m. § 73 IV 1 NWVwVfG 1999 (vgl. nunmehr § 38 I 4 NWStrWG i.d.F. des Gesetzes v. 20.05.2014, NWGV. 2014 S. 294, i.V.m. § 73 IV 3 NWVwVfG).“ (OVG Münster aaO.)

Die Auslegung der Planunterlagen erfolgte nach **vorheriger öffentlicher Bekanntmachung**, die einen **ausreichenden Hinweis** auf die vierwöchige Einwendungsfrist und den Ausschluss verspäteter Einwendungen enthielt (vgl. § 39 III a 2 NWStrWG 1995), in der Zeit vom 26.05.2003 bis einschließlich 25.06.2003 bei der Stadt B. Fehler bei der **Öffentlichkeitsbeteiligung** sind in Bezug auf die nunmehr in Rede stehenden Einwendungen weder geltend gemacht worden noch sonst ersichtlich. Die **vierwöchige Einwendungsfrist** des § 39 III 1 NWVwVfG lief daher am 23.07.2003 ab (§ 31 I NWVwVfG i.V.m. den §§ 187 II 1, 188 II BGB).

**II. Wirkung der Versäumung der Einwendungsfrist**

Mit Einwendungen nach Ablauf der Einwendungsfrist sind die Kl. nach § 39 IIIa 1 NWStrWG 1995 ausgeschlossen. Fraglich ist jedoch, ob es sich hierbei um eine formelle oder eine materielle Präklusion handelt

„§ 39 III a NWStrWG 1995 normiert eine **materielle Verwirkungspräklusion**. Die **Einwendungsfrist** besitzt für das gerichtliche Verfahren, das einem straßenrechtlichen Planfeststellungsverfahren folgt, **materiell-rechtlichen Charakter**. Die straßenrechtliche Präklusion erstreckt sich **nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck** der Vorschrift auch auf das nachfolgende verwaltungsgerichtliche Verfahren (vgl. zu § 17 IV 1 FStrG a.F.: BVerwG, Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 119, S. 136 = NVwZ 1997, 489).“ (OVG Münster aaO.)

### III. Kein Hinweis auf Präklusion

Fraglich ist, ob dieser Einwendungsausschluss hier ausnahmsweise deshalb nicht gilt, weil eine Präklusion im Planfeststellungsbeschluss – mangels Geltendmachung von Einwendungen zu bergbaubedingten und von der Halde ausgehenden Gefahren – nicht ausdrücklich angesprochen worden ist.

*„Präklusionsvorschriften dienen u.a. der Rechtssicherheit, namentlich dem gesteigerten Bedürfnis des Vorhabenträgers nach Schutz und Beständigkeit der unter einer Drittbeteiligung zu Stande gekommenen Zulassungsentscheidung (vgl. etwa: BVerwG, Buchholz 406.254 URG Nr. 1, S. 2 = BeckRS 2009, 42259 m.w.N.*

*Wenn eine Präklusionsregelung verspätet erhobene Einwendungen auch mit Wirkung für ein nachfolgendes verwaltungsgerichtliches Verfahren ausschließt, verstößt dies entgegen der Auffassung der Kl. weder gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG noch gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 I 1 GG (vgl. BVerfG, BauR 2000, 535 [536 f.] = NJW 2000, 2098 Ls.; BVerwG, Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 119, S. 137 = NVwZ 1997, 489; Buchholz 445.3 Landeswasserrecht Nr. 4, S. 10 f. = NVwZ 2006, 85).“ (OVG Münster aaO.)*

### IV. Anwendung auf den Fall

In ihrem Einwendungsschreiben vom 10.06.2003 und dem ergänzenden Schreiben vom 13.07.2003 haben die Kl. weder ausdrücklich noch der Sache nach mögliche Gefahren für ihre Grundstücke durch den Anstieg belasteten Grubenwassers infolge der Einlagerung von Abfällen in den Stollen der (ehemaligen) Bergwerke H. bzw. Ha. bzw. durch weitere Kontaminationen auf Grund einer mangelnden Abdeckung bzw. Basisabdichtung der Halde „H.-Holz“ thematisiert.

*„Eine beachtliche Einwendung muss aber erkennen lassen, in welcher Hinsicht Bedenken gegen die in Aussicht genommene Planfeststellung – aus der Sicht des Einwendenden – bestehen könnten. Das Vorbringen muss so konkret sein, dass die Planfeststellungsbehörde erkennen kann, in welcher Weise sie bestimmte Belange einer näheren Betrachtung unterziehen soll. Der Betr. muss zumindest in groben Zügen darlegen, welche Beeinträchtigungen befürchtet werden, ohne dies allerdings begründen zu müssen (vgl. etwa: BVerwGE 131, 274 [288 f.] = NVwZ 2009, 302 m.w.N.).“*

*Auch in den Deckblattverfahren I und II haben die Kl. in ihren Schreiben vom 13.09.2006 bzw. vom 05.12.2007 mögliche Gefahren durch Spätschäden im Zusammenhang mit dem Bergbau oder der Halde „H.-Holz“ nicht thematisiert. Unbeschadet dessen entfällt eine bereits eingetretene Präklusion, wenn ein Kl. mit seinen gegen die Grundzüge der Planung erhobenen Einwendungen mangels fristgerechter Geltendmachung ausgeschlossen ist, grundsätzlich nicht deshalb, weil im weiteren Verlauf des Planaufstellungsverfahrens ein die Planung änderndes Deckblatt in das Verfahren eingeführt wurde, das die Identität des Vorhabens – wie hier – nicht modifiziert. Nur für Einwendungen gegen diese Planänderung wurde das Anhörungsverfahren gem. § 73 VIII NWVwVfG neu eröffnet (vgl. BVerwG, Buchholz 442.09 § 20 AEG Nr. 17, S. 40 = BeckRS 1997, 11906).“ (OVG Münster aaO.)*

Dem könnte aber entgegenstehen, dass die ausgelegten Planunterlagen hinsichtlich nunmehr angesprochenen Themen im Planaufstellungsverfahren Anstoßfunktion hatten und daher Ausführungen der Kläger auch nicht erwartet werden konnten.

*„Zwar ist bei der Frage des Präklusionseintritts grundsätzlich an die ausgelegten Planunterlagen anzuknüpfen. Nach ihrer Konkretetheit richten sich die Anforderungen an die Einwendungslast, d.h. an Umfang und Detailliertheit der Darlegungen (vgl. etwa: BVerwGE 131, 274 [289] = NVwZ 2009, 302).*

*Zu den Einwendungen, mit denen Betr. ausgeschlossen sind, wenn sie sie innerhalb der Einwendungsfrist nicht erhoben haben, zählen aber auch Umstände, die für die Planfeststellungsbehörde nicht erkennbar sind. Denn schon nach allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen ist es zunächst Sache des Betr., nicht offenskundige oder nahe liegende Tatsachen, die in seiner Sphäre liegen, vorzutragen (vgl. etwa: BVerwG, Buchholz 442.09 § 20 AEG Nr. 33, S. 1 f. = NVwZ-RR 2006, 759).*

*So liegt der Fall hier. Wenn die Kl. speziell für ihre Grundstücke Gefahren durch einen Austritt kontaminierten Grundwassers befürchten, hätten sie dies vortragen müssen, weil sich diese behaupteten Gefahren der Planfeststellungsbehörde im Planaufstellungsverfahren nicht aufdrängen mussten. Dies stellt keine überspannten Anforderungen an die Mitwirkungslast, die durch die Einwendungsfrist im Planfeststellungsverfahren ausgelöst wird (vgl. ergänzend auch: BVerwG, Buchholz 442.09 § 20 AEG Nr. 21, S. 45 f. = NVwZ 1999, 70.“ (OVG Münster 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  
§ 794a

**Räumungsvergleich**  
**Keine gerichtliche Verkürzung analog § 794a ZPO**

ZivilProzR

(LG München in BeckRS 2015, 00076; Beschluss vom 07.10.2014 – 14 T 17971/14)

Die **erstmalige Verkürzung einer im Prozessvergleich vereinbarten Räumungsfrist** rechtfertigt sich weder aus einer direkten noch einer analogen Anwendung der §§ 794 a I 1, II ZPO.

**Fall:** Die Parteien schlossen im Rahmen eines Räumungsrechtsstreites einen Räumungsvergleich dahingehend, dass die Beklagten sich gesamtschuldnerisch in Ziffer 1. verpflichteten, die streitgegenständliche Wohnung bis spätestens 28.02.2015 zu räumen und an den Kläger herauszugeben. Gleichzeitig verzichteten die Beklagten in Ziffer 2. dieses Vergleichs auf Räumungsschutz, soweit gesetzlich zulässig.

Mit Schriftsatz vom 20.06.2014 beantragte der Kläger eine Verkürzung der ursprünglich bis 28.02.2015 vereinbarten Räumungsfrist auf den 31.07.2014 und begründete diesen Antrag im Wesentlichen damit, dass die Beklagte zu 1) die nach § 546 a BGB zu zahlende Nutzungsentschädigung für April 2014 nur teilweise und für Mai und Juni 2014 überhaupt nicht entrichtet hatte. Kann eine solche Entscheidung ergehen?

Nach § 794a I 1, II ZPO kann die Verkürzung einer im Räumungsvergleich vereinbarten Frist beantragt werden.

### I. Unmittelbare Anwendung des § 794 a I 1, II ZPO

„Eine unmittelbare Anwendung von § 794 a I 1, II ZPO auf den hier vorliegenden Fall scheidet schon nach dem klaren Wortlaut der Norm aus. Die **Verkürzung einer Räumungsfrist zugunsten des Vermieters** nach §§ 794 a I ZPO setzt zwingend voraus, dass dem **Mieter zuvor erstmals** - in der Regel nach Ablauf der im Vergleich vereinbarten Räumungsfrist - **eine gerichtliche Räumungsfrist** nach § 794 a I 1 ZPO **bewilligt** wurde.

Auch nach **Sinn und Zweck der mieterschützenden Vorschrift des § 794 a ZPO** scheidet eine unmittelbare Anwendung des § 794 a II und damit eine erstmalige Verkürzung der im Vergleich vereinbarten Räumungsfrist zugunsten des Vermieters aus. Denn § 794 a ZPO soll den Schuldner (in der Regel den Mieter) vor solchen unzumutbaren Folgen schützen, die mit dem Verlust seiner Wohnung verbunden sein können. Obwohl er sich freiwillig in einem Vergleich zur Räumung und Herausgabe verpflichtet hat, kann die Vereinbarung für die Nutzer von Wohnraum im Einzelfall zu Härten führen, die wegen des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes eine besondere prozessuale Reaktionsmöglichkeit rechtfertigen (Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, § 794 a ZPO Rn. 1).“ (LG München aaO.)

### II. Analoge Anwendung von § 794 a I 1, II ZPO

Bei Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke und Feststellung einer vergleichbaren Interessenlage kommt die analoge Anwendung des § 794 a I 1, II ZPO in Betracht.

#### 1. Planwidrige Regelungslücke

„Aber auch eine analoge Anwendung von § 794 a I 1 oder 794 a II ZPO scheidet für den Fall einer **erstmaligen Verkürzung der unmittelbar im Vergleich zwischen den Parteien geregelten Räumungsfrist** nach ganz einhelliger Auffassung aus (LG Hamburg WuM 2001, 412; LG München I, WuM 1987, 64; LG Stuttgart BeckRS 1991, 30944483; MüKo-Wolfsteiner, § 794 a Rn. 6; Zöller/Herget, § 794 a Rn. 2; Stein-Jonas/Münzberg, § 794 a Rn. 5; Thomas/Putzo/Seiler, § 794 a Rn. 4; Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, § 794 a Rn. 20;). Es **fehlt** schon an einer **Regelungslücke**, da der Gesetzgeber trotz der gleichgelagerten Vorschriften in §§ 721 und 794 a ZPO in § 794 a I 1 die **Möglichkeit einer Verkürzung der im Vergleich vereinbarten Räumungsfrist gerade nicht vorgesehen** hat (vgl. LG Bremen WuM 1991, 564; Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, § 794 a ZPO, Rn. 19). Die gegenteilig ergangene Entscheidungen (etwa LG Hamburg MDR 1981, 236; LG Hamburg WuM 1987, 65) sind vereinzelt geblieben und durchwegs älteren Datums.“ (LG München aaO.)

#### 2. Vergleichbare Interessenlage

„Unabhängig von der Frage, ob - wie nicht - eine gesetzgeberische Regelungslücke vorliegt, liegt vorliegend auch **keine vergleichbare Interessenlage** vor, die eine analoge Anwendung von § 794 a II ZPO rechtfertigen würde. Anders als im Falle des § 721 ZPO, bei deren Anwendung das Gericht einseitig im Urteil eine **Räumungsfrist in der Regel gegen den Willen des klagenden Vermieters** bestimmt, gewährt dieser in einem Räumungsvergleich dem Mieter autonom und freiwillig eine Räumungsfrist und **verzichtet** daher möglicherweise - **auf die Ausschöpfung prozessualer Rechte**. Da somit im Fall des § 721 I ZPO eine gerichtliche Entscheidung und im Falle des Prozessvergleichs eine Willenserklärung der Parteien vorliegt, ist ein **vergleichbarer Sachverhalt nicht gegeben**. Der Kläger hat es vielmehr selbst in der Hand, den Prozessvergleich abzuschließen oder es auf eine gerichtliche Entscheidung ankommen zu lassen (LG Stuttgart BeckRS 1991, 30944483). **Fehlgeschlagene Erwartungen** einer Partei im Rahmen der Willensbildung sind daher nicht über Rechtsbehelfe gegen gerichtliche Entscheidungen zu lösen, sondern vielmehr über die allgemeinen Regeln des BGB zum Schutz des Erklärenden.

Daneben besteht auch kein Bedürfnis nach einer analogen Anwendung von § 794 a I bzw. II ZPO, da der Vermieter im Falle der vergleichsweisen Einräumung einer Räumungsfrist anderweitig geschützt ist bzw. sich **durch eine entsprechende Vergleichsgestaltung vor einem „Abwohnen der Kautions“ schützen** kann. Hierbei verkennt die Kammer allerdings nicht, dass bei Fallgestaltungen wie der hier vorliegenden die Verkürzung einer gerichtlich bewilligten Räumungsfrist gem. § 721 III ZPO durchaus nahegelegen hätte. Der Vermieter hat aber im Falle einer vergleichsweisen Einigung anders als das Gericht im Falle des § 721 I ZPO vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten, die ein Bedürfnis nach einer analogen Anwendung nicht erkennen lassen.“ (LG München aaO.)

### III. Lösungsmöglichkeit für den Vermieter

„Fehlt es - wie hier - an einer entsprechenden Regelung im Vergleich für den Fall der Nichtzahlung der wohl nach dem Vergleichszweck vorgesehenen Nutzungsentschädigung, so liegt zwar **kein Fall des § 779 I BGB** vor, da die Zahlung der Nutzungsentschädigung nach Vertragsabschluss **nicht Vergleichsgrundlage** sondern lediglich eine gewisse Erwartung über zukünftige Umstände darstellt (vgl. Staudinger/Marburger, § 779 BGB Rn. 70). Der Vermieter kann sich aber **nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage von der bindenden Vereinbarung im Vergleich lösen**. Denn die fehlgeschlagene Erwartung über den künftigen Eintritt bestimmter Umstände (hier die fristgerechte Zahlung der jeweils fälligen Nutzungsentschädigung) führt zu einem nachträglichen **Wegfall der Vergleichsgrundlage** (BGH WuM 1971, 276; Staudinger/Marburger, § 779 BGB Rn. 85). Die Teilnichtigkeit der materiell-rechtlichen Komponente des Prozessvergleiches nach § 139 BGB wegen nachträglichem Wegfall der Geschäftsgrundlage führt in der Regel auch zur prozessualen Unwirksamkeit mit der Folge, dass der ursprüngliche Rechtsstreit auf Räumung und Herausgabe zwischen den Parteien fortzusetzen ist.“ (LG München aaO.)

InsO  
§ 305 I, 306 III

## Restschuldbefreiung Nicht ohne Insolvenzeigenantrag

ZivilProzR

(BGH in NZI 2015, 563; Urteil vom 16.04.2015 – IX ZB 93/12)

**Fall:** Am 10.11.2010 beantragte die weitere Beteiligte zu 1 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners zu eröffnen. Hierauf stellte das Insolvenzgericht diesen Antrag dem Schuldner zu und wies ihn darauf hin, dass er Restschuldbefreiung erlangen könne, hierfür jedoch ein binnen einer Frist von vier Wochen zu stellender eigener Insolvenzantrag erforderlich sei. Nachdem der Schuldner am 16.01.2011 sowohl die Eröffnung des Insolvenzverfahrens als auch die Restschuldbefreiung und - auf einen weiteren Hinweis des Insolvenzgerichts - eine Überleitung in das Verbraucherinsolvenzverfahren beantragt hatte, teilte das Insolvenzgericht dem Schuldner mit Schreiben vom 23.02.2011 mit, er habe binnen einer Frist von drei Monaten einen außergerichtlichen Schuldenbereinigungsversuch durchzuführen und die erforderlichen Unterlagen vorzulegen; anderenfalls werde die Rücknahme seines Eigenantrags fingiert. Da der Schuldner in der Folge dem Insolvenzgericht auf dessen Aufforderung die Durchführung des Schuldenbereinigungsplanverfahrens nicht nachwies, stellte das Gericht fest, dass der Eigenantrag des Schuldners als zurückgenommen gelte und eröffnete mit Beschluss vom 06.07.2011 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners auf den Gläubigerantrag.

Den durch den Schuldner am 11.10.2011 erneut gestellten Antrag auf Restschuldbefreiung hat das Insolvenzgericht mangels Vorliegen des erforderlichen Eigenantrags als unzulässig zurückgewiesen. Zu Recht?

#### I. Notwendigkeit eines Eigenantrags

„Grundsätzlich ergibt sich für das Verbraucherinsolvenzverfahren bereits aus der gesetzlichen Regelung der § 305 I, § 306 III InsO, dass ein **Eigenantrag des Schuldners auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens Voraussetzung für die Gewährung der Restschuldbefreiung** ist. Durch diese Verpflichtung des Schuldners, einen Eigenantrag zu stellen, soll nach dem gesetzgeberischen Willen die **Durchführung des außergerichtlichen und gerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahrens gewährleistet** werden (vgl. MüKo-InsO/Ott/Vuia, 3. Aufl., § 306 Rn. 1; Schmidt/Stephan, InsO, 18. Aufl., § 306 Rn. 1). Dieses Ziel einer Entlastung der Gerichte durch das vorgeschaltete Schuldenbereinigungsverfahren kann regelmäßig **nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf einen Gläubigerantrag nicht mehr erreicht** werden, weil dem Schuldner zu diesem Zeitpunkt gemäß § 81 InsO die Rechtsmacht fehlt, seinen Gläubigern eine teilweise Befriedigung ihrer Forderungen anzubieten (vgl. BGH, Beschluss vom 17.02.2005 - IX ZB 176/03, BGHZ 162, 181, 187).“ (BGH aaO.)

#### II. Zulässigkeit eines isolierten Restschuldbefreiungsantrags

„Um dem Schuldner - sofern es sich um eine natürliche Person handelt - die Wahrung seiner Rechte zu ermöglichen, ist er umfassend auf die Erfordernisse zur Erlangung der Restschuldbefreiung hinzuweisen (BGH, Beschluss vom 17.02.2005, aaO. S. 183 f). Ein **fehlerhafter, unvollständiger oder verspäteter Hinweis** des Insolvenzgerichts **verletzt** regelmäßig das **Recht des Schuldners auf rechtliches Gehör** und darf nicht dazu führen, dass der Schuldner aus Rechtsunkenntnis die Möglichkeit der Restschuldbefreiung verliert (BGH, Beschluss vom 17.02.2005, aaO. S. 186; BGH, Beschluss vom 03.07.2008 - IX ZB 182/07, NJW 2008, 3494 Rn. 20 f). Daher ist in diesen **Ausnahmefällen** die **Stellung eines isolierten Restschuldbefreiungsantrags** zulässig (vgl. BGH, Beschluss vom 17.02.2005, aaO; BGH, Beschluss vom 03.07. 2008, aaO.).“ (BGH aaO.)

Fraglich ist daher, ob im vorliegenden Fall der Hinweis ordnungsgemäß erfolgt ist.

„Bereits mit Verfügung vom 11.11.2010 hat das Insolvenzgericht den Schuldner in einer den Anforderungen des § 20 Abs. 2 InsO genügenden Weise auf die Möglichkeit der Restschuldbefreiung, das Erfordernis der eigenen **Antragsstellung binnen einer Frist von vier Wochen** und die **Folgen eines unterbliebenen Eigenantrags** hingewiesen. Den Inhalt dieses klar und für einen juristischen Laien verständlich formulierten Hinweises hat der **Schuldner in zutreffender Weise erfasst und befolgt**, was sich in der Stellung des Eigenantrags und des Antrags auf Restschuldbefreiung am 16.01.2011 widerspiegelt. Dass das Insolvenzgericht hierbei seine Hinweise zunächst vorwiegend an der Durchführung eines Regelinsolvenzverfahrens ausrichtete, ist mangels eines ausdrücklich auf Eröffnung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens zielenden Gläubigerantrags nicht zu beanstanden (vgl. Uhlenbruck/Vallender, InsO, 13. Aufl., § 306 Rn. 64; HmbKomm-InsO/Streck/Ritter, 5. Aufl., § 306 Rn. 12).

Auch der nach Überleitung in ein Verbraucherinsolvenzverfahren erteilte Hinweis vom 23.02.2011 zeigt einem rechtsunkundigen Schuldner in hinreichender Deutlichkeit die **Notwendigkeit der Durchführung des Schuldenbereinigungsverfahrens binnen einer Frist von drei Monaten** auf. Auf die drohende Folge des § 305 III 2 InsO nimmt der Hinweis insoweit ausdrücklich Bezug. Allein die Verwendung des Rechtsbegriffs der Rücknahmefiktion lässt den Hinweis für sich betrachtet nicht als für den juristischen Laien unverständlich erscheinen. Vielmehr musste es sich dem Schuldner aufdrängen, dass er - sofern er sich entgegen dem klar formulierten gerichtlichen Hinweis zur Nichtdurchführung des Schuldenbereinigungsverfahrens entschließt - **Rechtsnachteile in Kauf nimmt**. Erscheint einem der Verfahrensbeteiligten ein **Rechtsbegriff nicht verständlich**, ist es ihm unbenommen und regelmäßig auch zumutbar, sich binnen der dreimonatigen Frist des § 305 III 3 InsO kundigen **Rechtsrat zu suchen** oder das **Insolvenzgericht um Erläuterung zu bitten**. Die insofern großzügig bemessene Frist dient gerade dem **Schutz des Schuldners vor übereilten Entscheidungen** (vgl. BGH, Beschluss vom 23.10.2008 - IX ZB 112/08, NZI 2009, 120 Rn. 9).“ (BGH aaO.)

Einzig der Umstand, dass der am 23.02.2011 erteilte Hinweis nicht ausdrücklich dahingeht, dass der Eintritt der Rücknahmefiktion bei Nichtdurchführung des Schuldenbereinungsverfahrens zum Verlust der Möglichkeit auf Erteilung der Restschuldbefreiung führt, könnte hier eine andere Beurteilung rechtfertigen.

„Aufgrund des engen zeitlichen Zusammenhangs zu dem am 11.11.2010 erteilten Hinweis nach § 20 II InsO ist regelmäßig davon auszugehen, dass einem verständigen und gewissenhaften Schuldner der Beweggrund für die überdies erst am 16.01.2011 erfolgte Stellung des Eigenantrags, nämlich die erstrebte Restschuldbefreiung, bewusst ist. Dem Schuldner ist hierbei entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde zuzumuten, auch vorangegangene gerichtliche Hinweise (erneut) heranzuziehen.“ (BGH aaO.)

Die Restschuldbefreiung wurde daher zu Recht versagt.

StVG  
§§ 24, 25 IIa

**Addition von Regelfahrverboten**  
**Nicht bei verschiedenen Bußgeldtatbeständen**  
(KG in DAR 2015, 274; Beschluss vom 12.12.2014 – 122 Ss 143/14)

StrafVerfR

Keine Addition der Regelfahrverbote, wenn der Tatrichter **zwei Tatbestände der Bußgeldkatalogverordnung** als erfüllt ansieht, die jeweils als Folge ein Regelfahrverbot vorsehen.

**Fall:** Das Amtsgericht Tiergarten hat gegen den Betroffenen mit Urteil vom 24.06.2014 auf seinen Einspruch gegen den Bußgeldbescheid des Polizeipräsidenten in Berlin vom 31.10.2013 wegen Zuwiderhandlung gegen die §§ 41 I, 49 III Nr. 4 StVO gemäß § 24 StVG eine Geldbuße in Höhe von 160 € verhängt, gemäß § 25 StVG ein zweimonatiges Fahrverbot angeordnet und bestimmt, dass dieses entsprechend der Regelung des § 25 Abs. II a StVG wirksam werden soll. Hiergegen erhob der Betroffene unter der Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts Rechtsbeschwerde.

Das Amtsgericht begründet die Verhängung des **zweimonatigen Fahrverbots** lediglich mit der Vorbelastung des Betroffenen, gegen den wegen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit außerhalb geschlossener Ortschaften um 32 km/h am 28.06.2012 eine Geldbuße in Höhe von 120 € verhängt worden ist.

„Diese Begründung hält rechtlicher Prüfung nicht stand. Die **Vorbelastung mit einer Geschwindigkeitsüberschreitung** hat bereits dazu geführt, dass das Amtsgericht zutreffend von einem beharrlichen Verstoß gemäß § 4 II BKatV ausgegangen ist. Soweit daneben auch das Vorliegen einer groben Pflichtverletzung gemäß § 4 I BKatV i.V.m. Tabelle 1 c) laufende Nr. 11.3.6 indiziert ist, führt dies ebenfalls nicht zu einer Addition der Regelfahrverbote.

Bei der **Erfüllung zweier Tatbestände der Bußgeldkatalogverordnung**, die ein Regelfahrverbot vorsehen, **durch eine Handlung** ist bei Vorliegen des Regelfalls die Dauer der **Regelfahrverbote nicht zu addieren** (vgl. OLG Stuttgart NZV 1996, 159 m.w.N.). Dem Ordnungswidrigkeitenrecht ist - ebenso wie dem Strafrecht - **bei Tateinheit die Addition von Rechtsfolgen grundsätzlich fremd**. Auch wenn die Vorschrift des § 4 BKatV den Fall der **tateinheitlichen Verwirklichung mehrerer Bußgeldtatbestände mit Regelfahrverbot nicht behandelt**, ist kein Grund ersichtlich, warum dies bei der Bemessung des Regelfahrverbots anders sein soll. § 19 II 2 OWiG sieht im Übrigen bei Tateinheit keine Addition der im Gesetz angedrohten Nebenfolgen vor. Dies stünde auch in systematischen Widerspruch zu § 19 II 1 OWiG. Das Fahrverbot soll den Betroffenen warnen und ihm nachhaltig seine Pflichten als Führer eines Kraftfahrzeugs bewusst machen. Diese **spezialpräventive Wirkung verlangt eine Gesamtbetrachtung der abzuurteilenden Tat**.

Die **Erhöhung des Fahrverbots über die Dauer eines Monats hinaus** kommt daher lediglich dann in Betracht, wenn gewichtige, für den Betroffenen nachteilige Umstände vorliegen, die erkennen lassen, dass ein Fahrverbot von einem Monat nicht ausreicht, um ihn nachhaltig zu beeindrucken. Diese Gründe sind im Urteil darzulegen (vgl. OLG Brandenburg NSTZ-RR 2011, 153; OLG Stuttgart, aaO., jeweils m.w.N.). An der **Darlegung derartiger Gründe** fehlt es im angefochtenen Urteil. Diese sind auch nicht ersichtlich. Der Betroffene hat die vorliegende Tat lediglich fahrlässig begangen und es ist bisher auch noch kein Fahrverbot gegen ihn verhängt worden.“ (KG aaO.)

GG  
Art. 103 I

**Arglistiges Verteidigungsverhalten**  
**Unübersichtlicher Schriftsatz**

StrafVerfR

(OLG Rostock in FD-StrafR 2015, 369157; Beschluss vom 15.04.2015 – 21 Ss OWi 45/15)

Der vom Verteidiger **bewusst in einem umfangreichen Schriftsatz versteckte Entbindungsantrag**, der zudem so kurzfristig bei Gericht angebracht wird, dass er bei gewöhnlichem Geschäftsgang vor Beginn der Hauptverhandlung nicht erkannt wird, ist nicht ordnungsgemäß angebracht worden.

**Fall:** Der Betroffene (B) ließ über seinen Verteidiger kurzfristig einen Entbindungsantrag von der Verpflichtung zum Erscheinen in einer Hauptverhandlung wegen einer Verkehrsordnungswidrigkeit stellen. Diesen hat das AG nicht beschieden und den Einspruch gegen den Bußgeldbescheid (Festsetzung einer Geldbuße i.H.v. 70 € wegen Überschreitens der Außerorts zulässigen Höchstgeschwindigkeit) verworfen. Mit seiner auf die Verletzung formellen Rechts gestützten Rechtsbeschwerde, deren Zulassung er beantragt, wendet sich der B gegen das Urteil des AG.

„Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist in einem Fall wie diesem nur dann verletzt, wenn die erlassene Entscheidung auf einem **Verfahrensfehler** beruht, der seinen Grund in **pflichtwidrig unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrages einer Partei** (hier: eines Entbindungsantrages nach § 73 II OWiG) hat.“ (OLG Rostock aaO.)

Das Gericht hat den Entbindungsantrag nicht zur Kenntnis genommen und deshalb auch beschieden. Hierin könnte ein entsprechender Verfahrensfehler liegen.

„Der - auch den gegenständlichen Entbindungsantrag enthaltene - **Schriftsatz des Verteidigers vom 05.12.2014 ist am selben Tage um 10:37 Uhr - mithin lediglich 53 Minuten vor dem Termin um 11:30 Uhr - beim Amtsgericht Neu-brandenburg eingegangen**. Er umfasst insgesamt 5 eng beschriebene (rund 50 Zeilen/Blatt) Seiten. Zwar enthält er eingangs unter „eilt“ die Bitte um sofortige Vorlage an den Abteilungsrichter und einen Hinweis auf die Terminsstunde um 11:30 Uhr desselben Tages. In der zweiten Hälfte der 4. Seite münden die Ausführungen allmählich in die Besorgnis der Befangenheit des zuständigen Richters und einen entsprechenden, abgesetzten und durch Fettdruck hervorgehobenen Antrag. Im Zuge dieser Ausführungen, **ohne dass dies an dieser Stelle**

**notwendig oder zu erwarten gewesen wäre, ohne jedweden Absatz oder Hervorhebung im Text, wird erstmalig - in etwa 2 1/2 Zeilen - und eher beiläufig erwähnt, dass der Betroffene am Hauptverhandlungstermin berufsbedingt ortsabwesend sei, an der Hauptverhandlung nicht teilnehmen wolle, einräume, der verantwortliche Fahrzeugführer zu sein (nachdem er zuvor seine Fahrer-eigenschaft vehement bestritten und sogar die Einholung eines anthropologischen Sachverständigengutachtens beantragt hatte) und beantrage, ohne ihn in der Sache zu verhandeln.“** (OLG Rostock aaO.)

Die Ausführungen der Verteidigung sind als **Entbindungsantrag nach § 73 II OWiG zu werten**. Fraglich ist jedoch, ob dieser Antrag **ordnungsgemäß vorgebracht** worden ist.

„Hinsichtlich der Frage, wann ein Entbindungsantrag als noch „rechtzeitig“ bei Gericht eingegangen anzusehen ist, dürfte sich zwar **jede schematische Lösung verbieten**. Soweit die Obergerichte hier bestimmte Zeitspannen nennen (nach OLG Bamberg - Beschluss vom 25.03.2009 - 3 Ss OWi 1326/08 [unveröffentlicht] - soll es einem ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb entsprechen, dass ein erst 30 Minuten vor dem Beginn der Hauptverhandlung per Fax übermittelter Schriftsatz mit einem Antrag des Betroffenen auf Entbindung vom persönlichen Erscheinen dem zuständigen Tatrichter noch zur Kenntnisnahme vorgelegt wird und der Antrag damit rechtzeitig bei Gericht eingegangen ist; OLG Hamm - Beschluss vom 22.06.2011 - DAR 2011, 539 - hält dies bereits bei einem ein- einhalb Stunden vor dem Hauptverhandlungstermin per Fax gestellten Entbindungsantrag für fraglich), ist dies nur ein Aspekt der Betrachtung. Es kommt es nach Auffassung des Senats stets auf **alle Umstände des Einzelfalles** an.

Ein Entbindungsantrag ist **so rechtzeitig und in einer solchen Aufmachung** anzubringen, dass das Gericht - angelehnt an den Zugang von Willenserklärungen im Zivilrecht - **unter gewöhnlichen Umständen bei üblichem Geschäftsgang und zumutbarer Sorgfalt** ihn als solchen erkennen, von ihm Kenntnis nehmen kann und muss und ihn deshalb einer Bearbeitung zuzuführen hat.“ (OLG Rostock aaO.)

Dies ist hier nicht geschehen.

„Vorliegend geht der Senat angesichts der Zusendung des Schriftsatzes **am Terminstag per Fax erst 53 Minuten vor dem Termin**, der optischen Hervorhebung sowohl der Beschwerdeeinlegung als auch der Richterablehnung, nicht aber des - zudem verklausulierten - Entbindungsantrages, der gewählten Formulierungen sowie des Aufbaus und des hierdurch erzielten optischen Eindrucks davon aus, dem Tatrichter habe **die Kenntnisnahme vom Entbindungsantrag des Betroffenen gerade nicht ermöglicht**, sondern im Gegenteil - erfolgreich - gezielt erschwert bzw. unmöglich gemacht werden sollen. Der **Entbindungsantrag wird in keinsten Weise optisch hervorgehoben**, gleichsam versteckt in rund 2 1/2 Zeilen eines fünfseitigen, eng beschriebenen Schriftsatzes und eingebettet in Ausführungen zur angeblichen Befangenheit des Vorsitzenden. Es fehlt auch an einer konkreten Antragstellung auf Entbindung; verwendet werden nur die eher schwammigen Formulierungen „... der Betroffene ... will an der Hauptverhandlung nicht teilnehmen ...“, räumt ein, der verantwortliche Fahrzeugführer zu sein und beantragt, ohne ihn in der Sache zu verhandeln ...Es war dem **Tatrichter** in vorliegender Sache kaum möglich, jedenfalls aber **nicht zuzumuten, den verklausulierten und versteckten Antrag** in dem umfangreichen Schriftsatz überhaupt zu finden, zumindest nicht in der kurzen Zeitspanne zwischen Eingang des Schriftsatzes bis zum anberaumten Termin, allzumal bei einer auf 11:30 Uhr anberaumten Hauptverhandlung üblicherweise auch zuvor schon verhandelt wird und der Richter hiermit beschäftigt ist. Nach alledem liegt für den Senat ein Fall arglistigen Verteidigungsverhaltens vor.“ (OLG Rostock aaO.)

StGB  
§ 252

### Anforderungen an Beweiswürdigung Beuteerhaltungsabsicht

StR BT

(BGH in NStZ 2015, 157; Beschluss vom 04.09.2014 – 1 StR 389/14)

**Fall:** Der Angekl., der seinen Lebensunterhalt aus dem Diebstahl kleinteiliger Elektroartikel bestritt, entwendete am 18.01.2014 entwendete er sodann gegen 14.45 Uhr aus dem M-Markt in Bayreuth 17 Speicherkarten im Gesamtwert von 637,92 €. Bei dieser Tat führte er wissentlich ein scharfes Taschenmesser sowie eine Schere bei sich. Im Kassensbereich wurde der Angekl., der die Ware in seinem Jackenärmel verborgen hielt, von einem Detektiv gestellt. Nach den Feststellungen des LG wollte er nun mit- samt seiner Diebesbeute fliehen und versuchte dabei, den Detektiv zur Seite zu stoßen. Dieser hielt ihn jedoch mit erheblichem Kraftaufwand fest und verbrachte ihn nach einem kurzen Gerangel unter Mithilfe eines anderen Mitarbeiters in das Detektiv- büro. Auch dort versuchte der Angeklagte, sich zu entreißen und mit der Beute zu fliehen, was nur unter Mithilfe eines dritten Mitarbeiters des Fachgeschäfts verhindert werden konnte.

Der Angekl. beabsichtigte, die entwendeten Speicherkarten gewinnbringend weiter zu verkaufen, um sich dadurch eine Ein- nahmequelle von einigem Umfang zu verschaffen.

Das LG hat die Tat vom 18.01.2014 als schweren räuberischen Diebstahl, qualifiziert durch das Merkmal des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs (§ 250 I 1 StGB), gewertet und gegen den Angekl. deswegen unter Anwendung des Straf- rahmens aus § 250 I StGB eine Freiheitsstrafe von vier Jahren verhängt. Zu Recht?

„Der Täter eines räuberischen Diebstahls muss in **Besitzerhaltungsabsicht** handeln; dies bedeutet, dass die **Gewaltanwendung oder Drohung zum Ziel** haben muss, sich im **Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten** (vgl. OLG Köln NJW-RR 2004, 299). Diese Absicht muss nicht der einzige Beweggrund des Täters für die Gewaltanwendung oder den Einsatz des Nötigungsmittels sein (vgl. BGH Beschl. v. 12.07.2005 – 4 StR 170/05, NStZ-RR 2005, 340 m.w.N.). Eine **bloße Fluchtabsicht genügt jedoch nicht** (vgl. OLG Köln aaO.).

Bereits die von der StrK gefundene Formulierung, der Angekl. habe „**mitsamt seiner Diebesbeute fliehen**“ wollen, lässt offen, ob es dem Angekl. **gerade auch auf die Erhaltung der Beute** ankam, oder ob er lediglich fliehen wollte und hierbei die Beute - ohne dies in seine subjektive Vorstellung aufzunehmen - mitnahm. Gleiches gilt für die im Zusammenhang mit dem späteren Geschehen im Büro des Detektivs getroffene Feststellung, der Angekl. habe versucht, „sich zu entreißen und mit der Beute zu fliehen“. Die Flucht unter (objektiver) Mitnahme der Beute begründet die für den Tatbestand des § 252 StGB erforderliche **Besitzerhaltungsabsicht nicht ohne weiteres, sondern legt sie allenfalls nahe** (OLG Köln aaO.; Fischer StGB, 61. Aufl., § 252 Rn. 9 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Die Annahme einer Besitzerhaltungsabsicht findet keine Grundlage in der Beweiswürdigung der StrK.

„Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters, der sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über die Schuld oder Unschuld des Angekl. zu bilden hat (vgl. BGH Beschl. v. 10.04.2014 – 1 StR 649/13; Urt. v. 01.10.2013 – 1 StR 403/13 jew. m.w.N.). Das Revisionsgericht ist auf die Prüfung beschränkt, ob die **Beweiswürdigung des Tatrichters** mit Rechtsfehlern behaftet ist, weil sie **Lücken oder Widersprüche aufweist**, mit den Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht über- einstimmig oder sich soweit von einer Tatsachengrundlage entfernt, dass sich die gezogenen Schlussfolgerungen letztlich als reine Vermutung erweisen (st. Rspr.; vgl. BGH jew. aaO. m.w.N.).

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Beweiswürdigung der StrK jedenfalls als lückenhaft, denn die Urteilsausführungen lassen nicht erkennen, woraus die StrK den Schluss gezogen hat, der - die Umstände des Geschehens im Kassenbereich insgesamt bestreitende - Angekl. habe sich durch die Anwendung von Gewalt gegen den Kaufhausdetektiv den Besitz der entwendeten Speicherkarten erhalten wollen. Allein aus dem - erwiesenen - Umstand, dass er sich **seiner Beute nicht entledigte**, sondern diese bis zum Eintreffen der Polizei im Büro des Kaufhausdetektivs bei sich trug, lässt sich eine Besitzerhaltungsabsicht nicht ableiten (Fischer aaO. Rn.9 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

**SGB**  
§ 23 SGB XI

**Bindungswirkung der Sozialgerichte an Gutachten**  
**Nicht bei Gutachten von MedicProof zur Pflegebedürftigkeit**

VerwProzR

(BSG in becklink 1038382; Urteil vom 22.04.2015 – B 3 P 8/13 R M)

**Private und soziale Pflegeversicherungen** folgen übereinstimmenden Grundsätzen: jeder Einwohner ist pflichtversichert, die Pflegeversicherung folgt der Krankenversicherung, die Leistungen stimmen überein und für gerichtliche Streitigkeiten sind die Sozialgerichte zuständig. Auch die **Begutachtung** als Grundlage für die Einstufung der Betroffenen in eine der drei Pflegestufen muss nach dem Willen des Gesetzgebers **nach übereinstimmenden Maßstäben** erfolgen.

„Einen zentralen Unterschied hatte die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts **bisher aber akzeptiert**: Die von Ärzten oder Pflegekräften des Dienstleisters **«MedicProof»** der privaten Krankenversicherung eingeholten Gutachten waren auch für die Sozialgerichte **verbindlich**, solange sie nicht **«offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweichen»**. Ein Sozialgericht durfte deshalb im Prozess eines Pflegebedürftigen gegen dessen privates Versicherungsunternehmen nur dann den Sachverhalt durch die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens selbst aufklären, wenn das **Gutachten der privaten Krankenversicherung erkennbar unzutreffend** ist. Diese Abweichung von der Rechtslage bei der sozialen Pflegeversicherung hat der 3. Senat des Bundessozialgerichts nun beendet.

Nach § 23 SGB XI müssen die Leistungen in der privaten Pflegeversicherung denen der sozialen Pflegeversicherung entsprechen, und für die Feststellung der Pflegebedürftigkeit gelten dieselben Maßstäbe. Mit diesem Gleichbehandlungsgebot sei es nicht vereinbar, so die Richter, wenn Gutachten eines privaten Versicherungsunternehmens im sozialgerichtlichen Verfahren generell Bindungswirkung haben, also die Sachaufklärung des Gerichts auf Fälle grob unzutreffender Feststellungen beschränkt sei. Die gesetzliche Grundlage dieser Verbindlichkeitsanordnung in § 84 I 1 VVG, die für alle Arten der Schadensversicherung gelte, erfasse die private Pflegeversicherung nicht. An seiner abweichenden Rechtsprechung aus den Jahren 2001 und 2004 halte der Senat nicht mehr fest.

«Dieselben Maßstäbe» im Sinne des § 23 VI SGB XI müssten auch die Ausgestaltung des gerichtlichen Rechtsschutzes in der Pflegeversicherung bestimmen. Die Bindung der Sozialgerichte an «nur» falsche, aber nicht «offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweichende» Gutachten sei wegen der starken Einbindung in die gesetzlichen Vorgaben nach dem SGB XI mit der Garantie eines effektiven Rechtsschutzes in der Pflegeversicherung nicht vereinbar.“ (BSG aaO.)

**VwGO**  
§§ 47 VI, 80 VII

**Abänderung der einstweiligen Anordnung**  
**Auch im Normenkontrollverfahren möglich**

VerwProzR

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2015, 367; Beschluss vom 27.01.2015 – 5 S 1493/14)

- |   |
|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>Die Vorschrift des § 80 VII 2 VwGO ist im Verfahren des § 47 VI VwGO <b>entsprechend anwendbar</b>.</li> <li>Für das Verfahren zur Abänderung eines Beschlusses nach § 47 VI VwGO in analoger Anwendung des § 80 VII 2 VwGO gelten <b>dieselben Maßstäbe wie für das Aussetzungsverfahren</b> nach § 47 VI VwGO selbst.</li> </ol> |
|---|

**Fall:** Der Ast. beantragte, den Antrag der Ag. auf Außervollzugsetzung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans „Erweiterung O.-Mühle“ der Ast. abzulehnen und den Beschluss des Senats vom 16.04.2014, nachdem der VGH dem Ag. auf Erlass der einstweiligen Anordnung im Normenkontrollverfahren stattgegeben hatte, abzuändern.

Fraglich ist, ob ein solcher Abänderungsantrag, der nach § 80 VII 2 VwGO im Verfahren um die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zulässig ist, auch im Normenkontrollverfahren nach Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt werden kann.

„Der Antrag der Ast., den Beschluss des Senats vom 16.04.2014 zu ändern und den Antrag der Ag. auf Außervollzugsetzung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans „Erweiterung O.-Mühle“ der Ast. abzulehnen ist in **analoger Anwendung des § 80 VII 2 VwGO** zulässig. Nach dieser Vorschrift kann jeder Bet. die Änderung oder Aufhebung eines Beschlusses nach § 80 V VwGO **wegen veränderter oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachter Umstände** beantragen. Die Vorschrift ist im Verfahren des § 47 VI VwGO entsprechend anzuwenden (vgl. VGH Mannheim, DVBl 1995, 929 = BeckRS 2005, 27201; VGH München, Beschl. v. 19.07.2012 – 2 NE 12.1520, BeckRS 2012, 54773; OVG Münster, NVwZ-RR 1999, 54; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2002, 700; Ziekow in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 47 Rn. 391 a und 409; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 47 Rn. 159). Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für ein Änderungsverfahren nach § 80 VII VwGO analog liegen insbesondere vor, wenn die Gemeinde, deren Bebauungsplan durch einen Beschluss nach § 47 VI VwGO außer Vollzug gesetzt worden ist, ein ergänzendes Verfahren nach § 214 IV BauGB zur Heilung der festgestellten Mängel durchgeführt hat (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2002, 700).

So liegen die Dinge hier. Die Ag. hat ein ergänzendes Verfahren durchgeführt, um die im Beschluss des Senats vom 16.04.2014 (VGH Mannheim, Urt. v. 16.04.2014 – 5 S 567/14) genannten Mängel zu beseitigen und hat am 28.07.2014 den Bebauungsplan erneut als Satzung beschlossen.“ (VGH Mannheim aaO.)

**VwGO**  
§ 80 II 1 Nr. 1.

**Stundung von öffentlich Abgaben oder Kosten**  
**Rücknahme oder Widerruf nicht sofort vollziehbar**

VerwVollstrR

(OVG Greifswald in NVwZ-RR 2015, 283; Beschluss vom 01.12.2014 – 1 M 114/14)

**Fall:** Die Beteiligten streiten um die Vollziehbarkeit der Aufhebung einer Stundungsverfügung. Die Antragsteller sind Eigentümer des Grundstücks Gemarkung F., Flur ..., Flurstück ... mit einer Größe von 3.900 qm. Mit Bescheid vom 16.05.2006 setzte der Antragsgegner dafür gegen die Antragsteller einen Beitrag für die Herstellung der öffentlichen Schmutzwasserbeseitigungsanlage in Höhe von 17.472 € fest. Zugleich beschränkte er das Zahlungsgebot auf 7.168 € und stundete den überschießenden Teilbetrag in Höhe von 10.304 € bis zur weiteren Bebauung der Grundstücksteilfläche, die außerhalb einer in einem beigefügten Flurkartenauszug markierten Grundstücksfläche lag, oder bis zur Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das bewegliche und unbewegliche Vermögen der Antragsteller.

Mit Schreiben vom 26.08.2013 teilte der Antragsgegner den Antragstellern mit, dass die „Kappung“ des Beitrags auf eine Teilfläche von 1.600 qm nach dem Beschluss der Versammlungsversammlung vom 20.12.2005 nur für mit einem Einzel- oder Doppelhaus bebaute Grundstücke und nicht für gewerblich genutzte Grundstücke gelten sollte. Das sei hier nicht der Fall. Es sei festgestellt worden, dass sich die Bebauung des Grundstücks verändert habe und fünf Wohneinheiten bestünden. Zudem liege es innerhalb eines Plangebietes. Eine „Kappung“ habe deshalb nicht erfolgen dürfen. Die Antragsteller legten gegen dieses Schreiben mit Schreiben vom 18.09.2013 Widerspruch ein, den der Antragsgegner mit Widerspruchsbescheid vom 27.11.2013 zurückwies. Zwar habe sich die Bebauung seit 2006 nicht verändert, die Stundung habe aber nicht erfolgen dürfen und sei deshalb aufgehoben worden. Am 03.12.2013 haben die Kläger dagegen Klage zum Verwaltungsgericht Schwerin erhoben (Aktenzeichen 4 A 1957/13) und am 20.12.2013 Eilrechtsschutz beantragt. Wird dieser gewährt werden?

Bei der Aufhebung der Stundung handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt, so dass Eilrechtsschutz nach § 80 V VwGO zu gewähren ist. Mit diesem Verfahren kann die Anordnung der aufschiebenden Wirkung beantragt werden. Ein Rechtsschutzbedürfnis hierfür besteht aber nur, wenn der Suspensiveffekt nicht ohnehin eintritt.

*„Die Aufhebung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts würde die rechtliche Stellung des Antragsgegners nicht verbessern. Die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage der Antragsteller gegen die Aufhebung des Stundungsbescheides vom 16.05.2006 bestand schon kraft Gesetzes.“*

*Der **Widerruf bzw. die Rücknahme** eines Bescheides, mit dem öffentliche Abgaben oder Kosten **gestundet** wurden, ist **keine Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten im Sinne von § 80 II 1 Nr. 1 VwGO**, die dem generalisierten Sofortvollzug unterworfen ist. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen einen solchen Aufhebungsbescheid haben daher gemäß § 80 I 1 VwGO aufschiebende Wirkung (VGH München, DÖV 1988, 177; VG Schleswig, Beschl. v. 27.07.2006 - 4 B 22/06 -, juris Rn. 14; Redeker/von Oertzen, VwGO, 16. Auflage, § 80, Rn. 9, 16b; Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: September 2011, § 80, Rn. 145). Die Aufhebung einer Stundung von öffentlichen Abgaben und Kosten ist ein eine **individualisierte Rechtsgestaltung bewirkender Verwaltungsakt**, der eine dem Abgabenschuldner gewährte Vergünstigung beseitigt und damit den Weg zur Erhebung und Vollstreckung der festgesetzten Abgaben- bzw. Kostenschuld erst eröffnet. Auch rechtsgestaltende Verwaltungsakte unterfallen nach § 80 I 2 VwGO der Suspensivwirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage. Das Anfordern der öffentlichen Abgaben und Kosten liegt in solchen Fällen nicht schon in der Beseitigung der Stundungsentscheidung, die anders als ein Leistungsbescheid noch nichts fordert, sondern erst im Zahlungsgebot über die bis dahin gestundete Forderung. Will der Abgaben- bzw. Kostengläubiger die **ursprünglich gestundete Forderung vor Bestandskraft der Aufhebung des Stundungsbescheides vollstrecken**, muss er deren **sofortige Vollziehung anordnen** (§ 80 II 1 Nr. 4 VwGO). Die damit verbundene Umkehr der Darlegungslast ist ihm zuzumuten, weil er dem Schuldner zuvor durch die Stundung eine günstige Rechtsposition eingeräumt hat. Der von der Stundung Begünstigte befindet sich in einer anderen Situation als die Abgaben- bzw. Kostenschuldner im Allgemeinen, weil die Einziehung der Forderung für ihn eine erhebliche Härte bedeutete (§ 222 1 AO). Das bedingt eine Ausnahme vom generalisierten Sofortvollzug nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Aufhebung der Stundungsverfügung.*

*Soweit für eine Anwendbarkeit von § 80 II 1 Nr. 1 VwGO angeführt wird, die Aufhebung einer Stundungsverfügung verfolge wie der Abgabenbescheid selbst das Ziel, die **Forderung dem öffentlichen Haushalt zufließen zu lassen** und damit einen **öffentlichen Finanzbedarf zu decken** (VGH München, BayVBl. 1974, 194, 195; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Auflage, § 80, Rn. 63; Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. Auflage, § 54, Rn. 8), ist dagegen einzuwenden, dass es für die Ausgestaltung der Vollziehbarkeit einer Verfügung und des Rechtsschutzes dagegen nicht auf das Ziel, sondern auf die Regelungswirkung des Bescheides ankommt. Anderenfalls würde die Auslegung des Tatbestandsmerkmals des „Anforderns“ uferlos zu werden drohen. Als Ausnahmenvorschrift ist § 80 II 1 Nr. 1 VwGO aber eng auszulegen.“ (OVG Greifswald aaO.)*

Der Antrag ist mangels Rechtsschutzbedürfnis unzulässig.

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Lindner:** Die Auswirkung der neuen Verbraucherschutzvorschriften im Mietrecht – Ein Überblick über die wichtigsten Neuregelungen (in: ZMR 2015, 261)

Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013 (VRRLUmsG) ist dabei, den Verbraucherschutz in Deutschland grundlegend zu verändern. Davon ist auch die Immobilienwirtschaft betroffen. Anlass für die Neuerungen war die Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher (VRRL). Das VRRLUmsG ist am 13.06.2014 in Kraft getreten. Die neuen Regelungen sind insgesamt außerordentlich komplex, enthalten viele Ausnahmen und Rückausnahmen. Im Mietrecht ist seitdem u.a. ein Widerrufsrecht für bestimmte Arten von Mietverträgen und Vertragsänderungen in laufenden Mietverhältnissen zu beachten. Der Beitrag soll einen Überblick über die wichtigsten Auswirkungen im Mietrecht geben.

2. **Schrader/Novak:** Die Dokumentationspflicht nach dem Mindestlohngesetz (in: NJW 2015, 1783)

Durch die Einführung des Gesetzes zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz – MiLoG), in Kraft getreten am 16.08.2014 (BGBl I 2014, 1348), wurde in § 17 MiLoG eine umfassende Dokumentationspflicht eingeführt. Diese auch in der Allgemeinpresse heftig diskutierte „neue“ Form der Aufzeichnung von Arbeitszeiten für Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird in diesem Beitrag insgesamt dargestellt und kritisch hinterfragt.

3. **Pernice-Warnke:** Amtshaftungsanspruch auf Ersatz des Verdienstauffalls bei Nichtbereitstellung eines Kinderbetreuungsplatzes (in: FamRZ 2015, 905)

Vor dem LG Leipzig hatten in drei Fällen Mütter ihren Verdienstauffall eingeklagt, weil ihren Kindern nicht mit Vollendung des ersten Lebensjahres von der beklagten Stadt Leipzig ein Kinderbetreuungsplatz zugewiesen worden war. In allen drei Prozessen wurde den Müttern Schadensersatz aus einem Amtshaftungsanspruch zuerkannt. Gewisse Besonderheiten dieser Verfahren im Vergleich zu Vorgängerprozessen bzw. urteilen in ähnlicher Konstellation bestehen zum einen darin, dass vorliegen Verdienstauffall und nicht etwas Kosten für alternative Betreuungsmodelle geltend gemacht wurden, zum anderen aber auch darin, dass der zuerkannt Schadensersatz auf einen Amtshaftungsanspruch gestützt wurde. Kernfrage des Beitrages stellt die Drittbezogenheit der Amtspflicht dar.

4. **Niklas:** Konkurrenzschutz im Gewerberaummietrecht in der Anwaltspraxis (in: ZMR 2015, 270)

Ein Klassiker des Gewerberaummietrechts ist der Konkurrenzschutz. Spannend ist die sich aus vielen Einzelfallentscheidungen ergebende Entwicklung der obergerichtlichen Rechtsprechung. Ein Schwerpunkt der Darstellung sei hier auf die Darstellung der freien Berufe gelegt. Ganz entscheidend vor allem aber ist das Thema im Rahmen der Vertragsgestaltung. Hier entfaltet die Thematik ihre volle Praxisrelevanz, so dass ein praxisgerecht ausgestalteter Konkurrenzschutz vor bösen Überraschungen sowohl für den Gewerberaummieter, als auch für den Eigentümer von Gewerbeimmobilien bewahrt.

### II. Strafrecht

1. **Maas: Wann darf der Staat strafen?** (in: NStZ 2015, 305)

Von Gustav Radbruch stammt die Mahnung, jedem guten Juristen müsse stets die tiefe Fragwürdigkeit seines Berufes voll bewusst sein; wir müssten an unseren Lebensberuf glauben, aber zugleich immer wieder an ihm zweifeln. Dieser Zweifel, dieses In-Frage-Stellen des eigenen Tuns, ist in keiner anderen Teildisziplin des Rechts so notwendig wie im Strafrecht. Im Strafrecht zeigt sich die Staatsgewalt für den Einzelnen ganz unmittelbar, hier greifen der Staat und seine Juristen um der Gerechtigkeit willen mitunter tief in die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger ein.

2. **Dehne-Niemann:** Räuberischer Diebstahl eines nicht beutebesitzenden Vortatmittäters? (in: NStZ 2015, 251)

Fragen der Beteiligung am räuberischen Diebstahl (§ 252 StGB) sind kompliziert, weil wegen der Beschränkung der Beutesicherungsabsicht auf die eigennützige Besitzerhaltung der tatherrschaftliche und damit an sich täterschaftstaugliche Einsatz von Raubmitteln in der Nachtatphase eines Diebstahls

zur räuberischen Diebstahlsbeihilfe (§§ 252, 27 StGB) herabgestuft werden kann. Diese Problematik kennzeichnet auch den Beschluss des 3. BGH-Strafsenats vom 16.09.2014, dessen Analyse Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist.

**3. Mayer:** Zur inneren Tatseite bei § 266a StGB (in: NZWiSt 2015, 169)

Die Feststellung der subjektiven Tatseite des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt bereitet namentlich dann Schwierigkeiten, wenn schwierige sozial-, arbeits- und gegebenenfalls auch gesellschaftsrechtliche Fragen auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes Einfluss haben. Die für die Einordnung und Beurteilung von Vorsatz, Unrechtsbewusstsein sowie Irrtümern maßgeblichen Grundsätze in dem Aufsatz zusammengefasst dargestellt.

### III. Öffentliches Recht

**1. Zimmermann:** Alte Grund- und neue Ansätze – Zum Gesamtschuldner-Innenausgleich bei polizei- und ordnungsrechtlicher Störermehrheit (in: NVwZ 2015, 787)

Umweltschäden, insbesondere Altlasten, aber auch profane Vorkommnisse wie der Ölverlust eines Fahrzeugs bei einer Werkstattprobefahrt stellen polizei- und ordnungsrechtlich relevante Sachverhalte dar. Ihnen ist gemeinsam, dass mehrere Personen zugleich polizeirechtlich für eine Gefahr verantwortlich, also Störer sein können: So mag im Fall eines mit Altlasten belasteten Grundstücks der Eigentümer als Zustands-, der – gegebenenfalls vormalige – Mieter oder Pächter als Verhaltensstörer in Betracht kommen; ebenso kann der Eigentümer und Halter des Öl verlierenden Fahrzeugs als Zustands- und der Werkstattbetreiber oder sein Personal als Verhaltensstörer erscheinen. Nach der behördlichen Inanspruchnahme des einen oder des anderen stellt sich dann oftmals – und im hier zu besprechenden Urteil vom 10.07.2014 zuletzt dem BGH – die Frage, wie es um einen Innenausgleich zwischen beiden bestellt ist. Neben einem – nur selten in Betracht kommenden – Ausgleichsanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag stehen dabei die §§ 421 ff. BGB, insbesondere § 426 BGB, im Zentrum, soweit nicht spezialgesetzliche Bestimmungen – z.B. § 24 II 1 BBodSchG – eingreifen und abschließende Regelungen treffen. Derartige Ausgleichsansprüche beschäftigen Schrifttum und Rechtsprechung seit mehr als drei Jahrzehnten. Der BGH hat es in einer berühmt gewordenen Entscheidung aus dem Jahr 1981 erstmals abgelehnt, die §§ 421 ff. BGB direkt oder analog auf solche Störermehrheiten anzuwenden. Diesen Grundsatz, zu dessen Verstetigung wiederholt Altlastenfälle Gelegenheit boten, hat er in seinem Urteil vom 10.07.2014 noch einmal bestätigt. Zugleich bietet er dort einen neuen Ansatz an, der eine Anwendung der §§ 421 ff. BGB erlaubt: In dem vom BGH zu entscheidenden Fall ordnete eine kommunale Feuerwehrkosten-/Gebührensatzung auf Grund des Landes-Brandschutzgesetzes ausdrücklich die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer – feuerpolizeilicher – Störer an. In einem solchen Fall sei auf den Innenausgleich zwischen den Störern zumindest § 426 I BGB anwendbar. So richtig das Urteil angesichts der – zumindest nach Auslegung 10 – eindeutigen Rechtslage ist, gibt es doch Anlass, die vom BGH im Grundsatz bestätigte Absage an Innenausgleichsansprüche bei Störermehrheiten erneut zu überprüfen, zumal ein großer Teil des Schrifttums seit Langem für eine – zumeist analoge – Anwendung der §§ 421 ff. BGB auf diese Fälle plädiert.“

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

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

**3. Bäumerich:** Entgrenzte Freiheit – das Schutzgut der Grundrechte (in: DÖV 2015, S. 374)

Dass Grundrechte Freiheit schützen, ist ein Allgemeinplatz. Das Vorverständnis von Freiheit ist jedoch wesentlich für die Lösung von grundrechtlichen Problemstellungen. Je nachdem, wie man die den Grundrechten zugrunde liegende Freiheit versteht, folgen daraus zwingende Ergebnisse für nachgelagerte Fragen. Am Beispiel des Grundrechtseingriffs lässt sich zeigen, dass das heutige Verständnis von grundrechtlicher Freiheit dazu führt, dass kein Eingriffsmerkmal widerspruchsfrei aus dem Schutzgut heraus begründet werden kann.

Mit dem Grundrechtseingriff wird versucht, eine Grenze von grundrechtlich abwehrfähigen Eingriffen zu hinzunehmenden Beeinträchtigungen zu ziehen. Doch jedes der vertretenen Eingriffsmerkmale sieht sich deutlicher, tief greifender Kritik ausgesetzt. Das liegt daran, dass der Anerkennung von tatsächlichen Beeinträchtigungen als grundrechtlich bedeutsam eine Freiheitsvorstellung zugrunde liegt, die eine solche Grenzziehung nicht widerspruchsfrei zulässt. Mit diesem Beitrag wird ebendieser

Mechanismus aus systemtheoretischer Sicht untersucht, der die Freiheit in das Recht übernimmt und sie zum unbegrenzten grundrechtlichen Schutzgut werden lässt.

Der gesamten Grundrechtstheorie liegt ein zumindest unausgesprochenes Verständnis von Freiheit zugrunde, aus dem einige der sodann diskutierten oder abgeleiteten Einordnungen zwingend folgen. Besonders deutlich lässt sich dieses Vorverständnis an der Diskussion um den Grundrechtseingriff zeigen.

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

1. **Putzke/Zenthöfer:** Der Anspruch auf Übermittlung von Abschriften strafgerichtlicher Entscheidungen (in: NJW 2015, 1777)

Oft sieht die Justiz sich mit dem Verlangen konfrontiert, eine strafgerichtliche Entscheidung an nicht-verfahrensbeteiligte Personen herauszugeben. Dieser Beitrag wird darüber aufklären, wem und unter welchen Voraussetzungen ein Recht auf Übermittlung einer Entscheidungsabschrift zusteht, insbesondere, dass nach geltendem Recht – anders als bei Akteneinsicht – weder Medienvertreter noch Wissenschaftler oder „Jedermann“ ein besonderes Interesse darzulegen haben.

2. **Kluth:** Die Anfechtbarkeit von Ratenzahlungen im Verbraucherinsolvenzverfahren (in: VIA 2015, 41)

Von dem Schuldner an seine Gläubiger geleistete Ratenzahlungen können sowohl der Deckungsanfechtung nach den §§ 130, 131 InsO als auch der Vorsatzanfechtung nach § 133 I InsO unterliegen. Die Frage der Anfechtbarkeit von Ratenzahlungen im Verbraucherinsolvenzverfahren spielt insbesondere seit dem 01.07.2014 eine bedeutende praktische Rolle, da das vereinfachte Verfahren gänzlich entfallen ist und die Anfechtungsbefugnis nunmehr originär dem Insolvenzverwalter zusteht (vgl. dazu Vallender, NZI 2014, 535 [536]). Zuvor konnte der Treuhänder Ratenzahlungen nur dann anfechten, wenn er dafür von der Gläubigerversammlung nach § 313 II 3 InsO a.F. gesondert beauftragt worden war, was sich häufig als ein sehr zeitaufwendiges Verfahren erwies.

3. **Schneider:** Der Anspruch des Beschuldigten auf schriftliche Übersetzung wesentlicher Unterlagen (in: StV 2015, 379)

Verhandlungen vor deutschen Gerichten finden auf Deutsch statt (§ 184 1 GVG). Als Strafverteidiger in Deutschland gerate man jedoch früher oder später in die Situation, jemanden zu verteidigen, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist. So waren 2012 22,9 % der Verurteilten Ausländer. Auch wenn nicht jeder Beschuldigte mit ausländischer Staatsbürgerschaft Probleme mit der deutschen Sprache hat und umgekehrt nicht jeder deutsche Staatsangehörige Deutsch versteht, könne davon ausgegangen werden, dass zumindest ein Teil der Angeklagten nicht genug Deutsch versteht, um seiner Gerichtsverhandlung zu folgen und die hierfür wesentlichen Dokumente zu verstehen. Um diesem Problem zu begegnen, habe die Europäische Union die Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren erlassen, die u.a. in Art. 3 Regelungen zum Recht auf kostenfreie Übersetzung enthalte. Der deutsche Gesetzgeber habe die Richtlinie mit dem Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren, das seit dem 06.07.2013 in Kraft ist, umgesetzt. Dieser Beitrag zeigt, welche schriftlichen Übersetzungen der Beschuldigte nach der Gesetzesänderung unter Berufung auf die Richtlinie beanspruchen kann.

4. **Drasdo:** Rechte und Pflichten des Zwangsverwalters (in: NJW 2015, 1791)

Die Ausführungen setzen den Bericht des Autors aus NJW 2014, 1855 fort. Die den Zwangsverwalter betreffenden Rechte und Pflichten sind immer noch nicht abschließend geklärt. Rechtsprechung und Literatur müssen diese weiter definieren.

## Grundbegriffe des Versammlungsrechts

### Versammlung

Eine Versammlung ist eine Mehrzahl von Personen, die zusammengekommen sind, um in öffentlichen Angelegenheiten gemeinsam eine Meinung zu äußern (kollektive Meinungsäußerung). Ausreichend ist dabei auch die kollektive Meinungskundgabe.

**Anmeldepflicht:**

Eine Versammlung ist nach § 14 I VersG 48 Stunden vor ihrer Bekanntgabe anzumelden. Eine nicht angemeldete Versammlung kann nach § 15 III VersG nach pflichtgemäßem Ermessen der Behörde aufgelöst werden.

### Eilversammlung

Eine Eilversammlung ist eine Versammlung, die

- geplant ist
- einen Veranstalter hat
- wobei die rechtzeitige Anmeldung jedoch aufgrund der Aktualität des Anlasses nicht ohne Vereitelung des Demonstrationzweckes möglich ist.

**Anmeldepflicht:**

Auch die Eilversammlung ist anzumelden. Es ist jedoch zur Wahrung des Versammlungsrechts aus Art. 8 I GG von der Einhaltung der Frist abzusehen. Die nicht rechtzeitige Anmeldung berechtigt daher nicht zu einem Versammlungsverbot nach § 15 III VersG.

### Spontanversammlung

Eine Spontanversammlung ist eine Versammlung, die

- ungeplant ist
- ohne Veranstalter stattfindet
- aus einem momentanen Anlaß stattfindet.

**Anmeldepflicht:**

Nach BVerfG NVwZ 92, 890 ist eine Anmeldung nicht erforderlich, da nur dann das Versammlungsrecht auch auf der Grundlage eines momentanen Anlasses gewahrt werden kann. Würde man eine Anmeldepflicht fordern, so wären derartige Versammlungen überhaupt nicht zulässig und das Grundrecht der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 I GG wäre für diese Art von Versammlungen ausgehebelt. Dies wäre mit der Bedeutung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit in einer freiheitlichen Demokratie nicht zu vereinbaren. Insofern ist die Entbehrlichkeit der Anmeldung bei Spontanversammlungen im Wege der verfassungskonformen Auslegung geboten und entspricht der vom BVerfG vorgesehen restriktiven Auslegung der Verbotsgrundlage des § 15 VersG.

### Folgen des Verstoßes gegen die Anmeldepflicht

Ein Verstoß gegen die Anmeldepflicht berechtigt zwar nach § 15 III VersG zur Auflösung der Versammlung. Die Auflösung muss darüber hinaus aber ermessensgemäß sein. Insofern kann eine Auflösung/ein Verbot der Versammlung allein wegen fehlender/nicht ordnungsgemäßer Anmeldung in Anbetracht von Art. 8 GG niemals ermessensgerecht sein.

### Ordnungsgemäßheit der Versammlung

- rechtzeitige Anmeldung, § 14 I VersG
- Angabe eines Versammlungsleiters (als Ansprechpartner für die Polizei), § 14 II VersG
- Verbot von Schutzwaffen; Vermummungsverbot, § 17a VersG
- Einhaltung der sonstigen versammlungsrechtlichen Vorschriften
- keine sonst wie begründete Gefährdung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## REFERENDARPRÜFUNG

### STRAFRECHT

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

<b>Land:</b> Hessen	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> RiLG Dr. I.	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 12.06.2015
------------------------	---	--

#### Zur Person:

Herr Dr. I. ist ein freundlicher, ruhiger Prüfer. Er ist Richter am Landgericht, wobei er mit Fällen aus dem Wirtschaftsstrafrecht betraut ist. Dr. I. kündigte an, die Prüfungsreihenfolge einzuhalten, was im Ergebnis aber nicht zu traf. Dies begründete er anfangs damit, dass er Meldung nicht mag und diese auch unfair für gerade geprüften Prüfling seien. Der Prüfungsstoff wurde kaum eingegrenzt. Lediglich extreme Nebengebiete (z.B. BTM-Delikte) wurden ausgeschlossen. Im Übrigen sollte das StGB und StPO Prüfungsgegenstand sein.

#### Zur Sache:

A war 8 Jahre bei der Bundeswehr und hat danach im Westhafen Frankfurt gearbeitet. Wegen seinem anspruchsvollen Lebensstil ist er nun pleite. Die Lebensgefährtin des A hieß P. Um wieder an Geld zu kommen, plant er, einen Taxifahrer zu überfallen und auszurauben. Deshalb ruft er sich ein Taxi und bittet den Taxifahrer, ihn zum Westhafen zu fahren. A weiß, dass sich nachts im Westhafen kaum Personen aufhalten und er daher ungestört sein wird. Im Westhafen angekommen, hält er T eine Pistole vor und droht dem T, ihn umzubringen, sofern er ihm kein Geld aushändige. T hat allerdings nur 20 €, an denen A kein Interesse hat, da er sich viel mehr Geld erhofft hat. Deshalb schlägt ihm A mit dem Pistolenknopf gegen den Kopf, wodurch T bewusstlos wird. A lässt T am Straßenrand bewusstlos liegen und fährt alleine mit dem Taxi wieder nach Hause. Dabei weiß er, dass zwar nachts kaum Verkehr herrscht, der Westhafen morgens dagegen viel befahren ist. Er erkennt daher die Möglichkeit, dass T von einem Fahrzeug überrollt werden könnte. Dies nimmt er billigend in Kauf. Er fährt mit dem Taxi zurück in die Stadt, lässt es irgendwo stehen und sieht dabei zufällig ein Smartphone im Taxi liegen. Dieses nimmt er an sich. Seine Freundin P findet das Smartphone gut. A will es ihr aber nicht schenken. Deshalb droht P dem A, den ganzen Sachverhalt (P ist über alles aufgeklärt) der Polizei zu melden, sofern er ihr das Handy nicht gibt. A gibt daher nach und schenkt ihr das Handy. T wird am nächsten Morgen von einem LKW überrollt und verstirbt. Im Rahmen der Strafbarkeit des A wurde zunächst auf § 316a StGB eingegangen. Hier erfolgte eine Abgrenzung von Raub und Räuberischer Erpressung, wobei jeder Prüfling etwas zur Streitdarstellung beitragen und sein Ergebnis präsentieren sollte. Dr. I. fragte, wie das TBM „besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausnutzen“ zu verstehen ist, worauf eine Auslegung des TBM erfolgte. Danach wollte Dr. I. auf den Sinn des hohen Strafrahmens des § 316a StGB hinaus und verwies hierzu auf einen Vergleich der einzelnen Delikte der §§ 249, 253, 255 usw. Hier sollte erläutert werden, dass es sich bei § 316a StGB um ein konkretes Gefährdungsdelikt handelt und hierdurch die höhere Strafandrohung gerechtfertigt ist. Im Anschluss daran wurden die Körperverletzung mit Todesfolge und die fahrlässige Tötung abgeprüft, jedoch schnell verneint. Danach wurde § 212, 211 StGB geprüft und im Rahmen dessen die Notwendigkeit der Restriktion von Mordmerkmalen diskutiert. Hier wurde auch auf den geschichtlichen Hintergrund des § 211 StGB eingegangen und die Einflüsse durch den Nationalsozialismus genannt.

Zuletzt wollte Dr. I. wissen, wo die U-Haft geregelt sei. Dabei fragte er, welche Verdachtsform vorliegen müsse. Die Antwort hierauf war der dringende Tatverdacht und was genau darunter zu verstehen war. Es wurden sodann die Voraussetzungen der U-Haft dargestellt und Herr I. fragte nach weiteren Handlungsmöglichkeiten der Polizei. Zu nennen war beispielsweise die Wohnungsdurchsuchung.

Danach war die Prüfung beendet.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## ASSESSORPRÜFUNG

### ÖFFENTLICHES RECHT

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

<b>Land:</b> <b>BE/BB</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>MinRat Dr.R.</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>21.05.2015</b>
------------------------------	---	---

#### Zur Person:

Als Person wirkt Herr Dr. R., so wie in den bisherigen Protokollen beschrieben. Er ist freundlich, lächelt, bestätigt richtige Antworten nickend und hilft auch auf die Sprünge, falls man in der Prüfung gerade mal den Faden verloren hat. Er teilt die zu prüfenden Fälle auch aus und lässt ausreichend Zeit diese zu lesen und zu überdenken. Seine Prüfung erfolgt streng der Sitzreihenfolge nach. Kann mich nicht erinnern, dass er jemanden übersprungen hätte.

#### Zur Prüfung:

Herr Dr. R. prüfte in unserer Prüfung einen Fall aus dem Baurecht ab. In einem unbeplanten Innenbereich, welches nach seiner bestehenden Bebauung sowohl einem allg. Wohngebiet als auch einem Mischgebiet entsprechen könnte, soll eine bestehende Gewerbeeinheit zu einem Bordell geändert werden (Nutzungsänderung). Aufgrund protestierender Nachbarn erlässt die zuständige Behörde eine Nutzungsuntersagung (78 S.2 BauOBl), bei welcher die sofortige Vollziehung angeordnet wurde. Dagegen möchten der Eigentümer sowie der Pächter nun so schnell wie möglich vorgehen. Zu prüfen waren nun die Erfolgsaussichten des Vorgehens. Wie auch in den vorherigen Prüfungen erwartet Herr Dr. R. nicht mehr als eine saubere und ausführliche Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags.

Angefangen von der Eröffnung der Verwaltungsrechtswege gem. § 40 I VwGO, bei welcher Herr Dr. R. auch nach Sonderzuweisungen fragt (126 BBG, 54 BeamtStG), bis hin zur statthafter Antragsart (123/80 V VwGO) und die Antragsbefugnis (42 II analog) will er nur eine saubere Prüfung hören. Ist er nicht zufrieden mit einer Antwort hakt er schon nochmal nach, hilft aber konkret auf die Sprünge

I.R.d. Begründetheit sollte nach dem Obersatz des 80V und der formellen Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung (80 III) der baurechtliche Schwerpunkt zum Zuge kommen. Dabei wurde der Einstieg über 34 II BauGB erörtert und es fand eine Abgrenzung der Gebietsformen nach der BauNVO statt. Dabei beharrt Herr Dr. R. nicht auf einer Lösung, sondern gesteht den Prüflingen eigenen Beurteilungsspielraum zu. Dabei kamen wir dann zu dem Ergebnis, dass es sich um ein Mischgebiet handelt. Nun diskutierten wir, die Zulässigkeit eines Bordells nach 6 II und III BauNVO und kamen zu dem Ergebnis, dass es unzulässig sei. Dabei kommt es Herrn R. nicht auf ein bestimmtes Ergebnis an, sondern eher auf eine gute und stringente Begründung.

#### Fazit:

Alles in allem habt ihr mit Herrn R. einen guten Griff getan. Er ist nett und die Prüfung ist auch nicht besonders schwierig. Die Benotung ist, so glaube ich, auch etwas Vornoten- und Prüfungsabhängig. Der Verfasser hat 12 Punkte bekommen, wüsste aber nicht was er wie besser hätte machen können. Die Punkte der anderen Prüflinge lagen so im Bereich zwischen 9 und 12 Punkten. Allerdings hatten wir an dem Tag meines Erachtens auch etwas Pech mit der übrigen Prüfungskommission, so dass Herr Dr. R. wohl ebenfalls nicht die ganze Notenskala nach oben abschöpfen wollte.

# 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



