



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

41. Jahrg.

Juli 2016

Heft 07

---

## Aus dem Inhalt

- BGH:** Beschaffenheitsvereinbarung bei Immobilie
- OLG Naumburg:** Nachforderung der Kaufpreiszahlung nach Rücktritt
- BGH:** Verjährungsbeginn bei vorsätzlichem Bankrott
- OVG Münster:** Wiedergestattungsverfahren nach Gewerbeuntersagung
- BVerfG:** Anforderungen an formwirksame Revisionsbegründung
- OVG Münster:** Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
- VerfGH BW:** Jahresfrist bei Gesetzesverfassungsbeschwerde



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

#### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

**Bezugspreise:** vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten  
Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Brandaktuell

BGH:	Sachmangel bei Gebrauchtwagen (12-monatige Standzeit).....	1
------	---------------------------------------------------------------	---

### Zivilrecht

BGH:	Beschaffenheitsvereinbarung bei Immobilie (Nicht bei Beschreibung von Eigenschaften).....	2
OLG Naumburg:	Nachforderung der Kaufpreiszahlung (Rücktritt vom Vertrag).....	6

### Strafrecht

BGH:	Verjährungsbeginn bei vorsätzlichem Bankrott (Feststellung der Restschuldbefreiung).....	9
BGH:	Mordmerkmale (Ermöglichungsabsicht).....	12

### Öffentliches Recht

OVG Münster:	Gewerbeuntersagung (Wiedergestattungsverfahren).....	16
OVG Lüneburg:	Öffentliche Auslegung eines Bebauungsplans (Fristberechnung).....	19

### Kurzauslese I

BVerfG:	Duldungspflicht des Mieters (Installation eines Rauchwarnmelders mit Funktechnik).....	23
BAG:	Außerordentliche Kündigung (Langjährige Arbeitsverhinderung aufgrund einer Straftat).....	23
LG Berlin:	Eintritt in das Mietverhältnis nach dem Tod des Mieters (Exklusive Haushalts- oder Lebensgemeinschaft nicht notwendig).....	24
BAG:	Außerordentliche Kündigung (Unerlaubte Herstellung digitaler Kopien am Arbeitsplatz).....	25
OLG Koblenz:	Haftung für Verletzungen (Regelverstoß im Fußballspiel).....	25
BGH:	Heimtückemord (Ausnutzungsbewusstsein).....	26
BGH:	Betäubungsmitteldelikte (Konkurrenzverhältnis von Handeltreiben und Besitz).....	26
OVG Bremen:	Anspruch auf Aufnahme in Gymnasium (Kapazitätsvorbehalt).....	27
OVG Münster:	E-Zigarette NRW-Gaststätten (Kein Rauchverbot).....	28
OVG Münster:	Gewerberechtlicher Begriff der Spielhalle (Aufstellung von EC-Geldautomaten).....	28
VGH München:	Heranziehung zu Feuerwehreinsatzkosten (Vorsorgliche Anwesenheit von Einsatzkräften).....	29

**Zivilrecht**

OLG Hamm: Unzulässige Gerichtsstandsbestimmung  
(Nachträgliche Klageerweiterung auf weitere Beklagte).....30

**Strafrecht**

BVerfG: Revisionsbegründung im Strafverfahren  
(Anforderungen an formwirksame Revisionsbegründung)..... 34

BVerfG: Schädigung eines Häftlings  
(Willkürliche Verneinung einer Amtspflichtverletzung)..... 38

**Öffentliches Recht**

OVG Münster: Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs  
(Abgrenzung öffentlich-rechtlichen und bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten)..... 41

VerfGH BW: Gesetzesverfassungsbeschwerde  
(Lauf der Jahresfrist bei Gesetzesänderung)..... 45

**Kurzauslese II**

BGH: Gläubigerbenachteiligung bei Schenkungsanfechtung  
(Geduldeter Kontoüberziehung)..... 48

KG: Aussetzung eines Zivilrechtsstreits  
(Nicht bei Ermittlungen wegen Steuerstraftat)..... 49

BGH: Anforderungen an Pfändungsantrag  
(Hinreichende Bezeichnung des Drittschuldners)..... 49

LG Braunschweig: Vorliegen von Haftgründen  
(Fluchtgefahr und Wiederholungsgefahr)..... 50

OLG Hamm: Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde  
(Grundsatz des fairen Verfahrens und Beschränkung der Verteidigung)..... 51

BGH: Erweiterter Urkundenbeweis  
(Verlesung polizeilicher Observationsberichte)..... 52

BVerwG: Zulässigkeit eines Widerrufsvorbehalts  
(Bei gebundenen begünstigendem Verwaltungsakt)..... 52

**Weitere Schrifttumsnachweise:**..... 57

**Überblick:** Das Gebot effektiven Rechtsschutzes..... 60

**Aus der mündlichen Prüfung**

Referendarprüfung: Strafrecht..... 61

Assessorprüfung: Öffentliches Recht..... 62

## Brandaktuell

BGB  
§ 434 I

### Sachmangel bei Gebrauchtwagen 12-monatige Standzeit

SR BT

(BGH in Pressemitteilung Nr. 109/2016; Urteil vom 29.06.2016 - VIII ZR 191/15)

Eine **zwölf Monate überschreitende Standzeit** eines Gebrauchtwagens zwischen Herstellung und Erstzulassung begründet **keinen Sachmangel**.

**Fall:** Der Kläger kaufte im Juni 2012 von der Beklagten, einer Kraftfahrzeughändlerin, einen Gebrauchtwagen mit einer Laufleistung von 38.616 km zu einem Preis von 33.430 €. Im Kaufvertragsformular war unter der Rubrik "Datum der Erstzulassung lt. Fzg.-Brief" der 18.12.2010 eingetragen. Ein Baujahr wurde nicht genannt. Später erfuhr der Kläger, dass das Fahrzeug bereits am 01.07.2008 hergestellt worden war. Nach Ansicht des Klägers begründet die sich hieraus ergebende Dauer der Standzeit vor Erstzulassung (19 ½ Monate) schon für sich genommen einen Sachmangel des Kraftfahrzeugs. Er ist deshalb vom Kaufvertrag zurückgetreten und verlangt die Rückzahlung des Kaufpreises. Trifft seine Rechtsauffassung zu.

#### I. Beschaffenheitsvereinbarung, § 434 I 1 BGB

Eine Sache ist nach § 434 I 1 BGB mangelhaft, wenn sie eine vereinbarte Beschaffenheit nicht aufweist.

*„Die Parteien hatten weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Beschaffenheitsvereinbarung über ein bestimmtes Herstellungsdatum oder Baujahr getroffen (§ 433 I 2, § 434 I 1). Der bloßen Angabe des Datums der Erstzulassung im Kaufvertrag kann – anders als der Kläger meint – eine solche (stillschweigende) Beschaffenheitsvereinbarung schon deshalb nicht entnommen werden, weil die Beklagte durch den einschränkenden Zusatz "lt. Fzg.-Brief" keine verbindliche Willenserklärung abgegeben, sondern lediglich mitgeteilt hat, aus welcher Quelle sie die entsprechenden Angaben entnommen hat (Wissensmitteilung). Die Beklagte hat damit deutlich gemacht, dass sie weder für die Richtigkeit des Erstzulassungsdatums noch – darüber hinausgehend - für ein bestimmtes Baujahr des Fahrzeugs einstehen will.“ (BGH aaO.)*

#### II. Fehlen einer üblichen Beschaffenheit, § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB ist eine Sache mangelhaft, wenn sie keine solche **Beschaffenheit** aufweist, die **bei Sachen der gleichen Art üblich** ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Bei dem Baujahr eines Fahrzeugs handelt es sich grundsätzlich um eine für die Kaufentscheidung relevante Eigenschaft eines Fahrzeugs.

*„Die Standzeit von 19 ½ Monaten zwischen Herstellung und Erstzulassung führt auch nicht dazu, dass sich der erworbene Gebrauchtwagen zum Zeitpunkt der Übergabe nicht für die gewöhnliche Verwendung eignete und nicht die übliche, vom Käufer berechtigterweise zu erwartende Beschaffenheit aufwies (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB). Zwar hat der Senat für den Kauf von Neu- oder Jahreswagen bereits entschieden, dass ein Autokäufer in diesen Fällen eine zwölf Monate nicht überschreitende Standzeit vor der Erstzulassung erwarten darf. Denn dem durch die Standzeit voranschreitenden Alterungsprozess kommt bei neuen Fahrzeugen oder zumindest "jungen Gebrauchtwagen" besonderes wirtschaftliches Gewicht zu. Vergleichbare allgemein gültige Aussagen lassen sich bei sonstigen Gebrauchtwagen jedoch nicht treffen. Welche Standzeiten bei solchen Fahrzeugen üblich sind und ein Käufer - ohne zusätzliche Verkäuferangaben – erwarten darf, hängt vielmehr von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab, wie etwa der Dauer der Zulassung zum Verkehr und der Laufleistung des Fahrzeugs, der Anzahl der Vorbesitzer und der Art der Vorbenutzung. Wenn das erworbene Gebrauchtfahrzeug - wie hier - zum Zeitpunkt des Verkaufs bereits längere Zeit zum Straßenverkehr zugelassen war und durch eine relativ hohe Laufleistung eine nicht unerhebliche Abnutzung des Fahrzeugs eingetreten ist, verlieren – wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat - eine vor der Erstzulassung eingetretene Standzeit und der hierauf entfallende Alterungsprozess zunehmend an Bedeutung. Dass konkrete standzeitbedingte Mängel aufgetreten sind, hat der Kläger nicht geltend gemacht. Der Kaufvertrag ist daher nicht rückabzuwickeln.“ (BGH aaO.)*

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 434 I 1

### Beschaffenheitsvereinbarung bei Immobilie Nicht bei Beschreibung von Eigenschaften

SR BT

(BGH in ZfR 2016, 226; Urteil vom 06.11.2015 – V ZR 78/14)

Eine **Beschreibung von Eigenschaften** eines Grundstücks oder Gebäudes vor Vertragsschluss durch den Verkäufer, die **in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag** findet, führt in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB.

**Fall:** Mit notariellem Vertrag vom 18.12.2009 verkauften die Beklagten an den Kläger und dessen Ehefrau ein 2002/2003 mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück zum Preis von 550.000 €. In dem Kaufvertrag wurden die Rechte der Käufer wegen Sachmängeln des Grundstücks und des Gebäudes ausgeschlossen. Das Grundstück hatten die Beklagten zuvor in einem Exposé und auf ihrer Internetseite angeboten und darin eine Wohnfläche von ca. 200 m<sup>2</sup> und eine Nutzfläche von ca. 15 m<sup>2</sup> angegeben. Den Käufern hatten sie auf Nachfrage Grundrisszeichnungen der drei Geschosse (EG, OG und DG) mit Angaben der Flächenmaße ausgehändigt, aus deren Addition sich für die Räume und die Dachterrasse eine Fläche von insgesamt 215,3 m<sup>2</sup> ergibt.

Die Käufer ließen später die Wohnfläche des Gebäudes durch einen Architekten berechnen, der unter Zugrundelegung der Wohnflächenverordnung eine tatsächliche Gesamtwohnfläche von 171,74 m<sup>2</sup> ermittelte. Darauf gestützt hat der Kläger aus eigenem und abgetretenem Recht seiner Ehefrau von den Beklagten eine Zahlung von 66.411 € zzgl. Zinsen als Kaufpreisminderung verlangt. Alternativ macht er Schadensersatz geltend. Zu Recht?

#### I. Minderung, §§ 437 Nr. 2, 441 BGB

Der Kläger könnte einen Anspruch auf Minderung des Kaufpreises gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB haben. Dann müssten die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen.

##### 1 Kaufvertrag

Zwischen den Parteien wurde ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen.

##### 2. Sachmangel

Des Weiteren müsste ein Sachmangel nach § 434 BGB vorliegen.

##### a) Fehlen einer nach den öffentlichen Äußerungen zu erwartenden Eigenschaft, § 434 I 3 BGB

*„Aus den **Angaben** der Beklagten **in dem Exposé und in den im Internet publizierten Anzeigen** ergibt sich schon deshalb keine Haftung nach § 434 I 3 BGB, weil die tatsächliche Wohnfläche der Räume nicht von der Größe abweicht, die ein durchschnittlicher Käufer bei einer Wohnflächenangabe von ca. 200 m<sup>2</sup> erwarten durfte. Dies ergibt sich daraus, dass die **tatsächliche Fläche** aller Räume und der Dachterrasse nach dem eigenen, auf ein Sachverständigengutachten gestützten Vortrag des Klägers **über 200 m<sup>2</sup> beträgt** und die Fragen, ob und in welchem Umfang der Hauswirtschaftsraum und die Dachterrasse bei der Berechnung die Wohnfläche in Ansatz zu bringen sind, Bewertungstoleranzen unterliegen (dazu unten 2. b) aa) und eine bestimmte Berechnungsgrundlage im Exposé nicht genannt worden ist. Die Revision stützt den Anspruch der Kläger auch nicht auf die Haftung des Verkäufers wegen Fehlens einer nach dessen öffentlichen Äußerungen zu erwartenden Eigenschaft der Kaufsache gemäß § 434 I 3 BGB, sondern auf eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB.“* (BGH aaO.)

##### b) Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit, § 434 I 1 BGB

Im Hinblick auf die Größe der Immobilie kommt eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB in Betracht.

##### aa) Außervertragliche Beschreibungen der Kaufsache

Im notariellen Vertrag selbst ist eine bestimmte Größe der Immobilie nicht vorgesehen, allerdings waren im Vorfeld des Vertragsschlusses Angaben gemacht worden.

*„Die Angaben im Exposé der Beklagten und in ihren Anzeigen sind **nicht Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung** der Parteien nach § 434 I 1 BGB geworden; das folgt bereits daraus, dass die Flächenangabe durch die den Käufern vor Vertragsschluss ausgehändigten*

**Grundrisszeichnungen** mit Angaben über die Flächen der einzelnen Räume und der jeweiligen Geschosse konkretisiert worden ist.“ (BGH aaO.)

Insofern könnte dann in den überlassenen Grundrisszeichnungen eine Beschaffenheitsvereinbarung zu sehen sein.

### bb) Umfang des Gewährleistungsausschlusses

Fraglich ist aber, ob dem Kläger die Berufung hierauf nicht aufgrund des vertraglich vereinbarten Ausschlusses der Gewährleistung ohnehin ausgeschlossen ist.

„Eine **Beschaffenheitsvereinbarung** setzt keine ausdrücklichen Erklärungen der Parteien voraus, sondern kann sich auch aus den **Umständen des Vertragsschlusses** wie etwa dem Kontext der dabei geführten Gespräche oder den bei dieser Gelegenheit abgegebenen Beschreibungen ergeben (BGH, Urteil vom 17.03.2010 - VIII ZR 253/08, NJW-RR 2010, 1329 Rn. 16; Urteil vom 19.12.2012 - VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074 Rn. 16). Verhält es sich so, kann der Verkäufer sich **nicht auf einen allgemeinen Haftungsausschluss berufen**. Die **Auslegungsregel**, nach der sich ein zwischen den Parteien vereinbarter allgemeiner Ausschluss der Haftung für Sachmängel nicht auf eine von den Parteien nach § 434 I 1 BGB vertraglich vereinbarte Beschaffenheit erstreckt (BGH, Urteil vom 29.11.2006 - VIII ZR 92/06, BGHZ 170, 86 Rn. 31; Urteile vom 19.12.2012 - VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074 Rn. 19 und VIII ZR 117/12, NJW 2013, 1733 Rn. 15; Urteil vom 13.03.2013 - VIII ZR 186/12, NJW 2013, 2107 Rn. 20), gilt auch, **wenn eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache nicht ausdrücklich, sondern „nur“ konkludent vereinbart** worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 19.12.2012 - VIII ZR 96/12, NJW 2013, aaO., Rn. 18, 19).“ (BGH aaO.)

Wäre damit eine wirksame Beschaffenheitsvereinbarung getroffen worden, so wäre der Kläger mit seinem Anspruch nicht wegen des vereinbarten Gewährleistungsausschlusses ausgeschlossen.

### cc) Beschaffenheitsvereinbarung ohne Beurkundung

Soweit in den überlassenen Grundrisszeichnungen eine Beschaffenheitsvereinbarung zu sehen sein könnte, ist hier problematisch, dass es sich um ein **beurkundungspflichtiges Rechtsgeschäft** handelt und die entsprechenden Angaben keinen Eingang in die notarielle Urkunde gefunden haben. Bei den Rechtsgeschäften, die der notariellen Beurkundung bedürfen, ist allerdings **streitig, ob und unter welchen Voraussetzungen** durch Äußerungen des Verkäufers über bestimmte Eigenschaften der Kaufsache im Vorfeld des Vertragsschlusses eine **Beschaffenheitsvereinbarung** nach § 434 I 1 BGB zustande kommt, wenn die Angaben **in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag** finden.

#### (1) Auffassung der Instanzrechtsprechung

„Das Oberlandesgericht Koblenz bejaht das unter Bezugnahme auf die vorstehend zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. In der notariellen Kaufvertragsurkunde **nicht erwähnte und deshalb formunwirksame Beschaffenheitsvereinbarungen** würden mit Auffassung und Eintragung nach § 311b I 2 BGB wirksam (vgl. OLG Koblenz, DWE 2015, 121, 122).

**Anderer Ansicht** sind die Oberlandesgerichte Brandenburg (NZM 2010, 712, 714), Bremen (NJW-RR 2014, 791), Hamm (Urteil vom 18.06.2009 - I-22 U 136/08, juris Rn. 24 und NJW-RR 2010, 1643) und Saarbrücken (MDR 2013, 1390). Diese **verneinen** - mit im Einzelnen unterschiedlichen Begründungen - das **Zustandekommen einer Beschaffenheitsvereinbarung** aus vorvertraglichen Angaben des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache, die **im notariellen Vertrag keinen Niederschlag gefunden** haben. Gestützt wird das darauf, dass es sich bei solchen Angaben um bloße Objektbeschreibungen handele (OLG Brandenburg, aaO.), von einem Rechtsbindungswillen des Verkäufers in diesen Fällen nicht ausgegangen werden könne (OLG Bremen, aaO.), die Parteien im Zweifel nur die vor dem Notar abgegebenen Erklärungen zum Gegenstand ihrer vertraglichen Einigung machen wollten (OLG Hamm, Urteil vom 18.06.2009 - I-22 U 136/08, juris Rn. 24) oder solche Aussagen sich als bloße Wissenserklärungen des Verkäufers darstellten (OLG Saarbrücken, aaO.).“ (BGH aaO.)

#### (2) Auffassung des Schrifttums

„Das Schrifttum befasst sich nur vereinzelt mit der Frage, ob auf Grund einer Äußerung des Verkäufers über eine bestimmte Eigenschaft des Kaufgegenstands eine Beschaffenheitsvereinbarung zustande kommt, wenn diese in der Vertragsurkunde keinen Niederschlag gefunden hat (bejahend: NK-BGB/Thau, 2. Aufl., Anhang I zu §§ 433 bis 480 Rn. 77; auch bei den nicht beurkundungsbedürftigen Geschäften vereinernd: Höffmann, ZGS 2011, 299).

Im Allgemeinen wird davon ausgegangen, dass es **für eine Beschaffenheitsvereinbarung genüge**, wenn der Verkäufer die Eigenschaften der verkauften Sache **in bestimmter Weise beschreibe und der Käufer vor diesem Hintergrund seine Entscheidung treffe** (BeckOK-BGB/Faust, 36. Edition, § 434 Rn. 45; Erman/Grunewald, BGB, 14. Aufl., § 434 Rn. 16; HK-BGB/Schulze, BGB, § 434 Rn. 8; juris-PK/Pammler, 7. Aufl., § 434 Rn. 42; Palandt/Weidenkaff, BGB, 74. Aufl., Rn. 17). Zugleich wird die Auffassung vertreten, dass **Beschaffenheitsvereinbarungen der für den Vertrag vorgesehenen Form bedürften** (insoweit allg.M.: Jauernig/Berger, BGB, 15. Aufl., Rn. 9; jurisPK/Pammler, 7. Aufl., § 434 Rn. 39; MüKo-BGB/Westermann, 6. Aufl., § 434 Rn. 16; Palandt/Weidenkaff, BGB, 74. Aufl., § 434 Rn. 18; PWW/Schmidt, BGB, 10. Aufl., § 434 Rn. 30; Staudinger/Matuscke-Beckmann, BGB [2013], § 434 Rn. 72) und daher - wenn das Gesetz eine bestimmte Form vorschreibe - in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden müssten (BeckOK-BGB/Faust, 36. Edition, § 434 Rn. 40; Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233, 239; PWW/Schmidt, aaO., Rn. 27 „Einigung in Vertragsform“). Nicht erörtert wird, inwieweit die Beurkundungsbedürftigkeit des Vertrages der Annahme entgegensteht, Beschaffenheitsvereinbarungen könnten durch Beschreibungen bestimmter Eigenschaften der Kaufsache durch den Verkäufer im Vorfeld des Vertragschlusses zustandekommen.“ (BGH aaO.)

### (3) Standpunkt des BGH

„Der Senat entscheidet die Rechtsfrage dahin, dass eine **Beschreibung von Eigenschaften** eines Grundstücks oder Gebäudes durch den Verkäufer vor Vertragsschluss, die **in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet**, in aller Regel **nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung** nach § 434 I 1 BGB **führt**. Informationen über Eigenschaften der Kaufsache sind auch nach neuem Kaufrecht von den beurkundungsbedürftigen Vereinbarungen der Parteien zu unterscheiden (vgl. zum früheren Recht: Senat, Urteil vom 01.02.1985 - V ZR 180/83, WM 1985, 699, 700 mit Anm. Reithmann, DNotZ 1986, 78, 79).

Diese Abgrenzung ist deshalb geboten, weil die Parteien **bei einem beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäft alle Erklärungen in den Vertrag aufnehmen müssen**, die eine Regelung enthalten, das heißt Rechtswirkungen erzeugen sollen (Senat, Urteil vom 19.11.1982 - V ZR 161/81, BGHZ 85, 315, 317; Urteil vom 30.06.2006 - V ZR 148/05, NJW-RR 2006, 1292 Rn. 12). Dazu gehören die Vereinbarungen über die Beschaffenheit nach § 434 I 1 BGB. Sie **konkretisieren die Verpflichtung des Verkäufers** nach § 433 I 2 BGB, dem Käufer die Sache frei von Sachmängeln zu verschaffen, dahingehend, dass dieser - abweichend von den in § 434 I 2 BGB bestimmten allgemeinen Anforderungen - dem Käufer eine der individuell vereinbarten Beschaffenheit gemäße Sache schuldet (Lemke/Czub, Immobilienrecht, § 311b BGB, Rn. 45; Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233, 239). Dass die Parteien eine solche Bindung gewollt haben - selbst wenn in der Urkunde zu der Vereinbarung einer Beschaffenheit nichts aufgenommen wurde - ist vor dem Hintergrund des ihnen bekannten Beurkundungserfordernisses in aller Regel nicht anzunehmen.

Ein solches Verständnis der vorvertraglichen Angaben des Verkäufers entspricht dem **Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Vertragsauslegung** (vgl. dazu allgemein: BGH, Urteil vom 28.10.1997 - XI ZR 260/96, BGHZ 137, 69, 72). Der Käufer kann nicht davon ausgehen, dass der Verkäufer mit ihm eine bestimmte Beschaffenheit des Grundstücks oder Gebäudes - mit der Folge einer nicht ausschließbaren Haftung - vereinbaren will, wenn die geschuldete Beschaffenheit im Kaufvertrag nicht erwähnt wird. Die vorvertraglichen Beschreibungen der Eigenschaften der Kaufsache durch den Verkäufer werden deshalb nicht bedeutungslos, da dieser bei ihm bekannter Unrichtigkeit der Information dem Käufer haftet.

Dieses Verständnis vorvertraglicher Beschreibungen gebietet auch der Auslegungsgrundsatz, wonach **im Zweifel derjenigen Auslegung der Vorzug gebührt, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vermeidet** (vgl. BGH, Urteil vom 26.09.2002 - I ZR 44/00, BGHZ 152, 153, 158 f.; Urteil vom 17.05.2011 - I ZR 93/09, GRUR 2011, 946 Rn. 26). Mit diesem wäre es nicht vereinbar, bei vorvertraglichen Äußerungen des Verkäufers über Eigenschaften des Kaufgegenstands nicht beurkundete Beschaffenheitsvereinbarungen anzunehmen; denn dies hätte die **Nichtigkeit des Vertrags nach § 125 S.1 BGB wegen Nichteinhaltung der gesetzlichen Formvorschrift** zur Folge (so zutr. NK-BGB/Büdenbender, 2. Aufl., § 434 Rn. 19). Die Möglichkeit einer Heilung der Formnichtigkeit nach § 311b I 2 BGB mit Auffassung und Eintragung stellt den vorstehenden Grundsatz nicht infrage. Die Parteien wollen **im Zweifel keinen Vertrag schließen**, der **wegen Nichtbeurkundung einer Beschaffenheitsvereinbarung formnichtig** wäre. Dies hätte unter anderem zur Folge, dass eine zur Sicherung des Anspruchs des Käufers eingetragene Auffassungsvormerkung nicht entstände und damit keinen Schutz nach § 883 II BGB gegenüber zwischenzeitlichen Verfügungen und Vollstreckungsmaßnahmen böte. Zudem kann sich keine Partei sicher sein, dass die Heilung eintritt, weil es jeder Seite freisteht, sich bis zur Eintragung der Rechtsänderung auf die Formunwirksamkeit der Vereinbarung zu berufen.“ (BGH aaO.)



#### (4) Vereinbarkeit mit Europarecht

„Der oben genannte Auslegungsgrundsatz steht **nicht im Widerspruch zu Art. 2 II Buchstabe a der Richtlinie 1999/44/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABI L 171/12 (im folgenden Verbrauchsgüterkaufrichtlinie). Danach wird vermutet, dass **Verbrauchsgüter vertragsgemäß** sind, wenn sie mit der von dem Verkäufer gegebenen Beschreibung übereinstimmen. Die Richtlinie gebietet bei einem Verkauf von Verbrauchsgütern allerdings eine weite Auslegung des § 434 I 1 BGB, die keine hohen Anforderungen an das Zustandekommen einer Vereinbarung stellt. Bei den **Kaufverträgen über Grundstücke und Gebäude, die keine Verbrauchsgüter im Sinne der Begriffsbestimmung** in Art. 1 II Buchstabe b der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sind, ist jedoch eine engere Auslegung der Vorschrift geboten, die den Zwecken des gesetzlichen Formzwangs Rechnung trägt. Dieser soll die Vertragsparteien vor übereilten Verträgen bewahren, sie auf die Wichtigkeit des Geschäfts hinweisen und ihnen die Möglichkeit zu rechtskundiger Belehrung und Beratung eröffnen (Senat, Urteil vom 30.04.1982 - V ZR 104/81, BGHZ 83, 395, 397; Urteil vom 25.03.1983 - V ZR 268/81, BGHZ 87, 150, 153). Die **Warn- und Schutzfunktion der Beurkundung** wäre entscheidend infrage gestellt, wenn schon die vorvertragliche Beschreibung bestimmter Eigenschaften des Grundstücks oder Gebäudes zu einer Beschaffenheitsvereinbarung führte, ohne dass in dem notariellen Vertrag dazu etwas erklärt ist. Auch der mit dem Beurkundungszwang verfolgte weitere Zweck, den Parteien eine **rechtskundige Beratung und Belehrung** zukommen zu lassen, würde verfehlt werden, wenn schon Äußerungen des Verkäufers im Vorfeld des Vertragsschlusses zu Beschaffenheitsvereinbarungen nach § 434 I 1 BGB führten. Dies ist nämlich Gegenstand der Verhandlung vor dem Notar. Bei dieser hat der Notar gemäß § 17 I BeurkG den Willen der Parteien zu ermitteln. Dazu gehört auch die Feststellung, ob Beschaffenheitsvereinbarungen, auf deren rechtliche Tragweite hinzuweisen ist, getroffen werden sollen.“ (BGH aaO.)

#### (5) Anwendung auf den Fall

Nach diesen Grundsätzen hat die Übergabe der Grundrisszeichnungen nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung geführt. Die Zeichnungen mit den Flächenangaben dienten allein der Information der Käufer auf deren Nachfrage zu der im Exposé angegebenen Wohnflächengröße von ca. 200 m<sup>2</sup>. Da in dem Notarvertrag weder die Größe der Wohnfläche angegeben ist noch die überreichten Unterlagen erwähnt sind, ist eine Vereinbarung über die Beschaffenheit nach § 434 I 1 BGB nicht zustande gekommen.

## II. Vorvertragliche Haftung, §§ 280 I i.V.m. § 241 II, § 311 II BGB

Der Kläger könnte einen Schadensersatzanspruch aus vorvertraglichem Verschulden haben (§ 280 I i.V.m. § 241 II, § 311 II BGB). Solche Ansprüche wegen unrichtiger Information oder wegen unterlassener Aufklärung kommen hier aus zwei Gründen infrage. Die Wohn- und Nutzflächen sind 13,34 m<sup>2</sup> kleiner als in den Grundrisszeichnungen angegeben, weil abweichend von den Zeichnungen gebaut worden ist. Zudem soll die sich aus den Grundrisszeichnungen ergebende Wohnfläche bei einer Ermittlung der II. Berechnungsverordnung nach Darstellung des Klägers nur 182,5 m<sup>2</sup> und nicht 201,5 m<sup>2</sup> betragen. Die Klage wäre allerdings nur dann begründet, wenn die Beklagten gewusst hätten, dass die Angaben auf den Grundrisszeichnungen unrichtig waren und die Räume kleiner sind.

„**Vorsätzliche falsche Angaben des Verkäufers** über Eigenschaften der Kaufsache, die nicht Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung geworden sind, begründen einen Anspruch des Käufers auf Schadensersatz aus der Verletzung vorvertraglicher Pflichten. Dieser Anspruch wird auch nach Gefahrübergang **nicht durch die Vorschriften über die Haftung des Verkäufers wegen eines Sachmangels nach §§ 434 BGB ff. ausgeschlossen** (Senat, Urteil vom 27.03.2009 - V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 Rn. 19 ff.; BGH, Urteil vom 16.12.2009 - VIII ZR 38/09, NJW 2010, 858 Rn. 20). Eine Rechtsfolge dieses Anspruchs besteht darin, dass der Käufer als **Vertrauensschaden** von dem Verkäufer den Betrag verlangen kann, um den er den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat (vgl. Senat, Urteil vom 19.05.2006 - V ZR 264/05, BGHZ 168, 35 Rn. 22; Urteil vom 01.02.2013 - V ZR 72/11, NJW 2013, 1807 Rn. 15).

An einem vorsätzlichen Verhalten des Verkäufers, dass der Käufer darlegen und beweisen muss (vgl. Senat, Urteil vom 12.11.2010 - V ZR 181/09, BGHZ 188, 43 Rn. 12), fehlt es hier jedoch. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)

Ein Schadensersatzanspruch aus vorvertraglicher Haftung besteht damit nicht.

BGB

**Nachforderung der Kaufpreiszahlung**

SR BT

§§ 280 I, III, 281 I 1, 323 I, 325

**Rücktritt vom Vertrag**

(OLG Naumburg in NJW 2016, 1102; Urteil vom 24.08.2015 – 1 U 37/15)

1. Nach dem Rücktritt vom Kaufvertrag kann der Verkäufer den **noch ausstehenden Kaufpreisrest nicht als Schadensersatz statt der Leistung** verlangen. Bei der Schadensberechnung muss das mit dem Rücktritt verbundene Abwicklungsverhältnis und damit der dem Verkäufer zurück zu gewährende Kaufgegenstand Berücksichtigung finden.
2. Der **Rücktritt** kann vom Gläubiger bereits **mit der Fristsetzung für den Fall der dennoch ausbleibenden Leistung** des Schuldners erklärt werden.
3. Wer als Verkäufer **teilweise Falschgeld als Erfüllung** entgegennimmt, trägt gem. § 363 BGB die Beweislast für die Unvollständigkeit der Kaufpreiszahlung.
4. Kommt eine Partei **unentschuldigt der Anordnung des persönlichen Erscheinens** zur Aufklärung des Sachverhalts nicht nach, können hieraus bei der Beweiswürdigung für sie **nachteilige Schlüsse gezogen** werden.

**Fall:** Die Parteien streiten um Restkaufpreis bzw. Schadensersatz in Höhe des noch offenen Kaufpreises. Der Kl. war Eigentümer eines Audi S 6, den er im Internet zum Verkauf anbot. Es meldete sich der Bekl. Am 16.02.2014 verkaufte der Kl. an den Bekl. den 188.000 km gelaufenen Pkw, Erstzulassung 27.02.2007, zum Preis von 17.000 €. Inhaltlich entspricht der Vertrag dem vom Kl. vorbereiteten Formular, das der Bekl. allerdings nicht unterzeichnen wollte. Das Fahrzeug wurde unter Ausschluss der Gewährleistung verkauft. Der Bekl. machte eine Probefahrt und überreichte dem Kl. den Kaufpreis bar. Der Kl. zählte das Geld und nahm es entgegen. Danach fuhr der Bekl. mit dem Wagen davon. Am 17.02.2014 versuchte der Kl., 1.000 € bei seiner Bank einzuzahlen. Hierbei stellte man fest, dass Teile des Geldes falsch waren. Der Kl. hat daraufhin Strafanzeige gegen den Bekl. erstattet, die zu einem Ermittlungsverfahren und einer Hausdurchsuchung beim Bekl. führte. Der Kl. übergab der Polizei Geld, von dem 8.800 € falsch waren. Der Bekl. wurde angeklagt, aber vom AG Zossen freigesprochen. Der Kl. ließ den Bekl. anwaltlich zur Zahlung des Restkaufpreises von 8.800 € auffordern. In dem Schreiben vom 17.03.2014 erklärte der Bevollmächtigte des Kl. für den Fall, dass der Betrag nicht bis zum 27.03.2014 auf dem genannten Konto gutgeschrieben werde, den Rücktritt vom Kaufvertrag. Nachdem der Beklagte dies zurückwies und in der mündlichen Verhandlung erklären ließ, er sei nicht mehr in der Lage, das während eines Sturms stark beschädigte und deshalb weiterverkaufte Fahrzeug an den Kl. zurückzugeben, erhob der Kläger Klage auf Zahlung von 8.800 € sowie auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten.

Hat er einen Anspruch auf weitere Kaufpreiszahlung?

**I. Zahlungsanspruch aus § 433 II BGB**

Der Kläger könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung weiterer 8.800 € haben aus § 433 II BGB.

**1. Entstehung des Anspruchs**

Ein wirksamer Kaufvertrag wurde geschlossen, so dass der Kläger auch grundsätzlich einen Anspruch auf Zahlung des Gesamtkaufpreises in Höhe von 17.000 € hat.

**2. Untergang des Anspruchs****a) Untergang des Anspruchs durch Erfüllung**

Der Anspruch könnte durch Erfüllung nach § 362 I BGB untergegangen sein.

*„Die Berufung rügt zwar zutreffend eine unrichtige Sicht des LG zur Beweislast in Bezug auf die Hingabe der (teils falschen) Banknoten zum Zwecke der Kaufpreiszahlung. Der **gem. § 363 BGB beweispflichtige Kl.** (vgl. Palandt/Grüneberg, § 363 Rn. 2; MüKo-BGB/Fetzer, § 363 Rn. 3) hat allerdings den **Beweis der unvollständigen Leistung** des Bekl. geführt. Der Senat ist im Ergebnis der auf § 141 I 1 ZPO beruhenden Anhörung des Kl. und nach dem Ausbleiben des Bekl. in der mündlichen Verhandlung davon überzeugt, dass der Kl. vom Bekl. am 16.02.2014 **statt des Kaufpreises im Umfang von 8.800 € teilweise Falschgeld** erhielt.*

*Der Kl. hat dem Senat glaubhaft den von ihm im Prozess dargelegten Sachverhalt geschildert. Dazu gehörten auch **die der Geldübergabe folgenden Umstände**, wie der Versuch, Teile des erhaltenen Kaufpreises bei der Bank einzuzahlen, die damit verbundene **Feststellung des Falschgeldes** und die **Übergabe des Restkaufpreises an die Polizei**, die 8.800 € an nachgemachten Banknoten ermittelte. Dieser, vom Inhalt der beigezogenen Ermittlungsakten mitgetragene **Geschehensablauf ist glaubhaft**. Das Verhalten des Kl. ließe sich nicht erklären, wenn er vom Bekl. für das Fahrzeug den vollen Kaufpreis*

erhalten hätte. Der Kl. musste damit rechnen, dass der Bekl. beispielsweise durch die ihn begleitende Frau beweisen konnte, den Kaufpreis bezahlt zu haben. Von vornherein kam der Kl. **zudem als erster Verdächtiger von Straftaten nach §§ 146, 147 StGB** in Betracht. In Bezug auf den Bekl. wäre zusätzlich eine Straftat vorgetäuscht worden. Wer in Besitz von Falschgeld ist, vermeidet normalerweise die mit solchen Vorwürfen verbundenen Ermittlungen und geht nicht zur Bank und zur Polizei, um dann den Käufer seines Fahrzeugs zu belasten, noch dazu, wenn das Geschäft ordnungsgemäß abgewickelt wurde. Gründe, die ein solches Verhalten plausibel erscheinen ließen, vermag der Senat nicht sehen. Der Kl., der die Vorgänge **spontan, natürlich, ohne jeden Hinweis auf eine Schilderung fiktiver Tatsachen flüssig darstellte**, machte auf den Senat nicht ansatzweise den Eindruck, als wäre er in der Lage, derart kaltschnäuzig vorzugehen.

Dagegen hat sich der **Bekl. nun mehr wiederholt einer Äußerung vor Gericht entzogen**. Mögen sich in erster Instanz hieraus zu ziehende nachteilige Schlüsse noch durch den Hinweis des Bekl. auf das laufende Strafverfahren verboten haben. Spätestens nach dem rechtskräftigen Freispruch des Bekl. gibt es keinen Anlass mehr, von einer freien und vorliegend nachteiligen Würdigung seines Prozessverhalten (vgl. §§ 286 I 1, 446, 453, 454 ZPO; Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 141 Rn. 11) abzusehen. Wenn die Schilderung des Kl. nicht zuträfe, bestünde für den Bekl. keine Veranlassung, im Termin des Senats nicht zu erscheinen. Zunächst wäre es ihm sicher ein persönliches Bedürfnis, seinen Ärger über die falsche Anschuldigung und die damit verbundenen Gerichtsverfahren zum Ausdruck zu bringen. Außerdem musste der Bekl. davon ausgehen, dass sein Prozessverlauf von der Darstellung seiner Sicht der Dinge abhängen würde. Der Klage wurde in erster Instanz stattgegeben. Das LG hatte den Bekl. für beweispflichtig gehalten und durchblicken lassen, dass die Ablehnung einer Befragung durch das Gericht dem Bekl. zum Nachteil gereichte. Sein Prozessbevollmächtigter hatte dem Bekl. erklärtermaßen vor dem Senatstermin deutlich vor Augen geführt, es komme auf seine Anwesenheit an. Erscheint der Bekl. nach alledem dennoch nicht, lässt das den Schluss auf seine fehlende Bereitschaft, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, zu. Der Bekl. will weder zugeben noch abstreiten, dem Kl. Falschgeld übergeben zu haben. Dies macht nach Abschluss des Strafprozesses nur Sinn, wenn der Bekl. befürchten muss, sich wegen seines Prozessverhaltens erneut vor einem Strafgericht verantworten zu müssen. Davon kann aber nur dann die Rede sein, wenn die Version des Kl. zutrifft.“ (OLG Naumburg aaO.)

Damit hatte und hat der Bekl. den Kaufpreis i.H.v. teilweise 8.800 € nicht gezahlt. Der Anspruch aus § 433 II BGB ist damit in dieser Höhe nicht untergegangen.

## b) Untergang des Kaufpreisanspruchs durch wirksame Rücktrittserklärung

Die Auswirkungen eines wirksamen Rücktritts auf die Primärpflichten des ursprünglichen Schuldverhältnisses sind gesetzlich nicht geregelt. Soweit der Kaufpreis noch nicht oder nicht vollständig gezahlt wurde, steht der dolo agit- Gedanke aber dem Fortbestehen der Primärpflichten entgegen. Wandelt sich das Schuldverhältnis durch einen wirksamen Rücktritt in ein Rückabwicklungsverhältnis, so gehen daher auch die Primärpflichten unter. Fraglich ist daher, ob ein wirksamer Rücktritt vorliegt.

Das Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Kl. vom 17.03.2014 enthielt die rechtserhebliche Rücktrittserklärung (§§ 323 I, 349, 433 II BGB). Nach dem Klagevorbringen hat der Bekl. den vereinbarten Kaufpreis von 17.000 € im Umfang von 8.800 € nicht bezahlt; das bar übergebene Geld enthielt falsche Banknoten, die im Umfang der Klageforderung ohne Wert waren.

„In einem solche Fall lässt sich der Rücktritt unter anderem erklären, wenn dem Schuldner, hier dem Bekl., zuvor **erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung** gesetzt wurde (§ 323 I BGB). Eine solche Frist enthielt das Schreiben des vorprozessual beauftragten Rechtsanwalts vom 17.03.2014. Es war in diesem Zusammenhang ohne weiteres möglich, schon **mit der Fristsetzung den Rücktritt für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs** zu erklären (Staudinger/Schwarze, § 323 Rn. D15; MüKo-BGB/Ernst, § 323 Rn. 148; Palandt/Grüneberg, § 323 Rn. 33).“ (OLG Naumburg aaO.)

Die Erklärung hat den Vertrag tatsächlich in ein Abwicklungsverhältnis gewandelt, denn der Bekl. hatte und hat den Kaufpreis i.H.v. 8.800 € nicht gezahlt. Der Anspruch aus § 433 II BGB ist damit untergegangen.

## II. Schadensersatzanspruch aus §§ 281 I 1, 280 I, III, 325 BGB

Der Kläger könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 8.800 € als Schadensersatz aus §§ 281 I 1, 280 I, III, 325 BGB haben.

Grundsätzlich schließt nach § 325 BGB der erklärte Rücktritt den Schadensersatzanspruch nicht aus. Allerdings macht der Kläger hier den sog. kleinen Schadensersatz geltend. Dieser könnte - anders als der große Schadensersatz - durch den Rücktritt ausgeschlossen sein.

„[§ 325 BGB] hat die vor der Schuldrechtsreform häufig als unbefriedigend empfundene **Alternativität von Rücktritt und Schadensersatz** beseitigt. Der Gläubiger kann jetzt die Rücktrittserklärung und den hierdurch nicht verloren gehenden Schadensersatz miteinander kombinieren (Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Anwaltskommentar, Schuldrecht, § 325 Rn. 1 f.). Hierbei muss allerdings auf die **Rechtsfolgen des Rücktritts**, nämlich die **Umwandlung des Vertrags in ein Abwicklungsverhältnis** (womit der Erfüllungsanspruch des Kl. aus § 433 II BGB unterging) und die aus § 346 I BGB folgenden **Rückgewährpflichten** Rücksicht genommen werden. Diese entfallen nicht, wenn der Gläubiger nach dem Rücktritt Schadensersatz statt der Leistung verlangt (so aber wohl Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 281 Rn. 45; § 325 Rn. 2 jew. m.w.N.). Der **Rücktritt lässt sich nicht widerrufen** und schafft auf der Schuldnerseite unabhängig von der konkreten Schutzwürdigkeit einen **auf Abwicklung des Vertrags gerichteten Vertrauensstatbestand** (Staudinger/Schwarze, BGB, Neubearb. 2015, § 325 Rn. 24, 25, 26, 30; MüKo-BGB/Ernst, 6. Aufl., § 325 Rn. 23; Palandt/Grüneberg, § 323 Rn. 33). Der **Schadensersatzanspruch besteht also nur neben der Rückabwicklung** (BGH, NJW 2010, 2426 = MDR 2010, 804). Dies lässt keinen Raum für das Behalten des bereits erlangten Kaufpreisteils durch den Kl., das Belassen des Fahrzeugs beim Bekl. und das Liquidieren des ausstehenden Restkaufpreises vom Bekl., um **im Wege des kleinen Schadensersatzes so gestellt zu werden, als wäre der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden**. Der Kl. muss sich schadensmindernd anrechnen lassen, dass er nach dem Rücktritt das **Fahrzeug zurückverlangen** kann. Dies entzieht der Surrogation und damit dem aus § 281 BGB folgenden Wahlrecht die Grundlage und zwingt den Kl., seinen **Schaden nach der Differenzmethode zu ermitteln** (so auch OLG Oldenburg, NJW-RR 2011, 1498; Staudinger/Schwarze, § 325 Rn. 21, 24, 30; MüKo-BGB/Ernst, § 325 Rn. 6, 9, 11, 17, 21; Erman/H. P. Westermann, BGB, 14. Aufl., § 325 Rn. 2; BeckOK -BGB/Schmidt, 01.05.2015, § 325 Rn. 6, 8; Alpmann in juris PK-BGB, 7. Aufl., § 325 Rn. 7).“ (OLG Naumburg aaO.)

Die rechtliche grundsätzlich vorgesehene Möglichkeit, neben dem Rücktritt einen Anspruch auf Schadensersatz geltend zu machen, steht dem Kläger im konkreten Fall daher nur zur Verfügung, wenn er im Falle der Rückabwicklung des Kaufvertrages, also bei Rückgabe des Fahrzeugs gegen Rückzahlung des Kaufpreises noch einen überschießenden Schaden hätte.

„So gesehen verfügt der Kl. **neben dem herauszugebenden Fahrzeug** nur dann über einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung, wenn er **mit dem Verkauf an den Bekl. einen Gewinn erzielt** hat. Ein günstiges Geschäft des Kl. ist indes weder vorgetragen noch ersichtlich. Im Gegenteil, der Kl. behauptet im Zusammenhang mit den Mangelvorwürfen des Bekl., lediglich einen dem Wert des Audi S 6 entsprechenden Kaufpreis erzielt zu haben. Erhält der Kl. auf den Rücktritt das Fahrzeug zurück, hat er durch den Verlust des Kaufpreises keinen Schaden erlitten.“ (OLG Naumburg aaO.)

Die schadensersatzbegrenzende Wirkung des Rücktritts würde aber gleichwohl nicht eintreten, wenn feststünde, dass der Kl. vom Bekl. das Fahrzeug nicht wieder zurückerlangen kann. Der Kl. hätte einen Wertersatzanspruch in Höhe des vereinbarten Kaufpreises von 17.000 € aus § 346 II 1 Nr. 2, 3, S. 2 BGB wovon 8.800 € ausstünden.

„Der Prozessbevollmächtigte des Bekl. hat auf die Frage des Senats, ob der Bekl. das Fahrzeug herausgebe, erklärt, der Wagen sei vom Sturm erheblich beschädigt und vom Bekl. weiterverkauft worden. **Dies hat sich der Kl. nicht zu eigen gemacht**. Vielmehr hat sein Prozessbevollmächtigter das **Vorbringen mit Nichtwissen bestritten**. Damit ist der Bekl. nach wie vor als zur Rückgabe des Fahrzeugs verpflichtet anzusehen, was dem Kl. den Schaden nimmt.“ (OLG Naumburg aaO.)

Damit ist der Kläger mit einem Schadensersatzanspruch nach §§ 281 I 1, 280 I, III, 325 BGB ausgeschlossen.

### III. Anspruch auf Übernahme vorprozessualer Rechtsanwaltskosten, §§ 280 I, 325 BGB

Der Kläger könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Übernahme vorprozessualer Rechtsanwaltskosten aus §§ 280 I, 325 BGB haben.

„Die **Vertragsuntreue des Bekl.** hat den Kl. dazu veranlasst, sich anwaltlichen Beistands zu versichern. Das an den Rechtsanwalt zu zahlende Honorar ist ein **Schaden**, der nach § 280 I BGB **neben dem Rücktritt zu ersetzen** ist. Unstreitig hat der Kl. die Kosten bezahlt. Eine vermeintlich fehlerhafte Rechnungslegung durch den Bevollmächtigten hinderte die mit Erledigung des Auftrags bzw. dessen Beendigung eingetretene Fälligkeit des Honorars (§ 8 I 1 RVG) nicht. Wurde die Rechnung nicht beanstandungsfrei erteilt, hat der Mandant keinen Rückzahlungsanspruch. Er kann gem. § 10 III RVG im Verhältnis zum Rechtsanwalt nur die Mitteilung der Berechnung fordern.“ (OLG Naumburg aaO.)

Dem Kl. steht infolgedessen zumindest der Anspruch auf Ersatz seiner vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten aus §§ 325, 280 I BGB zu, wie sie das LG i.H.v. 808,13 € zutreffend zugesprochen hat.

**StGB** **Verjährungsbeginn bei vorsätzlichem Bankrott** **StR AT**  
**§§ 283 I Nr. 1, 78 a S. 1** **Feststellung der Restschuldbefreiung**  
(BGH in NJW 2016, 1525; Beschluss vom 14.03.2016 – 1 StR 337/15)

**Vorsätzlicher Bankrott** durch Verheimlichen von Bestandteilen des Vermögens im Sinne von § 283 I Nr. 1 StGB ist im Fall der **Insolvenz einer natürlichen Person** bei fortdauerndem Verheimlichen **bis zur Restschuldbefreiung** erst dann beendet, wenn diese erteilt wird.

**Fall:** Nach der Inanspruchnahme aus Bürgschaften beantragte der Angekl. durch seinen anwaltlichen Vertreter beim AG – InsG – Fürth mit am 01.04.2005 dort eingegangenen Schreiben die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen. Zu diesem Zeitpunkt besaß er, wie er wusste, in einem Depot der Bank C in Z. eine auf seinen Namen lautende Geldanlage über mehr als 2 Mio. US-Dollar. In den von ihm persönlich unterschriebenen Anlagen zum Insolvenzeröffnungsantrag, in denen unter anderem Guthaben sowie Wertpapiere zu benennen waren, gab er lediglich ein Guthaben von 16,68 € bei der V an. Das Depot in der Schweiz verschwieg er bewusst. Am 30.06.2005 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Angekl. eröffnet. Nach diesem Zeitpunkt, am 19.09.2005, legte er das in dem Depot bei der C dann vorhandene Guthaben von mehr als 2,4 Mio. US-Dollar für 120 Monate in eine kapitalbildende Lebensversicherung bei der Cr-Ltd. an. Auch diesen Umstand teilte er weder dem InsG noch der Insolvenzverwalterin mit.

Mit Beschluss vom 19.11.2007 stellte das AG Fürth fest, dass der Angekl. Restschuldbefreiung erhalte, wenn er für die Zeit von sechs Jahren ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Obliegenheiten nach § 295 I Nr. 1 InsO erfülle. Am 08.01.2008 hob das AG das Insolvenzverfahren auf. Mit Beschluss vom 6.9.2011 erteilte es dem Angekl. schließlich die in Aussicht gestellte Restschuldbefreiung. Obwohl er weiterhin hierzu verpflichtet war, machte der Angekl. auch bis zu diesem Zeitpunkt weder gegenüber dem InsG noch der Insolvenzverwalterin – welche später zur Treuhänderin (vgl. § 287 II InsO) wurde – Angaben über sein bis zum 18.09.2005 bei der C bestehendes Depot und über seine anschließend mit der Cr-Ltd. abgeschlossene Lebensversicherung. Ihm war dabei bekannt, dass er bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 30.06.2005 nach § 20 InsO, danach jedenfalls bis zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens am 08.01.2008 aus § 97 I 1 InsO und bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung am 06.09.2011 aus §§ 20, 97 InsO die Verpflichtung hatte, den Inhalt des Depots bzw. nach der Vermögensumschichtung seine Lebensversicherung gegenüber dem InsG und der Insolvenzverwalterin bzw. Treuhänderin zu offenbaren, weil diese Vermögenswerte dem Insolvenzbeschluss unterlagen. Da der Angekl. jedoch den Anlagebetrag für seine Altersvorsorge nutzen und deshalb verhindern wollte, dass er in die Insolvenzmasse fällt, verschwieg er dessen Existenz. Nachdem am Ende des Insolvenzverfahrens lediglich 102 € zur Verfügung standen, kam es zu keiner Verteilung an die Insolvenzgläubiger, die Forderungen in Höhe 1,8 Mio. € angemeldet hatten.

Als den deutschen Finanzbehörden im Jahr 2012 über eine so genannte Steuer-CD bekannt wurde, dass der Angekl. über eine Geldanlage verfügte, wurde ein Strafverfahren gegen ihn eingeleitet. Im Hinblick auf die verschwiegene Geldanlage widerrief das AG Fürth am 02.10.2012 die dem Angekl. im September 2011 erteilte Restschuldbefreiung. Daraufhin veranlasste der Angekl. über seinen Verteidiger, dass sein gesamtes Guthaben bei der Cr-Ltd. in Höhe von nahezu 1,8 Mio. € auf ein Anderkonto bei der Treuhänderin überwiesen wurde. Hierdurch wurde diese in die Lage versetzt, die Insolvenzforderungen im Wege einer Nachtragsverteilung mit einer Quote von 95,9 % zu bedienen.

Es wurde ein Strafverfahren gegen den Angekl. wegen vorsätzlichen Bankrott gem. § 283 I Nr. 1, VI StGB eingeleitet, in dessen Rahmen am 06.11.2012 Durchsuchungsanordnungen ergangen sind.

Das LG hat das Verhalten des Angekl. als vorsätzlichen Bankrott gem. § 283 I Nr. 1, VI StGB gewertet, weil er einen wesentlichen Bestandteil seines Vermögens, der im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Insolvenzmasse gehört, bewusst verheimlicht habe. Es hielt die Tat deswegen nicht für verjährt, weil sie erst mit Erteilung der Restschuldbefreiung durch das AG Fürth am 06.09.2011 beendet gewesen sei. Bis zu diesem Zeitpunkt sei der Angekl. auch ohne besondere Nachfrage zur Offenlegung bislang verheimlichter Vermögenswerte verpflichtet gewesen. Die Verjährung sei deshalb durch richterliche Durchsuchungsanordnungen vom 06.11.2012 sowie die Anklageerhebung vom 10.08.2013 wirksam unterbrochen worden (§ 78 c I Nr. 4 und 6 StGB).

Auf dieser Grundlage hat das LG Nürnberg-Fürth mit Urteil vom 13.04.2015 den Angekl. wegen vorsätzlichen Bankrotts zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt, von denen es als Kompensation für eine überlange Verfahrensdauer zwei Monate für vollstreckt erklärt hat. Mit seiner Revision macht der Angekl. den Eintritt der Verfolgungsverjährung als Verfahrenshindernis geltend. Zu Recht?

Es könnte eine **Strafverfolgungsverjährung** nach § 78 I 1 StGB vorliegen. Vorsätzlicher Bankrott (§ 283 I und II StGB) verjährt gem. § 78 III Nr. 4, IV StGB in fünf Jahren. Nach § 78 a S. 1 StGB beginnt die Verjährung, sobald die Tat beendet ist.

Fraglich ist daher, wann von einer Beendigung der Tat auszugehen ist.

### **I. Beendigungsbegriff des BGH**

„Nach dem vom BGH in ständiger Rechtsprechung angewendeten **materiellen Beendigungsbegriff** ist die Tat erst beendet, wenn der Täter sein **rechtsverneinendes Tun insgesamt abschließt**, das **Tatunrecht mithin tatsächlich in vollem Umfang verwirklicht** ist (vgl. etwa BGHSt 43, 1 [7] = NJW 1997, 1715 = NStZ 1997, 487;

BGH, NJW 2003, 2996 = NStZ 2004, 41; NJW 2006, 925 [927] [insow. in BGHSt 50, 299 nicht abgedr.]; BGHSt 52, 300 [302] = NJW 2008, 3076 = NStZ 2008, 567). Dies bedeutet, dass die Beendigung der Tat nicht allein an die weitere Verwirklichung tatbestandlich umschriebener Merkmale der Straftat nach deren Vollendung anknüpft; vielmehr **umfasst die Tatbeendigung auch solche Umstände, die** – etwa weil der Gesetzgeber zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsgüterschutzes einen Deliktstypus mit vorverlagertem Vollendungszeitpunkt gewählt hat – **zwar nicht mehr von der objektiven Tatbestandsbeschreibung erfasst werden, aber dennoch das materielle Unrecht der Tat vertiefen**, weil sie den Angriff auf das geschützte Rechtsgut perpetuieren oder gar intensivieren (vgl. BGHSt 52, 300 [303] = NJW 2008, 3076 = NStZ 2008, 567 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Es ist daher fraglich, wie lange hier der Angriff auf das geschützte Rechtsgut fortgesetzt oder intensiviert wurde.

## II. Geschütztes Rechtsgut der Insolvenzdelikte

Dazu ist zunächst zu bestimmen, welches das geschützte Rechtsgut bei den Insolvenzdelikten ist

„Das Rechtsgut der Insolvenzdelikte besteht im **Schutz der Insolvenzmasse vor unwirtschaftlicher Verringerung, Verheimlichung und ungerechter Verteilung zum Nachteil der Gesamtgläubigerschaft** (vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl., vor § 283 Rn. 3; Reinhart in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, vor §§ 283 ff. StGB Rn. 1). Verheimlichen ist dabei jedes Verhalten, durch das ein Vermögensbestandteil oder dessen Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse der Kenntnis der Gläubiger oder der des Insolvenzverwalters entzogen wird. **Verheimlichen** kann daher sowohl **durch falsche Angaben** als auch **durch Unterlassen bei Verletzung einer Auskunftspflicht oder Anzeigepflicht** verwirklicht werden (vgl. MüKo-StGB/Radtke/Petermann, 2. Aufl., § 283 Rn. 17 f. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

## III. Angriffsdauer bei Privatinsolvenz

Soweit Angaben zu vorhandenem Vermögen in der Privatinsolvenz trotz Offenlegungspflicht unterbleiben, stellt sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt von einem weiteren Angriff auf das Schutzgut, also die Vermeidung von Benachteiligungen der Gesamtgläubigerschaft, auszugehen ist.

„Bei der **Insolvenz einer natürlichen Person** dauert im Falle des Verheimlichens von Vermögensbestandteilen i.S.v. § 283 I Nr. 1 StGB der Angriff auf das geschützte Rechtsgut bei einer erstrebten Restschuldbefreiung **jedenfalls so lange an**, bis das Insolvenzgericht durch Beschluss feststellt, dass der Schuldner die **beantragte Restschuldbefreiung erlangt hat** (vgl. § 287 a I 1 InsO bzw. § 289 I 2 InsO in der im Tatzeitraum geltenden Fassung). Denn die **Pflicht, ohne besondere Nachfrage Vermögensbestandteile zu offenbaren**, besteht gem. §§ 20, 97 InsO **nicht nur nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern auch noch nach dessen Abschluss im Restschuldbefreiungsverfahren fort** (vgl. BGH, ZInsO 2012, 751 = BeckRS 2012, 07047). Tatbestandsmäßige Handlungen sind in diesem Verfahrensstadium weiter möglich (vgl. MüKo-StGB/Radtke/Petermann, vor §§ 283 ff. Rn. 96 m.w.N.). Auch ist das **Tatunrecht** der Bankrottstrafat in solchen Fällen erst dann **in vollem Umfang verwirklicht**, wenn die Restschuldbefreiung erlangt ist, weil die **vorsätzliche Verletzung** dieser Pflicht einen **zwingenden Versagungsgrund für die beantragte Restschuldbefreiung** darstellt (vgl. § 290 I Nr. 5 InsO). Bis dahin wird durch weiteres Verheimlichen von Vermögensbestandteilen das materielle Unrecht der Tat vertieft, weil hierdurch der Angriff auf das geschützte Rechtsgut perpetuiert wird.“ (BGH aaO.)

## IV. Tateinheit oder Tatmehrheit

Für die Frage der Verfolgungsverjährung kommt es dann aber auch darauf an, ob von einem einheitlichen Tatgeschehen auszugehen ist, oder ob das Verhalten des Angekl. in mehrere voneinander zu trennende Taten aufzuspalten ist, so das dann zumindest teilweise Verfolgungsverjährung eingetreten wäre.

„Zwar hat der Angekl., worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewiesen hat, **mehrere als Verheimlichen zu wertende tatbestandsmäßige Bankrothandlungen** i.S.v. § 283 I Nr. 1 StGB begangen, indem er Vermögensbestandteile erst durch Falschangaben und später durch pflichtwidriges Unterlassen verheimlicht hat. Diese Handlungen stehen jedoch nicht isoliert und rechtlich unabhängig nebeneinander. Vielmehr bildet das gesamte, **von einem einheitlichen Willen zur Verheimlichung** des im Ausland angelegten Vermögens **getragene Verhalten des Angekl.** bis zur Restschuldbefreiung ein einheitliches Delikt des Bankrotts (vgl. BGH, Beschl. v. 03.11.1978 – 3 StR 387/78, BeckRS 1978, 00225; BGHSt 11, 145 [146] = NJW 1958, 429).

Die **Tat begann** mit den **Falschangaben** in den Anlagen zu dem am 01.04.2005 **eingereichten Insolvenzantrag**, mit denen der Angekl. das Vorhandensein weiterer Vermögensbestandteile bewusst wahrheitswidrig verneinte. Sie setzte sich in der **pflichtwidrigen Nichtoffenlegung** des weiterhin vorhandenen Vermögens **bis zur Restschuldbefreiung fort**. Umschichtungen oder ertragsbedingte Zuwächse im Vermögen, namentlich die Auflösung des Depots bei der C und die Neuanlage des Anlagebetrags in einer Lebensversicherung, stellten **keine Zäsuren** dar, die das anschließende Weiterverheimlichen zu eigenständigen Taten qualifizieren würden. Vielmehr dienten sowohl die Falschangaben im Insolvenzantrag als auch das anschließende weitere Verschweigen des vorhandenen Vermögens dem einheitlichen Ziel, dieses bis zur Restschuldbefreiung geheim zu halten, um einen Zugriff im Insolvenzverfahren zu vermeiden.

Auch wenn das pflichtwidrige Verschweigen des **bereits durch falsche Angaben verheimlichten Vermögensgegenstands** damit lediglich der Sicherung der Besitzlage diene und **keinen neuen, eigenständigen Angriff auf das geschützte Rechtsgut** bewirkte (vgl. BGH, BeckRS 1978, 00225), war es für die Frage, wann das Tatgeschehen seinen Abschluss fand, nicht bedeutungslos. Denn es **perpetuierte die Gefährdung für das geschützte Rechtsgut** mit dem Ziel einer Verletzung desselben bis zur erstrebten Restschuldbefreiung. Damit hatte das Tatgeschehen mit dem Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 283 VI StGB) seinen endgültigen Abschluss noch nicht gefunden. Soweit in der Literatur im Verheimlichen eines bereits zuvor beiseite geschafften Vermögensbestandteils eine mitbestrafte Nachtat gesehen wird (vgl. MüKo-StGB/Radtke/Petermann, § 283 Rn. 87; Heine/Schuster in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 283 Rn. 66, jew. m.w.N.), ergibt sich hieraus nichts anderes.“ (BGH aaO.)

## V. Relevanz der Qualifizierung des Bankrotts als Erfolgsdelikt

Allerdings handelt es sich beim Bankrott um ein Erfolgsdelikt. Vor diesem Hintergrund könnte eine Tatbeendigung bereits mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens anzunehmen sein.

„Es trifft ... zu, dass bei Erfolgsdelikten, bei denen mit dem **Erfolgseintritt zugleich eine endgültige Verletzung des Rechtsguts** eintritt, wie etwa bei Zerstörung oder Beschädigung einer Sache, der Angriff auf das geschützte Rechtsgut damit auch abgeschlossen ist. Daher ist die Tat bei **Zustandsdelikten** wie Körperverletzung oder Sachbeschädigung **mit der Herbeiführung des rechtswidrigen Zustands und Abschluss der Tathandlung beendet** (vgl. dazu Fischer, vor § 52 Rn. 58 m.w.N.).

Beim **Verheimlichen von Vermögensbestandteilen** gem. § 283 I Nr. 1 StGB besteht dagegen der **tatbestandliche Erfolg** nicht in einer Rechtsgutsverletzung, sondern in einer **Gefährdung des geschützten Rechtsguts**. Damit handelt es sich bei diesem Bankrottatbestand rechtsgutsbezogen um ein **abstraktes Gefährdungsdelikt** (vgl. MüKo-StGB/Radtke/Petermann, vor §§ 283 ff. Rn. 22 m.w.N.). Da der Taterfolg tatobjektsbezogen ausgestaltet ist, sind die Kategorien „Gefährdungsdelikt“ und „Erfolgsdelikt“ kein gegensätzliches, sich gegenseitig ausschließendes Begriffspaar (vgl. MüKo-StGB/Radtke/Petermann, vor §§ 283 ff. Rn. 22). Im Hinblick darauf, dass die **Gefährdung für das Rechtsgut nach dem Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs fort dauert**, findet das Tatgeschehen mit diesem noch nicht seinen tatsächlichen Abschluss. Vielmehr wird bei dieser „informationsbezogenen“ Bankrottathandlung der einer Befriedigung der Gläubiger dienende Vermögensbestand des Schuldners zwar gefährdet, aber noch nicht beeinträchtigt. Sobald die verheimlichten Vermögensbestandteile bekannt werden, können sie zur Befriedigung der Gläubiger herangezogen werden.

Da somit **nicht nur die Rechtspflicht zur Offenbarung** des verheimlichten Vermögensgegenstands **fortbesteht**, sondern **auch die Gefährdungslage**, die noch in eine (endgültige) Verletzung des Rechtsguts umschlagen kann und nach dem Willen des Täters auch soll, **handelt es sich beim Verheimlichen gem. § 283 I Nr. 1 StGB im Ergebnis um ein Dauerdelikt** (zum Begriff vgl. Fischer, vor § 52 Rn. 58). Ein vorheriger Abschluss des Tatgeschehens kann bei Gefährdungsdelikten allenfalls dann vorliegen, wenn der Angriff auf das Rechtsgut bereits so weit fortgeschritten ist, dass der Täter bereits eine **gesicherte Position** erlangt hat, die einer (endgültigen) Verletzung des Rechtsguts gleichkommt. Dies war hier jedoch nicht der Fall. Denn der Angekl. erlangte weder mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Jahr 2005 noch mit dem Beschluss des AG Fürth vom 19.11.2007 die gesicherte Erwartung einer Restschuldbefreiung. Mit diesem Beschluss stellte das LG lediglich fest, dass der Angekl. eine **Restschuldbefreiung erlangen kann**, wenn er für die Zeit von sechs Jahren die sich aus § 295 I Nr. 1 InsO ergebenden Obliegenheiten erfüllt. Eine abschließende Prüfung, ob die Voraussetzungen der Restschuldbefreiung tatsächlich eingetreten sind, sollte dagegen erst nach Ablauf dieses Zeitraums stattfinden.

Im Ergebnis hat hier zwar die **Falschangabe im Insolvenzantrag zum Taterfolg des Verheimlichens geführt**; auch trat spätestens mit dem Verheimlichen der Vermögenswerte in der Schweiz die objektive Bedingung der Strafbarkeit ein (vgl. auch BGHSt 58, 115 = NJW 2013, 949 = BGHR StGB § 283 II Herbeiführen 1 m.w.N.). Jedoch war der Angriff auf das geschützte Rechtsgut hierdurch nicht abgeschlossen, weil der Angekl. **fortlaufend weiter gegen seine Pflicht zur Offenbarung der verheimlichten Vermögensbestandteile verstieß**. Ein endgültiger Schaden war noch nicht eingetreten, weil die verheimlichten Vermögensbestandteile bei ihrem Bekanntwerden noch zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden konnten und der Angekl. auch noch keine gesicherte Erwartung auf Restschuldbefreiung erlangt hatte. Weder die Einleitung noch die Aufhebung des Insolvenzverfahrens verschafften ihm eine solche gesicherte Position.“ (BGH aaO.)

Die Tat war damit erst mit Erteilung der Restschuldbefreiung am 06.09.2011 beendet. Die ab dann laufende 5-jährige Verjährungsfrist wurde durch die Durchsuchungsanordnungen vom 06.11.2012 wirksam unterbrochen. Es ist keine Verfolgungsverjährung eingetreten, so dass die Verfahrensrevision keinen Erfolg haben wird.

(BGH in NJW 2016, 657; Urteil vom 03.06.2015 – 2 StR 422/14)

1. Zur Ermöglichung einer anderen Straftat im Sinne des § 211 II StGB tötet, wer einen Menschen **zur Erreichung eines weiteren kriminellen Ziels tötet**.
2. Der Tod des Opfers muss **nicht notwendiges Mittel** zur Ermöglichung der Tat sein; es genügt, wenn der Täter sich **deshalb zur Tötung entschließt**, weil er **annimmt**, auf diese Weise die **andere Straftat rascher oder leichter begehen** zu können und ihm zwar nicht der Tod des Opfers, wohl aber die **Tötungshandlung als Tatmittel geeignet** erscheint.
3. Die „**andere Tat**“ muss dabei **nicht prozessual selbstständig** im Sinne des § 264 StPO sein; es genügt vielmehr die tateinheitliche Verwirklichung eines **gegen ein anderes Rechtsgut** desselben oder eines anderen Tatopfers gerichteten weiteren Straftatbestandes.
4. Ermöglichungsabsicht im Sinne des § 211 II StGB setzt jedoch voraus, dass der Täter **in der Absicht tötet, zusätzliches kriminelles Unrecht verwirklichen zu können**; die besondere Verwerflichkeit der Tötung eines anderen zu diesem Zweck liegt darin, dass der Täter bereit ist, das **Leben eines anderen als Mittel zur Begehung einer weiteren Tat einzusetzen**, zur Verwirklichung seiner kriminellen Ziele also notfalls über „Leichen zu gehen“
5. Tötet ein Täter sein Opfer, um zu verhindern, dass ein von ihm gezeugtes Kind zur Welt gebracht wird, so verfolgte der Angekl. jedoch **keinen darüber hinausreichenden, eigenständigen und weiteren kriminellen Zweck**. Das durch die Beendigung der Schwangerschaft verwirklichte weitere Unrecht – die **Tötung des noch ungeborenen Lebens** – wird bei dieser Sachlage **vollständig vom tateinheitlich verwirklichten Vergehen des Schwangerschaftsabbruchs erfasst**.

**A. Prüfungswissen: Aufbauschema Mord, § 212, 211 StGB (vgl. Rengier, StR BT II, § 4, 16. Aufl. 2015 m.w.N.)**

**I. Tatbestand**

**1. Objektiver Tatbestand**

**a) Verwirklichung des Tatbestandes des § 212 StGB**

Es muss ein anderer Mensch getötet worden sein.

**b) Objektive Mordmerkmale des § 211 II 2. Gruppe**

**aa) Heimtücke**

Heimtückisch handelt, wer – in feindseliger Willensrichtung (streitig) – die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.

**Arglos** ist, wer sich bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs **keines erheblichen tätlichen Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht**.

**Wehrlos** ist, wer infolge seiner Arglosigkeit zur Verteidigung außerstande oder in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und Abwehrfähigkeit stark eingeschränkt ist. Demnach muss die **Wehrlosigkeit auf der Arglosigkeit beruhen**. Dieser Zusammenhang fehlt, wenn das Opfer auch im Falle der rechtzeitigen Kenntnis vom bevorstehenden tätlichen Angriff keine Verteidigungschancen gehabt hätte. Ferner muss stets kumulativ die Arg- und Wehrlosigkeit ausgenutzt werden.



**bb) Grausamkeit**

Grausam tötet, wer dem Opfer besondere **Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung** zufügt. Eine brutale Tatausführung allein reicht für das Mordmerkmal nicht aus; „besondere“ Schmerzen oder Qualen werden nur zugefügt, wenn sie **über das für die Tötung als solche erforderliche Maß** in dem Sinne hinausgehen, dass das Opfer (vom Vorsatz umfasst) übermäßige starke Schmerzen oder Qualen erleidet.

**cc) Gemeingefährliche Mittel**

Mit gemeingefährlichen Mitteln tötet, wer ein Tötungsmittel so einsetzt, dass er in der konkreten Tatsituation **die Ausdehnung der Gefahr auf andere Personen** als das oder die individualisierte(n) Opfer **nicht beherrschen** und dadurch eine Mehrzahl weiterer Menschen in Lebensgefahr bringen kann.

**2. Subjektiver Tatbestand****a) Vorsatz bezüglich der objektiven Merkmale des § 212 StGB****b) Vorsatz bzgl. objektiver Mordmerkmale des § 211 II 2. Gruppe****c) Vorliegen subjektiver Mordmerkmale des § 211 II 1. und 3. Gruppe****aa) Mordlust**

Aus Mordlust tötet, wenn es allein darauf ankommt, einen Menschen sterben zu sehen. Die Mordlust ist dadurch gekennzeichnet, dass bei ihr der **Tod des Opfers als solcher der einzige Zweck der Tat** ist. Danach tötet aus Mordlust insbesondere, wer allein aus Freude an der Vernichtung eines Menschenlebens handelt.

**bb) Befriedigung des Geschlechtstrieb**

Zur Befriedigung des Geschlechtstrieb tötet anerkanntermaßen, wer

- **im Tötungsakt selbst** geschlechtliche Befriedigung sucht (Lustmord),
- wer tötet, um **danach** seine **sexuelle Lust an der Leiche** zu befriedigen, oder
- wer die **Tötung seines Sexualobjekts zumindest in Kauf nimmt**, um typischerweise den Geschlechtsverkehr durchführen zu können.

Dies bedeutet aber nicht, dass ein unmittelbarer zeitlich-räumlicher Zusammenhang zwischen der Tötung und der erstrebten Befriedigung erforderlich ist.

**cc) Habgier**

Habgier bedeutet ein **rücksichtsloses Streben nach Vermögensvorteilen** um den Preis eines Menschenlebens. Klassische Fälle sind der Raubmord, Taten gedungener Mörder und Tötungen, um in den Genuss einer Erbschaft oder Lebensversicherung zu gelangen (. Generell liegt in **jedem Streben nach Besitz, der Vermögenswert hat**, ein Gewinnstreben. Auf die Größe des materiellen Vorteils kommt es nicht an.

**dd) Sonstige niedrige Beweggründe**

Niedrig ist ein Tötungsbeweggrund, wenn er **nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe** steht und deshalb besonders verachtenswert ist. Der Beweggrund muss mithin in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag verwerflich sein. Die Einstufung beurteilt sich auf **Grund einer Gesamtwürdigung**, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt.

### ee) Ermöglichungs- bzw. Verdeckungsabsicht

Die – auf eine andere Straftat bezogene – Ermöglichungsabsicht ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter die **Tötung als funktionales Mittel** einsetzt, um durch eine andere Tathandlung weiteres kriminelles Unrecht begehen zu.

Mit Verdeckungsabsicht tötet, wem es darauf ankommt, durch die Tötung entweder die **Aufdeckung der Vortat** in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang **oder die Aufdeckung seiner Täterschaft zu verbergen**.

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

### B. Ermöglichungsabsicht beim Mord (vgl. BGH in NJW 2016, 657)

**Fall.** Ende des Jahres 2011 lernte der in Deutschland geborene und aufgewachsene, aus einer afghanischen Familie muslimisch-schiitischen Glaubens stammende Angekl. das spätere Tatopfer S kennen. Zwischen dem noch im Haushalt seiner Eltern lebenden Studenten und der Geschädigten entwickelte sich rasch eine intime Beziehung, die von Beginn an konfliktreich verlief. Der Angekl., der seine Beziehung zu S in der Annahme, seine Familie werde seine intime Beziehung zu einer Frau christlichen Glaubens nicht-afghanischer Herkunft ablehnen, vor seiner Familie verheimlichte, war seiner Freundin sehr zugetan und umsorgte sie. Zugleich versuchte er jedoch, ihr Verhalten zu kontrollieren. Die Geschädigte genoss die Zuwendung des Angekl., hegte jedoch keine tieferen Gefühle für ihn. Im Verlaufe der Beziehung kam es immer wieder zu Streit und zur vorübergehenden Trennung. Die Geschädigte wandte sich ihrem früheren Freund zu. Nach der Aussöhnung mit dem Angekl. wurde S von diesem schwanger. Der Angekl. lehnte diese Schwangerschaft ab. Die Geburt eines gemeinsamen Kindes erschien ihm unvereinbar mit seiner weiteren Lebensplanung und gefährdete das gegenüber seiner Familie gepflegte Selbstbild des gehorsamen und strebsamen Sohnes. Der Angekl. versuchte daher, die Geschädigte zum Abbruch der Schwangerschaft zu bewegen. Dabei äußerte er auch Drohungen und band Freunde, Bekannte und Nachbarn der Geschädigten ein, die auf sie einwirken und sie zum Abbruch der Schwangerschaft bewegen sollten. Nachdem diese Versuche erfolglos geblieben waren, erwog er, seine Familie zu verlassen und mit der Geschädigten eine Familie zu gründen. Diesen Gedanken gab er jedoch wieder auf und setzte seine Versuche fort, die Geschädigte zum Abbruch der Schwangerschaft zu bewegen. Diese ließ sich jedoch nicht beeindrucken und teilte dem Angekl. schließlich mit, dass sie das Kind behalten wolle und nach B ziehen werde. Daraufhin entschloss sich der Angekl., sie zu töten und die Schwangerschaft gegen ihren Willen zu beenden, um seine Vaterschaft nicht gegenüber seiner Familie offenbaren zu müssen und seine weitere Lebensplanung nicht zu gefährden.

Dem Tatplan entsprechend begab er sich mit einem zu diesem Zweck erworbenen Messer am Abend des 05.02.2013 zum Wohnanwesen der Geschädigten und wartete ab etwa 17.30 Uhr in der Nähe des Hauseingangs auf ihr Eintreffen, um sie zu töten. Die Geschädigte traf später als gewöhnlich, kurz nach 18.20 Uhr, zu Hause ein. Der Angekl., der eine zweite Schicht Bekleidung und Handschuhe trug, sowie eine Sturmhaube oder Skimaske über den Kopf gestülpt, jedoch nicht vor das Gesicht gezogen hatte, folgte der Geschädigten, trat, nachdem sie ihre Handtasche geöffnet und mit ihrem Schlüssel die Eingangstür aufgeschlossen hatte, von hinten an die arglose Frau heran und stach ihr das Messer unvermittelt in den Rücken. Die Geschädigte wandte sich um, schrie laut und versuchte, sich zu wehren. Im Verlaufe der folgenden Auseinandersetzung fielen beide zu Boden; der Angekl. hielt ihr Mund und Nase zu, um ihre Schreie zu unterbinden und „ihr die Atemluft zu nehmen“. Nachdem dies nicht durchgehend gelang, stach er mit dem Messer noch zweimal in die linke Bauchregion der Geschädigten und floh danach vom Tatort, weil er hinter der Milchglasscheibe einer Tür eine Bewegung wahrgenommen hatte und seine Entdeckung fürchtete. Die vom Angekl. geführten Messerstücke führten zu schweren inneren Verletzungen, unter anderem zur Eröffnung der Leber, des linken Lungenflügels und beider Herzkammern. Die Geschädigte starb noch am Tatort.

Das LG hat den Angekl. wegen Mordes in Tateinheit mit Schwangerschaftsabbruch zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Rechtlich hat es die Tat als aus niedrigen Beweggründen begangenen Heimtückemord in Tateinheit mit Schwangerschaftsabbruch gewertet. Die Staatsanwaltschaft ist der Auffassung, dass das weitere Mordmerkmal der Tötung zur Ermöglichung einer anderen Straftat vorliegt und daher die besondere Schwere der Schuld festzustellen ist. Zu Recht?

#### I. Vorliegen des Mordmerkmals der Ermöglichungsabsicht

##### 1. Voraussetzungen des Mordmerkmals der Ermöglichungsabsicht

Zunächst ist fraglich, wann und unter welchen Voraussetzungen davon auszugehen ist, dass die Tötung eines Menschen erfolgt, um eine andere Straftat zu ermöglichen.

*„Zur Ermöglichung einer anderen Straftat im Sinne des § 211 II StGB tötet, wer einen Menschen **zur Erreichung eines weiteren kriminellen Ziels tötet**. Der Tod des Opfers muss nicht notwendiges Mittel zur Ermöglichung der Tat sein (BGH Urt. v. 09.03.1993 – 1 StR 870/92, BGHSt 39, 159, 161); es genügt, wenn der Täter sich **deshalb zur Tötung entschließt**, weil er **annimmt**, auf diese Weise die **andere***

**Straftat rascher oder leichter begehen** zu können (vgl. BGH Urt. v. 23.09.1999 – 4 StR 700/98, BGHSt 45, 211, 217 zu § 306 b II Nr. 2 StGB) und ihm zwar nicht der Tod des Opfers, wohl aber die **Tötungshandlung als Tatmittel geeignet** erscheint (vgl. BGH Urt. v. 09.03.1993 – 1 StR 870/92, BGHSt 39, 159, 161).

Die „**andere Tat**“ muss dabei **nicht prozessual selbstständig** im Sinne des § 264 StPO sein; es genügt vielmehr die tateinheitliche Verwirklichung eines **gegen ein anderes Rechtsgut** desselben oder eines anderen Tatopfers gerichteten weiteren Straftatbestandes (vgl. Fischer StGB, 62. Aufl., § 211 Rn. 65; MüKo-StGB/Schneider 2. Aufl., § 211 Rn. 253). Ermöglichungsabsicht im Sinne des § 211 II StGB setzt jedoch voraus, dass der Täter **in der Absicht tötet, zusätzliches kriminelles Unrecht verwirklichen zu können**; die besondere Verwerflichkeit der Tötung eines anderen zu diesem Zweck liegt darin, dass der Täter bereit ist, das **Leben eines anderen als Mittel zur Begehung einer weiteren Tat einzusetzen**, zur Verwirklichung seiner kriminellen Ziele also notfalls über „Leichen zu gehen“ (BGH Urt. v. 09.03.1993 – 1 StR 870/92, BGHSt 39, 159, 161; Safferling in: Matt/Renzikowski, StGB, § 211 Rn. 63). Die Ermöglichung einer anderen Straftat muss dabei das handlungsleitende Motiv des Täters sein.“ (BGH aaO.)

## 2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die zu ermöglichende Straftat hier die Verhinderung der Geburt des gezeugten Kindes ist.

„Zwar tötete der Angekl. sein Tatopfer, damit diese das von ihm gezeugte Kind nicht zur Welt bringen konnte, ein **Handlungsziel**, das er – wie er wusste – **auf andere Weise nicht erreichen** konnte. Jenseits der Lebensvernichtung seines Tatopfers verfolgte der Angekl. jedoch **keinen darüber hinausreichenden, eigenständigen und weiteren kriminellen Zweck**. Das vom Angekl. durch die Beendigung der Schwangerschaft verwirklichte weitere Unrecht – die **Tötung des noch ungeborenen Lebens** – wird bei dieser Sachlage **vollständig vom tateinheitlich verwirklichten Vergehen des Schwangerschaftsabbruchs erfasst**.“ (BGH aaO.)

Bei dieser Sachlage ist nicht davon auszugehen, dass das Mordmerkmal der Ermöglichungsabsicht vorlag.

## II. Besondere Schwere der Schuld

Es könnte aber gleichwohl die besondere Schwere der Schuld festzustellen sein.

### 1. Anforderungen an die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld

„Die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld setzt voraus, dass das gesamte Tatbild einschließlich der Täterpersönlichkeit **von den erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Mordfällen so sehr abweicht**, dass eine Strafaussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung nach Ablauf der Mindestverbüßungsdauer von fünfzehn Jahren auch bei dann günstiger Täterprognose unangemessen erscheint (vgl. Senat Beschl. v. 23.01.2014 – 2 StR 637/13, NStZ 2014, 212; Urt. v. 27.06.2012 – 2 StR 103/12, NStZ-RR 2012, 339; BGH Urt. v. 21.01.1993 – 4 StR 560/92, BGHSt 39, 121, 125; BGH Beschl. v. 22.11.1994 – GSSt 2/94, BGHSt 40, Geric0, 370). Die Entscheidung hat der Tatrichter ohne Bindung an begriffliche Vorgaben **im Wege einer zusammenfassenden Würdigung von Tat und Täterpersönlichkeit** zu treffen. Dem Revisionsgericht ist eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle versagt; es ist gehindert, seine eigene Wertung an die Stelle der tatrichterlichen Wertung zu setzen (BGHSt 40, 360, 370; Urt. v. 08.09.2005 – 1 StR 159/05, NStZ-RR 2006, 236, 237; Fischer aaO., § 57 a Rn. 27). Revisionsgerichtlicher Kontrolle unterliegt daher nur, ob der Tatrichter alle maßgeblichen Umstände bedacht und gegeneinander abgewogen hat.“ (BGH aaO.)

### 2. Anwendung auf den Fall

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs weist die Entscheidung des LG keinen Rechtsfehler auf.

„Das LG hat bedacht, dass der Angekl. **zwei Mordmerkmale verwirklicht** und tateinheitlich einen **Schwangerschaftsabbruch** begangen hat. Berücksichtigt wurde auch, dass die Tat „mit erheblicher krimineller Energie vorbereitet und begangen wurde“. Zu Recht hat das LG zugunsten des Angekl. berücksichtigt, dass er **nicht vorbestraft** ist, bis zur Tat **sozial gut integriert** und in **stabilen familiären Verhältnissen** lebte und aufgrund seines Alters vor einer Situation persönlicher Überforderung stand. Auch die Erwägung, die Tatausführung weise keine „übermäßige Brutalität“ auf und das Tatopfer habe nicht „in außergewöhnlichem Maß unter der Tötung“ gelitten, begegnet – ungeachtet der wenig gelückten Formulierungen – keinen durchgreifenden Bedenken.“ (BGH aaO.)

Die Annahme, es läge keine besondere Schwere der Schuld vor, ist daher nicht zu beanstanden.

(OVG Münster in NVwZ-RR 2016, 336; Beschluss vom 26.01.2016 – 4 A 454/15)

1. Für die Beurteilung der Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden und der Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung kommt es auf den **Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung** an (st. Rspr.).
2. Sofern im Einzelfall die Gründe für die Unzuverlässigkeit ausnahmsweise schon vor Ablauf eines Jahres wegfallen, kommt auf Antrag **in einem gesonderten Wiederaufnahmeverfahren** nach § 35 VI GewO eine frühere Wiedergestattung in Betracht.

## A. Prüfungswissen: Die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nach § 35 GewO

### I. Begriff der Unzuverlässigkeit

Der Gewerbetreibende ist unzuverlässig, wenn er nach dem Gesamtbild seines Verhaltens **nicht die Gewähr dafür bietet**, dass er das von ihm ausgeübte Gewerbe in Zukunft **ordnungsgemäß ausüben** wird.

Wegen der schweren Folgen der Gewerbeuntersagung für den Gewerbetreibenden muss eine besonders verantwortliche Abwägung zwischen den für einen funktionsfähigen Wirtschaftsablauf unerlässlichen gewerbebehördlichen Maßnahmen und den Interessen des Gewerbetreibenden stattfinden. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze bedeutet die Prüfung der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit als stets eine Bewertung und Prognose im konkreten Einzelfall.

Die Prüfung der Unzuverlässigkeit ist **branchenbezogen und konkret**, d.h. sie ist im Hinblick auf die vom Gewerbetreibenden jeweils ausgeübte Tätigkeit vorzunehmen; das bedeutet, dass jeweils unterschiedliche Anforderungen zu stellen sind, je nach der Art des ausgeübten Gewerbes und der Sensibilität des Bereiches für Unregelmäßigkeiten. Die vorzunehmende Bewertung im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung muss auf Tatsachen beruhen. Bloße Vermutungen hinsichtlich der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden reichen nicht aus.

**Auf ein Verschulden** des Gewerbetreibenden **kommt es** in diesem Zusammenhang **nicht an**. Es soll der Geschäftsverkehr geschützt, nicht das Verhalten des Gewerbetreibenden sanktioniert werden.

### II. Fallgruppen von Unzuverlässigkeit

#### 1. Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Die einmalige Bestrafung vermag nur dann die Unzuverlässigkeit zu begründen, wenn sie sehr schwerwiegend ist und branchenrelevant ist. Allerdings können viele kleinere Gesetzesverletzungen zur Annahme der Unzuverlässigkeit führen, wenn sie einen Hang zur Nichtbeachtung von Vorschriften erkennen lassen. Die Verwertungsverbote des § 51 BZRG sind zu beachten. Eine Begehung bei Ausübung des Gewerbes ist nicht erforderlich, es kommt lediglich darauf an, ob sie sich auf die ordnungsgemäße Gewerbeausübung auswirken.

#### 2. Verletzung steuerlicher Pflichten

Erforderlich ist, dass der Gewerbetreibende seinen steuerlichen Pflichten längere Zeit beharrlich und nachhaltig nicht nachkommt. Allerdings kommt hier nur die Verletzung von steuerlichen Pflichten in Betracht, die mit der Gewerbeausübung in Zusammenhang stehen (Betriebssteuern).

Die öffentliche Hand ist auf den Eingang von Steuern und Abgaben angewiesen, um ihren Verpflichtungen gegenüber der Allgemeinheit genügen zu können. Die Entziehung von steuerlichen Verpflichtungen, schädigt nicht nur die Allgemeinheit, sondern führt auch zur unlauteren Verschaffung eines Vorsprungs im Wettbewerb mit

denjenigen, die ihre Steuerpflichten in redlicher Weise erfüllen (BVerwG GewArchiv 82, 233).

### 3. Nichtentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen

Auch hier kann die Nichtentrichtung über einen längeren Zeitraum und in nicht unerheblicher Höhe die Unzuverlässigkeit begründen. Allerdings ist vor allem in diesem Zusammenhang die Teiluntersagung zunächst in Betracht zu ziehen, mit der die Beschäftigung von Arbeitnehmern untersagt werden kann.

### 4. Mangel wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit

Als genereller Grund für Unzuverlässigkeit umstritten, aber jedenfalls anerkannt, wenn der Gewerbebetrieb die Verwaltung fremder Vermögenswerte umfasst oder es auf die finanzielle Vertrauenswürdigkeit und Leistungsfähigkeit besonders ankommt. Teilweise wird der Nachweis wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit in den gewerberechtlichen Nebengesetzen als Erlaubnisvoraussetzung ausdrücklich gefordert.

## III. Unzuverlässige Personen

### 1. Inhaber des Betriebes ist eine natürliche Person.

Hier kommt es grundsätzlich auf die Zuverlässigkeit des Betriebsinhabers. Hat dieser die Leitung der Geschäfte an einen anderen übertragen, so kommt es auf dessen Zuverlässigkeit an. Wer einem Unzuverlässigen einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung ermöglicht, ist selbst unzuverlässig.

### 2. Juristische Person/Personenmehrheiten

Es kommt auf die Personen an, welche die Gesellschaft gesetzlich vertreten, also den Vorstand oder den Geschäftsführer. Bei juristischen Personen wird die Unzuverlässigkeit der Vertretungsberechtigten insofern der juristischen Person zugerechnet.

### 3. Strohmannverhältnisse u.ä.

Ein Gewerbetreibender ist auch dann unzuverlässig, wenn er Dritten, welche die für die Ausübung eines Gewerbes erforderlich Zuverlässigkeit nicht besitzen, maßgeblichen Einfluss auf die Führung des Gewerbebetriebes einräumt oder auch nur nicht willens oder in der Lage ist, einen solchen Einfluss ausschalten. Der maßgebliche Einfluss eines unzuverlässigen Dritten rechtfertigt es aber nur dann, dem Betriebsinhaber das Gewerbe zu untersagen, wenn dieser Einfluss auf demselben Gebiet des betrieblichen Rechts- und Wirtschaftsverkehrs zu Tage tritt, auf dem der Dritte unzuverlässig ist.

## B. Vorzeitige Wiedergestattung der Gewerbeausübung (vgl. OVG Münster in NVwZ-RR 2016, 336)

**Fall:** Der Kl. begehrte die Wiederherstellung seines Gewerbes nach vorangegangener Gewerbeuntersagung. Das VG hat die Klage abgewiesen. Der Kläger begehrte die Zulassung der Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache. Als grundsätzlich bedeutsam sah er die Frage an, auf welchen Zeitpunkt bei der Anfechtungsklage für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung abzustellen ist. Die Jahresfrist für die Durchführung des Wiedergestattungsverfahrens sei zu lang bemessen, um noch eine wirtschaftliche sinnvolle Anknüpfung an die gewerbliche Tätigkeit zu ermöglichen. Zudem würden die Behörden von der Möglichkeit einer vorzeitigen Durchführung des Wiedergestattungsverfahrens keinen Gebrauch machen.

Die Berufung könnte wegen der geltend gemachten grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 124 II Nr. 3 VwGO) zuzulassen sein.

### I. Rechtsprechung zum maßgeblicher Zeitpunkt für Beurteilung der Zuverlässigkeit

*„Die als grundsätzlich bedeutsam aufgeworfene sinngemäße Frage, auf welchen Zeitpunkt bei der Anfechtungsklage für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung abzustellen ist, ist, wie sich bereits aus dem angegriffenen Urteil und dem Zulassungsvorbringen ergibt, **seit langem höchstrichterlich geklärt**. Für die Beurteilung der Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden und der Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO kommt es auf den **Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung** an. Nicht entscheidend ist, wie sich die tatsächlichen Verhältnisse nach Abschluss des behördlichen Untersagungsverfahrens weiterentwickelt haben. In der Rechtsprechung des BVerwG ist geklärt, dass seit Inkrafttreten der Neufassung des § 35 VI GewO am 01.05.1974 eine **deutliche Trennung zwischen dem***

*Untersagungsverfahren* einerseits und dem *Wiedergestattungsverfahren* andererseits besteht. Ist ein Gewerbe wirksam untersagt worden, hat die Behörde nicht mehr zu prüfen, ob die Untersagungsgründe die ergangene Gewerbeuntersagung weiterhin tragen. Haben sich die **tatsächlichen Umstände geändert**, muss die **Initiative zur Wiedergestattung** nach § 35 VI GewO vom Gewerbetreibenden ausgehen. Diese Rechtsprechung haben das BVerwG und der Senat jüngst erneut grundsätzlich bestätigt (vgl. BVerwG, NVwZ 2015, 1544 Rn. 15 m.w.N.; OVG Münster, Beschl. v. 25.03.2015 – 4 B 1480/14, BeckRS 2015, 44041).“ (OVG Münster aaO.)

## II. Keine Überprüfung der Rechtsprechung wegen Zeitrahmen für Wiedergestattungsverfahren

Das OVG Münster sieht auch vor dem Hintergrund des gesetzlichen Zeitrahmens für das Wiedergestattungsverfahren keine Notwendigkeit zu einer erneuten Überprüfung der vorstehenden gerichtlichen Einschätzung.

„Es handelt sich letztlich um **Einwände gegen die Folgen**, die sich für einen unzuverlässigen Gewerbetreibenden aus der **gesetzlichen Trennung zwischen Untersagungs- und Wiedergestattungsverfahren** insbesondere deshalb ergeben, weil nach § 35 VI GewO eine Wiedergestattung nur auf Antrag und **grundsätzlich frühestens ein Jahr nach Durchführung der Untersagungsverfügung** erfolgen kann. Ohne Änderung dieser klaren gesetzlichen Entscheidung bestehen die Gründe unverändert fort, die die höchstrichterliche Rechtsprechung daran hindern, die Gewerbeuntersagung hinsichtlich des maßgeblichen gerichtlichen Beurteilungszeitpunktes wie jeden anderen Dauerverwaltungsakt zu behandeln (vgl. BVerwGE 65, 1 = NVwZ 1982, 503).

Daran ändert die Argumentation des Kl. nichts, wonach **wegen der praktischen Handhabung des § 35 VI GewO** durch die zuständigen Behörden eine **Wiedergestattung vor Ablauf des Karenzjahres regelmäßig nicht erfolge** und deshalb sehenden Auges hingenommen werde, dass trotz Beseitigung der Unzuverlässigkeitsgründe die berufliche Existenz für mindestens ein Jahr eliminiert werde; anschließend gebe es keine wirtschaftliche Realität für einen Neuantrag und Neubeginn. Seine daraus abgeleitete Schlussfolgerung, durch die **Vorverlegung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunktes** werde dem Gewerbetreibenden tatsächlich der **Rechtsschutz genommen und das rechtliche Gehör versagt**, trifft nicht zu. Bezogen auf den in der Rechtsprechung geklärten maßgeblichen Zeitpunkt der Gewerbeuntersagung kann der Betroffene eine gerichtliche Überprüfung erwirken. Den **später eintretenden Wegfall der Unzuverlässigkeit** kann er **im Wiedergestattungsverfahren** nach § 35 VI GewO geltend machen, notfalls auch mit gerichtlicher Hilfe.“ (OVG Münster aaO.)

## III. Keine Prüfung der behördlichen Handhabung des Karenzjahres

Soweit das Vorbringen des Kl. inhaltlich auf einen Klärungsbedarf hinsichtlich der behördlichen Handhabung der Jahresfrist nach § 35 VI 2 GewO im behördlichen Wiedergestattungsverfahren zielt, so wäre dies eine Frage, die nicht im Verfahren über den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt in einem gegen eine Untersagungsverfügung gerichteten Verfahren, zu klären wäre, sondern in einem Rechtsstreit bezogen auf ein Wiedergestattungsverfahren.

„Ungeachtet dessen entspricht die Argumentation des Kl., in keinem Fall werde vor Ablauf der Karenzzeit die Neuerteilung bewilligt, auch **nicht der geltenden und notfalls gerichtlich einklagbaren Rechtslage**. Eine entsprechende Handhabung ist lediglich im Regelfall rechtmäßig. Insbesondere bei hohen Steuer- und sonstigen Zahlungsrückständen, die über längere Zeit angefallen sind und häufig Anlass für Gewerbeuntersagungen bieten, wird ohnehin vor Ablauf eines Jahres seit Durchführung der Untersagungsverfügung nur selten eine Sanierung möglich sein, die die **Unzuverlässigkeit verlässlich beseitigt**. Hier ist die Gewerbeuntersagung im Einklang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Ausprägung durch Art. 12 I GG schon im Interesse des redlichen Wirtschaftsverkehrs geboten, weil der Gewerbetreibende in erheblichem Umfang seine Schulden nicht begleichen kann. Die hieraus folgende **Gefahr für den Geschäftsverkehr** kann regelmäßig nur durch **langwierige Sanierungsbemühungen** beseitigt werden. Sofern hingegen im Einzelfall ausnahmsweise die Gründe, die die Unzuverlässigkeit begründen, schon vor Ablauf des Karenzjahres wegfallen, kommt gerade unter Berücksichtigung der durch Art. 12 I GG geschützten Berufsfreiheit nach § 35 VI 2 GewO auf Antrag in einem gesonderten Wiederaufnahmeverfahren eine **frühere Wiedergestattung** in Betracht, weil dann hierfür besondere Gründe vorliegen. Dies ergibt sich **unmittelbar aus dem Gesetz** und bedarf keiner grundsätzlichen Klärung in einem Berufungsverfahren.“ (OVG Münster aaO.)

Es liegt daher kein Berufungszulassungsgrund vor.

„Dass die Annahme der Unzuverlässigkeit des Kl. zum maßgeblichen Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung gerechtfertigt war, stellt die Antragsbegründung nicht durchgreifend in Zweifel. Die sinngemäße Kritik an der fehlenden behördlichen Berücksichtigung späterer Sanierungsbemühungen betrifft, wie ausgeführt, nicht die Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung, sondern ist im hier nicht streitgegenständlichen Wiedergestattungsverfahren geltend zu machen.“ (OVG Münster aaO.)

BauGB  
§ 3 II**Öffentliche Auslegung eines Bebauungsplans**  
**Fristberechnung**

BauR

(OVG Lüneburg in NVwZ 2016, 631; Urteil vom 04.11.2015 –1 KN 199/13)

Fällt der erste Tag der öffentlichen Auslegung gem. § 3 II BauGB auf einen Feiertag, so ist dieser bei der Fristberechnung nicht mitzuzählen.

**A. Prüfungswissen: Das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO****I. Zulässigkeit**

1. **Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**, § 40 I 1 VwGO
2. Sonstige **Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen** (insb. Zuständigkeit des OVG)
3. **Statthaftigkeit des Antrags**

Das Normenkontrollverfahren ist nach § 47 I Nr. 1 VwGO statthaft gegen **Satzungen nach BauGB** (insb. Bebauungsplan, § 10 BauGB). Gegen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften ist das Verfahren nach § 47 I Nr. 2 VwGO möglich, sofern das Landesrecht dies bestimmt.

4. **Antragsbefugnis, § 47 II 1 VwGO**

Antragsbefugt ist jede natürliche oder juristische Person, die geltend machen kann aktuell oder **in absehbarer Zeit** in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein. Behörden hingegen sind ohne weiteres antragsbefugt.

5. **Vorverfahren**

Ein Vorverfahren findet nicht statt

6. **Frist, § 47 II 1 VwGO**

Das Verfahren ist innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift einzuleiten.

7. **Keine Präklusion, § 47 IIa VwGO**

Soweit sich das Verfahren gegen einen Bebauungsplan, eine Satzung nach § 34 IV 1 Nr. 2/3 oder eine Satzung nach § 35 VI BauGB richtet, ist das Verfahren unzulässig, wenn im Normenkontrollverfahren nur solche Einwendungen geltend gemacht werden, die im Rahmen der öffentlichen Auslegung nach § 3 II BauGB oder § 13 II Nr. 2 BauGB oder § 13a II Nr. 1 BauGB nicht oder verspätet geltend gemacht wurden, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist.

**II. Begründetheit**

Im Rahmen der Begründetheit prüft das Gericht zunächst die Rechtswidrigkeit der Norm. Bei Normen führt die Rechtswidrigkeit grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Norm, soweit es keine abweichenden Regelungen gibt. Das Gericht hat daher bei festgestellter Rechtswidrigkeit der Norm gleichwohl noch zu prüfen, ob diese vielleicht trotz Rechtswidrigkeit wirksam ist (vgl. z.B. für den Bebauungsplan Regelungen in §§ 214 ff. BauGB).

**B. Fristberechnung für öffentliche Auslegung des Planentwurfs (vgl. OVG Lüneburg in NVwZ 2016, 631)**

**Fall:** Die Antragsteller wenden sich gegen den Bebauungsplan „Biogasanlage E.“ der Antragsgegnerin. Sie fürchten, die mit diesem Plan ermöglichte Errichtung einer Biogasanlage werde die Nutzbarkeit ihrer in der Nähe gelegenen Grundstücke beeinträchtigen.

Die Antragsgegnerin ist eine kleine, der Samtgemeinde H. angehörige Gemeinde im Osten des Landkreises Lüchow-Dannenberg. Der Antragsteller zu 1. ist Eigentümer der östlich der I.-straße gelegenen, mit Wohnhäusern bebauten Grundstücke I.-straße L. und M.

Wohl 2010 trat die offenbar von einer Gruppe örtlicher Landwirte getragene Beigeladene an die Antragsgegnerin mit dem Plan heran, im Gemeindegebiet eine Biogasanlage zu errichten, deren Kapazität oberhalb der im Außenbereich privilegierten Werte liege. Der Rat der Antragsgegnerin beschloss am 20.01.2011 die Aufstellung eines dieses Vorhaben ermöglichenden Bebauungsplans. Da der Flächennutzungsplan der Samtgemeinde einen Teil der für die Biogasanlage vorgesehenen Flächen als Fläche für die Landwirtschaft darstellte, sollte der Flächennutzungsplan im Parallelverfahren seine 71. Änderung erfahren. Nach einer frühzeitigen Behördenbeteiligung legte die Antragsgegnerin die Planunterlagen - gleichzeitig mit den Unterlagen zur 71. Änderung des Flächennutzungsplans - vom 01.06. bis einschließlich 01.07.2011 öffentlich im Bauamt der Samtgemeinde H. aus. Die Auslegungsbekanntmachung erschien in der N. Zeitung vom 25.05.2011. Als verfügbare Umweltinformationen waren eine grünordnerische Untersuchung zum Bebauungsplan und der Umweltbericht gemäß § 2a BauGB sowie eine umweltbezogene Stellungnahme des Landkreises Lüchow-Dannenberg angegeben. Bereits am 23.05. erhoben alle Antragsteller. Der Antragsteller zu 1. erhob nochmals Einwendungen am 29.06.2011 sowie im Rahmen von Sammeleinwendungen. Parallel zur Öffentlichkeitsfindung die Behördenbeteiligung statt. In seiner Sitzung vom 14.07.2011 entschied der Rat der Antragsgegnerin über die eingegangenen Stellungnahmen und beschloss den Bebauungsplan als Satzung. Der Rat der Samtgemeinde beschloss die 71. Änderung des Flächennutzungsplans ein erstes Mal am 22.09.2011, legte diese dann aber nach Vornahme von Änderungen erneut vom 15.05.2012 bis zum 01.06.2012 öffentlich aus, beschloss die 71. Änderung erneut am 12.07.2012 und machte den Satzungsbeschluss am 01.10.2012 bekannt. Die Bekanntmachung des Bebauungsplans folgte am 26.10.2012 in der N. Zeitung. Am 29.10.2012 unterzeichnete der Bürgermeister der Antragsgegnerin die Verfahrensvermerke auf der Planurkunde.

Am Montag, dem 28.10.2013 haben die Antragsteller den vorliegenden Normenkontrollantrag gestellt. Sie halten ihre Anträge für zulässig. Der Antragsteller zu 1. könne sich auf Beeinträchtigungen seiner Wohn- und Gewerbegrundstücke berufen. In der Sache tragen die Antragsteller eine Vielzahl von Rügen vor, die sich unter anderem gegen das Zustandekommen des Plans, die Behandlung der raumordnungsrechtlichen Vorgaben, den Flächennutzungsplan, die Alternativenprüfung und die Behandlung immissionsschutzrechtlicher Belange in der Abwägung richten. Hat der Antrag Aussicht auf Erfolg?

Der Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

## I. Zulässigkeit des Antrags

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

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Hier wird um den Erlass eines Bebauungsplanes gestritten, der nach dem BauGB und damit öffentlichen Vorschriften ergangen ist. Da somit streitentscheidende Normen solche des öffentlichen Rechts sind und kein Verfassungsverstreit vorliegt, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

### 2. Statthaftigkeit des Antrags

Das Normenkontrollverfahren ist nach § 47 I Nr. 1 VwGO statthaft gegen **Satzungen nach BauGB**. Der Bebauungsplan ergeht nach § 10 BauGB als Satzung, so dass der Antrag statthaft ist.

### 3. Antragsbefugnis, § 47 II 1 VwGO

Antragsbefugt ist jede natürliche oder juristische Person, die geltend machen kann aktuell oder **in absehbarer Zeit** in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein. Behörden hingegen sind ohne weiteres antragsbefugt.

*„Der Antragsteller zu 1. ist antragsbefugt. Es ist **nicht nach jeder denkbaren Betrachtungsweise ausgeschlossen**, dass einige Belange, die er geltend macht, in die Abwägung eingestellt werden mussten. Zwar ergeben die von der Antragsgegnerin vorgelegten Gutachten aus dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, dass seine Lärm-, Geruchs- und Staubschutzbelange durch die derzeit im Plangebiet genehmigte Anlage nur unterhalb der Bagatellgrenze berührt werden. Der angegriffene Bebauungsplan ist jedoch ein **Angebotsbebauungsplan**, der auch die Errichtung weit größerer Anlagen - namentlich unter Einbeziehung des als Erweiterungsfläche vorgesehenen GI-2 - oder im GI-2 von anderen Industrieanlagen als Biogasanlagen zuließe. Auch stellt der Bebauungsplan selbst nicht durch entsprechende Festsetzungen eine Bau- und Betriebsweise sicher, die Immissionen unter der Bagatellgrenze hält; die Beschränkung der Inputstoffe im letzten Absatz der textlichen Festsetzung 1 genügt hierfür nicht. Angesichts dessen wäre auch eine den Antragsteller zu 1.-stärker als der genehmigte Betrieb beeinträchtigende Nutzungsweise zulässig.“*



Aus dem gleichen Grund ist das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers zu 1. nicht durch die erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung erloschen. Der Antragsteller zu 1. hat weiterhin ein Interesse an einer Feststellung der Unwirksamkeit des Plans, da dieser zu seinem Nachteil noch weitergehend als bisher ausgenutzt werden könnte.“ (OVG Lüneburg aaO.)

#### 4. **Frist, § 47 II 1 VwGO**

Das Verfahren ist innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift einzuleiten. Diese Frist wurde hier eingehalten.

#### 5. **Keine Präklusion, § 47 IIa VwGO**

Soweit sich das Verfahren gegen einen Bebauungsplan, eine Satzung nach § 34 IV 1 Nr. 2/3 oder eine Satzung nach § 35 VI BauGB richtet, ist das Verfahren unzulässig, wenn im Normenkontrollverfahren nur solche Einwendungen geltend gemacht werden, die im Rahmen der öffentlichen Auslegung nach § 3 II BauGB oder § 13 II Nr. 2 BauGB oder § 13a II Nr. 1 BauGB nicht oder verspätet geltend gemacht wurden, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist.

„§ 47 IIa VwGO steht der Zulässigkeit nicht entgegen. Zwar haben die Antragsteller nur mit E-Mail vom 23.05.2012 und damit ausschließlich **vor Beginn der öffentlichen Auslegung** der Planunterlagen Einwendungen erhoben; ob die Antragsgegnerin dieses Versäumnis durch eine Erklärung, die Stellungnahme als fristgerecht eingegangen zu behandeln, heilen könnte, ist fraglich. Das Fehlen fristgerechter Einwendungen ist allerdings unerheblich, da die **Auslegungsbekanntmachung** vom 25.05.2012 **keine Anstoßfunktion** entfaltet (vgl. zu diesem Erfordernis Senatsurt. v. 10.02.2015 - 1 KN 124/13 -, BauR 2015, 785 = juris Rn. 24 ff.). Zum einen **fehlen hinreichende Angaben zu verfügbaren Umweltinformationen**. Die Auslegungsbekanntmachung benennt als verfügbare umweltbezogene Informationen lediglich die grünordnerische Untersuchung zum Bebauungsplan, den Umweltbericht und die Stellungnahmen des Landkreises, ohne darzulegen, zu welchen Umweltgütern diese Aussagen enthalten. Zum anderen **verfehlt die Darstellung des Plangebiets** in der einheitlichen Auslegungsbekanntmachung für die 71. Flächennutzungsplanänderung und den Bebauungsplan **die Anstoßfunktion**. Dort ist nur das Gebiet der 71. Flächennutzungsplanänderung umrissen; für den Geltungsbereich des Bebauungsplans gibt es zwar einen Eintrag, aber keine Grenze. Dass die Antragsteller diese Fehler nicht innerhalb der Frist des § 215 I BauGB gerügt haben, ist für die Frage der Anwendbarkeit von § 47 IIa VwGO unbeachtlich (Senat aaO).“ (OVG Lüneburg aaO.)

Der Antrag ist damit zulässig.

## II. **Begründetheit des Antrags**

Der Normenkontrollantrag müsste auch begründet sein. Hierzu ist zunächst festzustellen, ob der Bebauungsplan an Rechtsfehlern leidet.

### 1. **Ausfertigung vor Verkündung**

„Der **Plan ist nicht, wie erforderlich** (vgl. BVerwG, Beschl. v. 09.05.1996 - 4 B 60.96 -, NVwZ-RR 1996, 630 = BRS 58 Nr. 41 = juris Rn. 3 m.w.N.; Senatsurt. v. 09.09.2014 - 1 KN 215/12 -, DVBl. 2014, 1473 = juris Rn. 22; Senatsbeschl. v. 25.02.2014 - 1 MN 245/13 -, NVwZ-RR 2014, 463 = juris Rn. 31 m.w.N.) **vor seiner Verkündung ausgefertigt worden**. Der Satzungsbeschluss wurde in der N. Zeitung vom 26.10.2012 bekannt gemacht, der Vermerk über den Satzungsbeschluss und die Präambel sind - wie alle anderen vom Bürgermeister gezeichneten Verfahrensvermerke - auf den 29.10.2012 datiert. Eine **Heilung** gemäß § 214 IV BauGB durch Neubekanntmachung ist **offenbar nicht erfolgt**.“ (OVG Lüneburg aaO.)

### 2. **Nichtwahrung der Bekanntmachungsfrist**

Nach § 3 II 2 BauGB sind Ort und Zeitpunkt der öffentlichen Auslegung der Planunterlagen mindestens eine Woche vor Auslegungsbeginn ortsüblich bekannt zu machen. Hiergegen könnte verstoßen worden sein.

„Die ortsübliche Bekanntmachung geschah am Mittwoch, dem 25.05.2011. Die Bekanntmachungsfrist begann mithin am Donnerstag, dem 26.05.2011 zu laufen und endete am Mittwoch, dem 01.06.2011. Die öffentliche Auslegung hätte mithin erst am Donnerstag, dem 02.06.2011 beginnen dürfen, begann jedoch schon am 01.06.2011. Zu Recht weisen die Antragsteller auch darauf hin, dass dies nicht dadurch geheilt werden kann, dass die öffentliche Auslegung nicht, wie es bei einem Auslegungsbeginn am 01.06.2011 eigentlich nur erforderlich wäre, bis einschließlich zum 30.06.2011 lief, sondern bis einschließlich zum 01.07.2011. Denn der 02.06.2011, der dann der Anfangstag der öffentlichen Auslegung wäre, war ein **gesetzlicher Feiertag** (Christi Himmelfahrt); fällt der **Fristbeginn** auf einen solchen, so **verschiebt er sich bis zum nächsten Werktag** (Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 3 Rn. 44; Korbmacher, in: Brügemann, BauGB, § 3 Rn. 52 m.w.N.), hier also dem

03.06.2011. Für eine erfolgreiche **Heilung der verkürzten Bekanntmachungsfrist** wäre mithin eine Auslegung bis einschließlich zum 02.07.2011 erforderlich gewesen. So lange dauerte sie nicht.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Zur Planunwirksamkeit führt daher auch der innerhalb der Frist des § 215 I BauGB gerügte Umstand die Antragsgegnerin habe Ort und Zeitpunkt der öffentlichen Auslegung der Planunterlagen entgegen § 3 II 2 BauGB nicht mindestens eine Woche vor Auslegungsbeginn ortsüblich bekannt gemacht.

### III. Ergebnis

Der Bebauungsplan ist rechtswidrig, der Normenkontrollantrag zulässig und begründet.

## 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

§§ 555 b Nr. 4, 5, 555 d II 1

**Duldungspflicht des Mieters**

MietR

**Installation eines Rauchwarnmelders mit Funktechnik**

(BVerfG in NJW-RR 2016, 525; Beschluss vom 08.12.2015 – 1 BvR 2921/15)

**Fall:** Der Bf. wurde von der Vermieterin (einer privatrechtlichen juristischen Person; im Folgenden: Kl.) seiner – in einem Mehrfamilienhaus gelegenen – Wohnung auf Duldung des Einbaus von Rauchwarnmeldern in Anspruch genommen. Er lehnte das von der Kl. ausgesuchte Gerät ab, weil es nicht lediglich dem Brandschutz diene, sondern mittels Ultraschallsensoren und Infrarottechnologie dazu geeignet sei, Bewegungsprofile von Personen zu erstellen, die sich in der Wohnung aufhielten. Sogar die Aufzeichnung von in der Wohnung geführten Gesprächen sei technisch möglich. Der Bf. bot der Kl. an, auf eigene Kosten ein einfacheres, ohne Funktechnik ausgestattetes Modell in seiner Wohnung zu installieren. Dazu war die Kl. unter Hinweis auf die Vorzüge des von ihr gewählten Gerätetyps nicht bereit. Das Funksystem diene lediglich dem Zweck, eine Fernwartung sämtlicher im Haus befindlicher Geräte über ein im Hausflur installiertes Steuerungsgerät zu ermöglichen.

Die auf Duldung des Einbaus der von der Kl. ausgesuchten Geräte gerichtete Klage hatte vor dem AG Köln Erfolg. Die Berufung des Bf. wurde vom LG Köln zurückgewiesen. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügte der Bf. die Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I und von Art. 13 I, 19 IV und Art. 20 III GG.

„Der Bf. verkennt bereits im Ausgangspunkt seiner Argumentation, dass er sich im Verhältnis zur Kl., einer **privatrechtlichen juristischen Person, nicht unmittelbar auf ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung berufen** kann. Auch das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I GG) betrifft nicht unmittelbar das Rechtsverhältnis des Mieters zum Wohnungsvermieter oder dem Grundstückseigentümer; für deren Rechtsbeziehungen ist zunächst das bürgerliche Recht, insbesondere das Miet-, Besitz- und Nachbarrecht, maßgebend.

Zur maßgeblichen Frage, inwieweit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder das Grundrecht aus Art. 13 I GG wegen ihrer **Ausstrahlungswirkung für das hier gegebene Privatrechtsverhältnis Bedeutung** erlangen können (vgl. dazu BVerfGE 89, 1 [11] = NJW 1993, 2035), verhält sich die Beschwerdebegründung nicht. Insbesondere geht der Bf. nicht darauf ein, ob und in welcher Weise die Ausgangsgerichte seine Grundrechte im Rahmen einer Interessenabwägung nach § 555 d II 1 BGB hätten berücksichtigen müssen. Auch der Sache nach legt er **nicht die nach den Umständen des Einzelfalls relevanten Gesichtspunkte** dar, sondern beruft sich letztlich nur auf die Möglichkeit einer Manipulation des Geräts und den damit verbundenen negativen Folgen für ihn und andere Personen, die sich in der Wohnung aufhalten. Im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung müssten aber auch die von der Kl. dargestellten Vorzüge berücksichtigt werden, die mit einer Fernwartung nicht nur für sie, sondern auch für die Mieter verbunden sind. In diesem Zusammenhang hätte sich der Bf. auch mit der Auslegung der zu Grunde liegenden mietrechtlichen Bestimmungen und der hierzu ergangenen Rechtsprechung auseinandersetzen müssen. Nach der gesetzlichen Regelung liegt die **Dispositionsbefugnis über die einzubauende Marke der Rauchwarnmelder**, die Anzahl der benötigten Geräte und das zu beauftragende Fachunternehmen grundsätzlich beim Vermieter (vgl. Eisenschmid in Schmidt-Futterer, MietR, 12. Aufl. 2015, § 555 b Rn. 128 m.w.N.). Er kann sich nach der zunächst maßgeblichen Auslegung der Fachgerichte bei einem Mehrfamilienhaus insbesondere darauf berufen, dass durch die einheitliche Ausstattung mit einem bestimmten Gerät der Einbau und die spätere Wartung von Rauchwarnmeldern für das gesamte Gebäude „in einer Hand“ gebündelt und damit ein hohes Maß an Sicherheit gewährleistet werde; danach soll bezogen auf jede einzelne Mietwohnung die **Annahme einer nachhaltigen Verbesserung der Wohnverhältnisse** i.S.v. § 555 b Nr. 4 und 5 BGB gerechtfertigt sein (vgl. BGH, NJW 2015, 2488 = NZM 2015, 588 Rn. 13). Auch hierauf geht die Verfassungsbeschwerde nicht ein.“ (BVerfG aaO.)

Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

BGB

§ 626

**Außerordentliche Kündigung**

ArbeitsR

**Langjährige Arbeitsverhinderung aufgrund einer Strafhaft**

(BAG in BB 2016, 765; Urteil vom 22.10.2015 – 2 AZR 381/14)

1. Die **langjährige Arbeitsverhinderung aufgrund einer Strafhaft** kann einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist darstellen.
2. Die Zustimmungsfiktion des § 91 III 2 SGB IX greift auch bei einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist ein.

**Fall:** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Der 1960 geborene, einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellte Kläger war seit 1989 als Verwaltungsfachwirt beim Landesbetrieb Straßenbau des beklagten Landes beschäftigt. Sein Arbeitsverhältnis war nach § 34 TV-L ordentlich unkündbar.

Mit rechtskräftigem Urteil des Landgerichts Aachen aus dem Juli 2011 wurde der Kläger wegen schweren sexuellen Missbrauchs und Vergewaltigung in jeweils mehreren Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt. Seit dem 18.02.2013 befindet er sich in Strafhaft. Mit Schreiben vom 26.02.2013 bat das beklagte Land den Gesamtpersonalrat des Landesbetriebs Straßenbau um Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist. Der Gesamtpersonalrat stimmte der beabsichtigten Maßnahme am 28.02.2013 zu.

Unter dem 01.03.2013 beantragte das beklagte Land beim Integrationsamt die Zustimmung zu einer solchen Kündigung. Mit einem Schreiben vom 18.03.2013, dem eine Widerspruchsbelehrung beigelegt war, "bestätigte" das Integrationsamt, dass die Zustimmung gemäß § 91 III 2 SGB IX als erteilt gelte. Mit Schreiben vom 19.03.2013 kündigte das beklagte Land das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich mit Auslauffrist zum 30.09.2013. Ist die Kündigung wirksam?

„Es besteht ein wichtiger Grund i.S.v. § 34 II TV-L i.V.m. § 626 I BGB für eine **außerordentliche Kündigung mit - notwendiger - Auslauffrist**.

Ein **personenbedingter Grund** für eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses liegt grundsätzlich - unbeschadet einer abschließenden Interessenabwägung - zumindest dann vor, wenn der Arbeitnehmer im Kündigungszeitpunkt noch **eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren** zu verbüßen hat und eine vorherige Entlassung nicht sicher zu erwarten steht. In einem solchen Fall kann dem Arbeitgeber **regelmäßig nicht zugemutet werden**, lediglich Überbrückungsmaßnahmen zu ergreifen **und auf eine dauerhafte Neubesetzung des Arbeitsplatzes zu verzichten**. Dabei ist u.a. bedeutsam, dass bei zunehmender Haftdauer die Verwirklichung des Vertragszwecks in Frage gestellt wird. Eine mehrjährige Abwesenheit des Arbeitnehmers geht typischerweise mit einer Lockerung seiner Bindungen an den Betrieb und die Belegschaft sowie dem Verlust von Erfahrungswissen einher, dass aus der täglichen Routine resultiert. Dementsprechend muss der Arbeitgeber bei der Rückkehr eines langjährig inhaftierten Arbeitnehmers mit Einarbeitungsaufwand rechnen (vgl. BAG 23.05.2013 - 2 AZR 120/12 - Rn. 20 ff., insbes. Rn. 37; 24.03.2011 - 2 AZR 790/09 - Rn. 12 ff., insbes. Rn. 23; 25.11.2010 - 2 AZR 984/08 - Rn. 11 ff., insbes. Rn. 25, BAGE 136, 213).

Bei einer **haftbedingten Arbeitsverhinderung** kommt auch eine außerordentliche Kündigung eines tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers **mit einer der - fiktiven - ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslauffrist** in Betracht. Ein "an sich" wichtiger Grund i.S.v. § 626 I BGB für eine solche Kündigung besteht jedenfalls dann, wenn die vorübergehende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung i.S.v. § 275 I BGB mit einer "endgültigen" Unmöglichkeit gleichzusetzen ist. Ein zeitweiliges Erfüllungshindernis kommt einem dauernden gleich, wenn die Erreichung des Vertragszwecks durch die vorübergehende Unmöglichkeit in Frage gestellt wird und deshalb dem Vertragspartner nach dem **Grundsatz von Treu und Glauben unter Abwägung der Belange beider Vertragsteile** die Einhaltung des Vertrags nicht zugemutet werden kann (BGH 08.05.2014 - VII ZR 203/11 - Rn. 23, BGHZ 201, 148; siehe auch Picker RdA 2012, 40, 45). Das ist bei einem Dauerschuldverhältnis wie dem Arbeitsverhältnis wenigstens dann der Fall, wenn **die vom Arbeitnehmer selbst zu vertretende Arbeitsverhinderung zu einer kompletten Entfremdung von Betrieb, Belegschaft und Arbeitsaufgaben führt** und sich deshalb die "Wiederaufnahme" der Tätigkeit lediglich formal als Fortsetzung ein und desselben Arbeitsverhältnisses darstellt. So liegt es regelmäßig dann, wenn die Dauer von zwei Jahren Freiheitsstrafe, die dem Arbeitgeber die Vornahme von Überbrückungsmaßnahmen zur Vermeidung einer ordentlichen Kündigung in jedem Fall unzumutbar macht, um ein Mehrfaches überschritten wird.

Danach sind die Voraussetzungen des § 626 I BGB für eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist erfüllt. [wird ausgeführt]“ (BAG aaO.)

BGB  
§ 563 II 4

**Eintritt in das Mietverhältnis nach dem Tod des Mieters  
Exklusive Haushalts- oder Lebensgemeinschaft nicht notwendig  
(LG Berlin in ZMR 2016, 289; Beschluss vom 17.12.2015 – 67 S 390/15)**

MietR

§ 563 II 4 BGB erfordert für den Eintritt in das Mietverhältnis nach dem Tod des Mieters lediglich, dass zuvor von dem Eintrittswilligen und dem Mieter **ein auf Dauer angelegter Haushalt** geführt wurde; einer **exklusiven Haushalts- oder Lebensgemeinschaft**, die keine weiteren Bindungen gleicher Art zulässt, **bedarf es nicht** (hier: Vater-Sohn-ähnliches Verhältnis).

„Gemäß § 563 II 4 BGB treten Personen, die **mit dem Mieter einen auf Dauer angelegten Haushalt** führen, mit dem Tod des Mieters in das Mietverhältnis ein, wenn nicht der Ehegatte oder Lebenspartner eintritt. Diese Voraussetzungen hat der Beklagte erfüllt, da der Eintritt eines Ehegatten oder Lebenspartners nicht erfolgt ist und der verstorbene Mieter seit dem Jahre 1995 bis zu seinem Tode über nahezu 20 Jahre gemeinsam mit dem 26 Jahre jüngeren Beklagten in der streitgegenständlichen Wohnung gelebt hat und über **ein enges und von gegenseitiger Fürsorge geprägtes, der Beziehung zwischen einem Vater und seinem Sohn ähnelndes Verhältnis** mit diesem verbunden war. Dass der Beklagte mit dem verstorbenen Mieter in der von ihm behaupteten Form einen auf Dauer angelegten Haushalt geführt hat, steht aufgrund der aufwändigen und überzeugenden Beweiserhebung fest.

Soweit die Berufung rügt, ein Eintritt des Beklagten nach § 563 II 4 BGB scheide aus, da er **mit dem verstorbenen Mieter keine intime Liebesbeziehung geführt** habe, vermag sie damit nicht durchzudringen, auch wenn zum Teil vertreten wird, § 563 II Satz 4 BGB verlange über seinen Wortlaut hinaus das Bestehen einer Lebensgemeinschaft, die keine weiteren Bindungen gleicher Art zulasse (vgl. zum Meinungsstand Streyl, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 563 Rn. 35 f. m.w.N.):

Zwar ist der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung davon ausgegangen, dass § 563 II 4 BGB eine Lebensgemeinschaft erfordert, „die auf Dauer angelegt ist, keine weiteren Bindungen gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Füreinander eintreten begründen, die über eine reine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen“ (BT-Drucks 14/4553, S. 61). Das führt aber nicht zu einer Auslegung der Vorschrift im von der Berufung verstandenen Sinne.

Den **Gesetzesmaterialien**, die bei der Auslegung eines Gesetzes ohnehin nur mit Vorsicht heranzuziehen sind (vgl. BVerfG, Ur. v. 16.02.1983 – 2 BvE 1/83, 2 BvE 2/83, 2 BvE 3/83, 2 BvE 4/83, BVerfGE 62, 1, 45; BGH, Ur. v. 01.07.2014 – VI ZR 546/13, MDR 2014, 425 Tz. 15), lässt sich **nicht mit der gebotenen Gewissheit** entnehmen, dass der historische Gesetzgeber von einer den Gesetzeswortlaut verengenden Reichweite des § 563 II 4 BGB ausgegangen ist. Denn ihm hat für das Bestehen eines auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushaltes ausweislich der Gesetzesbegründung gleichzeitig „auch das **dauerhafte Zusammenleben alter Menschen als Alternative zum Alters- oder Pflegeheim**“ ausgereicht (BT-Drucks. 14/4553, aaO.). Derart begründete Haushalts- und Lebensgemeinschaften sind aber gerade nicht von einer Exklusivität gekennzeichnet, die „keine weiteren Bindungen gleicher Art zulässt“.

Davon abgesehen kommt der Gesetzesbegründung für die Auslegung des § 563 II 4 BGB im streitgegenständlichen Zusammenhang ohnehin keine erhebliche Bedeutung zu, da die in den Gesetzesmaterialien angedeutete Exklusivität der Haushalts- und Lebensgemeinschaft **im Gesetz keinen hinreichenden Niederschlag** gefunden hat. Die vorrangig am objektiven Sinn und Zweck des Gesetzes zu orientierende Auslegung kann nämlich nicht durch Motive gebunden werden, die im Gesetzgebungsverfahren zwar dargelegt wurden, im Gesetzeswortlaut aber keinen Ausdruck gefunden haben (st. Rspr., vgl. nur BGH, Besch. v. 19.04.2012 – I ZB 77/11, ZUMRD 2012, 587 Tz. 29 m.w.N.). So aber läge der Fall hier, wenn der – ohnehin nicht zweifelsfrei feststellbare – Wille des Gesetzgebers im von der Berufung verstandenen Sinne zur Auslegung des § 563 II 4 BGB herangezogen würde, ohne dass das Erfordernis einer Exklusivität der Haushalts- und Lebensgemeinschaft im Gesetz selbst auch nur andeutungsweise zum Ausdruck gekommen ist.

Die Voraussetzungen des § 563 II 4 BGB wären hier aber selbst dann erfüllt, wenn dafür eine derart exklusive Beziehung zwischen dem Mieter und dem Eintretenden erforderlich wäre, die „keine weiteren Bindungen gleicher Art zulässt“. Das Amtsgericht hat eine auch nach diesem einschränkenden Gesetzesverständnis hinreichend nahe und exklusive Beziehung zwischen dem Beklagten und

dem verstorbenen Mieter zutreffend bejaht, indem es nach einer umfangreichen Beweiserhebung verfahrensfehlerfrei davon ausgegangen ist, dass **der verstorbene Mieter dem Beklagten ein enger väterlicher Freund gewesen sei**, der mit dem Beklagten nach den übereinstimmenden Bekundungen der Zeugen „**wie in einer Partnerschaft**“, „**beide als Einheit**“, „**wie in einer Symbiose**“, „**sehr eng, sehr verknüpft in sämtlichen Bereichen**“ über nahezu 20 Jahre in der streitgegenständlichen Wohnung gelebt habe, wobei es für beide – spätestens nach dem Tod ihrer Mütter – keine Person gegeben habe, die ihnen jeweils näher stand. Das Amtsgericht hat außerdem zutreffend festgestellt, dass die Beziehung zwischen dem Beklagten und dem verstorbenen Mieter, die sich nach den ebenfalls glaubhaften zeugenschaftlichen Bekundungen beide „**als zwei einsame Seelen gefunden haben, die ohne weiteren familiären Kontakt waren**“, in der letzten Phase dadurch geprägt gewesen sei, dass der Beklagte den mittlerweile schwer erkrankten Mieter bis zu dessen Tod aufopferungsvoll gepflegt habe. Diese bereits danach **ausreichend enge Bindung** haben beide zudem dadurch bekräftigt, dass sich der Mieter in der von ihm errichteten Patientenverfügung den Beklagten als Beistand gewünscht und ihn sogar **testamentarisch zu seinem Alleinerben eingesetzt** hat. Davon ausgehend hat das Amtsgericht ebenso rechtsfehlerfrei die gemeinsame Haushaltsführung und die zwischen dem Beklagten und dem verstorbenen Mieter bis zu dessen Tode währende Freundschaft für den Eintritt des Beklagten in das Mietverhältnis genügen lassen. Es hat dazu zutreffend ausgeführt, dass es sich – abgesehen von für das Eintrittsrecht nicht maßgeblichen geschlechtlichen Beziehungen (vgl. dazu BT-Drucks. 14/4553, aaO.) – keine Konstellation vorstellen könne, in der sich Menschen näherstehen könnten. Das kann die Kammer auch nicht. Damit untersteht der Beklagte dem **uneingeschränkten Schutz des § 563 II 4 BGB**.“ (LG Berlin aaO.)

BGB  
§ 626

### Außerordentliche Kündigung Unerlaubte Herstellung digitaler Kopien am Arbeitsplatz

ArbeitsR

(BAG in BB 2016, 505; Urteil vom 16.07.2015 – 2 AZR 85/15)

1. Ein Arbeitnehmer, der dienstliche Computer ohne Erlaubnis dazu benutzt, **unter Umgehung eines Kopierschutzes Vervielfältigungen privat beschaffter Musik- oder Film-CDs/DVDs** herzustellen, verletzt seine arbeitsvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme erheblich. Ein solches Verhalten ist - zumal dann, wenn der Arbeitnehmer für die Anfertigung der Kopien dem Arbeitgeber gehörende CD/DVD-Rohlinge verwendet - grundsätzlich geeignet, eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Das gilt unabhängig von einer möglichen Strafbarkeit der damit verbundenen "Brenn"- und Kopiervorgänge.
2. Die Rechtfertigung einer Kündigung wegen einer tatsächlichen Pflichtverletzung ("**Tatkündigung**") hängt allein davon ab, ob im Kündigungszeitpunkt **objektiv Tatsachen** vorliegen, die zu der Annahme berechtigen, dem Kündigenden sei die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** - im Fall der außerordentlichen Kündigung auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - **unzumutbar**. Eine umfassende Aufklärung des Sachverhalts liegt bei der "Tatkündigung" im eigenen Interesse des Arbeitgebers. Unterlässt er sie, trägt er im Prozess das Risiko, die (schuldhaft) Pflichtverletzung nicht nachweisen zu können.
3. Die **Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess** ist abgestuft, soweit es um Gründe geht, die das Verhalten des Arbeitnehmers entlasten oder entschuldigen könnten. Der Arbeitgeber darf sich zunächst darauf beschränken, den objektiven Tatbestand einer Pflichtverletzung vorzutragen. Er muss nicht jeden erdenklichen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund ausschließen. Vielmehr ist es **Sache des Arbeitnehmers**, für das Eingreifen solcher Umstände **zumindest greifbare Anhaltspunkte aufzuzeigen**. Der Arbeitgeber muss erst bei substantiiertem Einlassung des Arbeitnehmers beweisen, dass dessen Behauptungen nicht zutreffen. Das gilt erst recht, wenn der Arbeitgeber außerhalb des fraglichen Geschehensablaufs steht, während der Arbeitnehmer aufgrund seiner Sachnähe die wesentlichen Tatsachen kennt. In einem solchen Fall kann schon auf der Ebene des objektiven Kündigungstatbestands eine sekundäre Darlegungslast des Arbeitnehmers eingreifen.
4. Die Kündigung eines Arbeitnehmers, der seine arbeitsvertraglichen Pflichten in gemeinschaftlichem **Zusammenwirken mit einem Beamten** verletzt hat, ist nicht deshalb unwirksam, weil der Arbeitgeber nicht zugleich die Entlassung des Beamten aus dem Dienst betreibt oder doch andere disziplinarische Maßnahmen diesem gegenüber ergreift. Für eine (**analoge**) **Heranziehung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes** ist insoweit kein Raum. Selbst im Verhältnis von Arbeitnehmern untereinander scheidet dessen Anwendung bei verhaltensbedingten Kündigungen grundsätzlich aus.
5. Der Kündigungsberechtigte, der Anhaltspunkte für ein strafbares Verhalten des Arbeitnehmers hat, kann grundsätzlich den **Fortgang eines laufenden Straf- und/oder Ermittlungsverfahrens abwarten**. Kündigt er in einem solchen Fall zu einem nicht willkürlich gewählten späteren Zeitpunkt, reicht dies zur Wahrung der Frist des § 626 II BGB regelmäßig aus. Diese Möglichkeit des Zuwartens schränkt den Arbeitgeber in der Wahl seiner Mittel zur Sachaufklärung nicht ein. Es steht ihm frei, eigene Ermittlungen anzustellen und die Strafverfolgungsbehörden nicht oder nicht unmittelbar einzuschalten. **Auch "private" Ermittlungen hemmen** - zügig vorangetrieben - den **Lauf der Zwei-Wochen-Frist**.

BGB  
§ 823 I

### Haftung für Verletzungen Regelverstoß im Fußballspiel

DeliktsR

(OLG Koblenz in NJW-RR 2016, 536; Hinweisbeschluss vom 17.07.2015 – 3 U 382/15)

1. Beim Fußballsport ist eine Haftung für Verletzungen gegeben, wenn ein **schuldhafter Regelverstoß** zu einer Verletzung führt. Wegen der beim Fußballspiel im Kampf um den Ball unvermeidlichen körperlichen Einwirkung auf den Gegner ist ein Schuldvorwurf auch bei objektivem Regelverstoß erst dann berechtigt, wenn die durch den Spielzweck **gebotene Härte die Grenze zur Unfairness überschreitet** (in Anknüpfung an BGH, NJW 2010, 537). Diese Grundsätze gelten in gleicher Weise für ein Spiel der „Alten Herren“.
2. Bei einem **Tritt in Richtung des Kopfes** eines Gegenspielers sind **höhere Anforderungen** an das Fairnessgebot und die erforderliche Sorgfalt zu stellen. Für die Annahme eines die Haftung auslösenden Verhaltens muss das Gericht aber im Einzelfall davon überzeugt sein, dass die **Grenze zur Unfairness überschritten** ist.

3. Eine die Haftung auslösende **gravierende Regelwidrigkeit** scheidet in der Regel aus, wenn eine **realistische Chance bestand, den Ball zu erreichen** (im Anknüpfung an OLG Köln, Urt. v. 27.05.2010 – 19 U 32/10, BeckRS 2011, 04662; OLG Stuttgart, MDR 2000, 1432 = BeckRS 2000, 30121912).
4. Ob das Verhalten des schädigenden Spielers die Grenze zur Unfairness überschreitet, kann **nur aus der Sicht des Augenblicks** beurteilt werden und nicht danach, welche Folgen entstanden sind. Allein die Verletzungsfolgen begründen noch keinen Anscheinsbeweis für eine haftungsbegründende Sorgfaltspflichtverletzung oder ein schuldhaftes Verhalten.

StGB  
§ 211 II

**Heimtückemord  
Ausnutzungsbewusstsein**

StR BT

(BGH in NStZ 2016, 148; Beschluss vom 26.11.2015 – 1 StR 538/15)

Nach der Rspr. des BGH ist bei **erhalten gebliebener Einsichtsfähigkeit** die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem **Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, im Regelfall nicht beeinträchtigt** ist.

„Die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB hat Bestand, obwohl die **Bewertung der Anlasstat** insoweit rechtlicher Überprüfung nicht Stand hält, als sie auch als **versuchter Mord unter Verwirklichung des Merkmals der Heimtücke** (in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung) gewertet worden ist.

Das LG hat die Feststellung, der Beschuldigte habe trotz der bei der Tat sicher **erheblich verminderten und nicht ausschließbar vollständig aufgehobenen Steuerungsfähigkeit** mit dem erforderlichen Ausnutzungsbewusstsein gehandelt, **beweiswürdigend nicht ausreichend belegt**. Der GBA hat zwar im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend darauf hingewiesen, dass nach der Rspr. des BGH bei – wie hier – **erhalten gebliebener Einsichtsfähigkeit die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, im Regelfall nicht beeinträchtigt** ist (BGH Urt. v. 27.02.2008 – 2 StR 603/07, NStZ 2008, 510, 511 f. Rn. 4 m.w.N. und v. 10.02.2010 – 2 StR 391/09, NStZ-RR 2010, 175, 176). Im Hinblick auf die konkreten Auswirkungen der bei dem Beschuldigten festgestellten, als **krankhafte seelische Störung** eingeordneten, **wahnhaften Störung** bedurfte es hier jedoch näherer Darlegungen, warum er trotz dieser Störung mit Ausnutzungsbewusstsein gehandelt hatte. Daran fehlt es.

Da das LG aber die Voraussetzungen eines **versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung** rechtsfehlerfrei festgestellt hat, verbleibt es bei der Anordnung der Maßregel. Denn damit liegt eine **Anlasstat** vor, die angesichts ihrer konkreten Ausgestaltung **ohne Weiteres Grundlage der Unterbringung gemäß § 63 StGB** sein kann (vgl. BGH Beschl. v. 27.08.2003, NStZ-RR 2004, 10, 11, v. 10.09.2002 – 1 StR 337/02, NStZ-RR 2003, 11, 12 sowie v. 05.03.1999 – 2 StR 518/98).“ (BGH aaO.)

StGB

**Betäubungsmitteldelikte**

StR AT

§§ 29 I 1 Nr. 1, 29 a I Nr. 2

**Konkurrenzverhältnis von Handeltreiben und Besitz**

(BGH in NStZ-RR 2016, 82; Beschluss vom 03.12.2015 – 4 StR 430/15)

1. Nach der Rspr. des BGH verwirklicht der **gleichzeitige Besitz unterschiedlicher Betäubungsmittelmengen** den Tatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln **nur einmal**.
2. Dient der Besitz an den Betäubungsmitteln dem **Zweck der gewinnbringenden Weiterveräußerung**, tritt die **Strafbarkeit wegen Besitzes** hinter das unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln **zurück**.
3. Der **Besitz** hat deshalb **mangels Wertgleichheit nicht die Kraft**, selbständige, die Voraussetzungen des § 29 a I Nr. 2 BtMG erfüllende Taten des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge **untereinander zur Tateinheit zu verbinden**.
4. Besitzt der Täter Betäubungsmittel **teils zum Eigenkonsum und teils zu Handelszwecken**, geht lediglich der Besitz an der zum Handel bestimmten Betäubungsmittelmenge im Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auf, während es **für die Eigenbedarfsmenge** bei der **Strafbarkeit wegen unerlaubten Besitzes** von Betäubungsmitteln verbleibt. Zwischen dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und dem gleichzeitigen Besitz der davon nicht betroffenen Betäubungsmittelmenge besteht Tateinheit.

**Fall:** Das LG verurteilte den Angekl. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 3 Fällen und wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu der Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten, ordnete die Unterbringung des Angekl. in einer Entziehungsanstalt an und erkannte auf Verfall von Wertersatz i.H.v. 1.660 €.

Nach den Feststellungen bezog der Angekl. im Januar 2015 in 2 Fällen 30 und 33 g Heroingemisch mit einem Wirkstoffgehalt von jeweils mindestens 40 % Heroinbase. Während jeweils 10 g der beschafften Mengen dem Eigenkonsum dienten, streckte der Angekl. das übrige Heroingemisch auf das Doppelte und verkaufte es gewinnbringend an verschiedene Abnehmer weiter (Taten II.2. und 3. der Urteilsgründe). Bei einer weiteren Beschaffungsfahrt am 23.01.2015 erwarb der Angekl. von seinem Lieferanten 68,35 g Heroingemisch mit einem Wirkstoffgehalt von 48 % Heroinbase, von welchem wiederum 10 g für den Eigenkonsum und 58,35 g zur gewinnbringenden Weiterveräußerung bestimmt waren (Tat II.4. der Urteilsgründe). Nach der Festnahme des Angekl. wurden bei einer Durchsuchung am Arbeitsplatz des Angekl. zum Eigenkonsum bestimmte 14,87 g Heroinzubereitung mit einer Wirkstoffkonzentration von 44,8 % Heroinbase sichergestellt. Dieses Heroingemisch hatte der Angekl. an einem nicht näher bestimmbar Tag im Jahr 2014 erworben und in seinem Spind bereitgehalten, um etwaig auftretenden Entzugerscheinungen während der Arbeit entgegenwirken zu können und sich auf diese Weise arbeitsfähig zu halten (Tat II.5 der Urteilsgründe).

I. Verhältnis von Besitz und Handelstreiben bei Betäubungsmitteln

„Nach der Rspr. des BGH verwirklicht der **gleichzeitige Besitz unterschiedlicher Betäubungsmittelmengen den Tatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nur einmal** (vgl. BGH, Beschl. v. 25.02.2015 – 4 StR 516/14 = NStZ-RR 2015, 174 f.; v. 16.07.2013 – 4 StR 144/13 = NStZ 2014, 163; v. 17.03.2010 – 2 StR 67/10 Rn. 2 = NStZ 2011, 100; v. 12.10.2004 – 4 StR 358/04 = NStZ 2005, 228 f.; Urt. v. 01.08.1978 – 1 StR 173/78). Dient der Besitz an den Betäubungsmitteln dem **Zweck der gewinnbringenden Weiterveräußerung, tritt die Strafbarkeit wegen Besitzes hinter das unerlaubte Handelstreiben mit Betäubungsmitteln zurück** (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschl. v. 25.02.2015 – 4 StR 516/14 = NStZ 2015, 174; v. 02.10.2008 -3 StR 352/08 = NStZ-RR 2009, 58; v. 17.05.1996 – 3 StR 631/95 = BGHSt 42, 162 [165 f.] = NJW 1996, 2802 = NStZ 1996, 604). Der Besitz hat deshalb mangels Wertgleichheit nicht die Kraft, selbständige, die Voraussetzungen des § 29 a I Nr. 2 BtMG erfüllende Taten des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge untereinander zur Tateinheit zu verbinden (vgl. BGH, Beschl. v. 16.07.2013 – 4 StR 144/13 = NStZ 2014, 163; v. 17.05.1996 -3 StR 631/95 = BGHSt 42, 162 [165 f.] = NJW 1996, 2802 = NStZ 1996, 604; Weber, BtMG, 4. Aufl., § 29 Rn 1380). Besitzt der Täter Betäubungsmittel **teils zum Eigenkonsum und teils zu Handelszwecken**, geht lediglich der Besitz an der zum Handel bestimmten Betäubungsmittelmenge im Handelstreiben mit Betäubungsmitteln auf, während es **für die Eigenbedarfsmenge bei der Strafbarkeit wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln verbleibt**. Zwischen dem Handelstreiben mit Betäubungsmitteln und dem gleichzeitigen Besitz der davon nicht betroffenen Betäubungsmittelmenge besteht Tateinheit (vgl. BGH, Beschl. v. 25.02.2015 – 4 StR 516/14 = NStZ-RR 2015, 174 f.; v. 30.06.1998 – 1 StR 293/98 = StV 1998, 593; v. 30.11.1995 – 1 StR 578/95; v. 12.10.1990 – 1 StR 539/90; BGH, Beschl. v. 29.08.1984 – 2 StR 173/84 = NStZ [b. Schoreit] 1985, 58; Patzak, in: Körner/Patzak/ Volkmer, BtMG, 7. Aufl., § 29 Rn 108; Kotz, in: MüKo-StGB, 2. Aufl., § 29 BtMG Rn. 1209.“ (BGH aaO.)

II. Anwendung auf den Fall

„Danach hat das LG im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass der **Besitz** an den bei den 3 Beschaffungsfahrten jeweils **zum Eigenkonsum erworbenen nicht geringen Heroinmengen** in dem bereits durch die Aufbewahrung des im Jahr 2014 beschafften Heroinvorrats verwirklichten unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge aufgeht und daher Tat des unerlaubten nur der einheitliche Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 29 a I Nr. 2 BtMG gegeben ist. Die StrK hat aber übersehen, dass der Besitz an dem zum Eigenkonsum dienenden Heroin zu den Taten des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Idealkonkurrenz steht. Da eine **Verklammerung der Handeltaten ausscheidet**, hat sich der Angekl. somit des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 3 Fällen schuldig gemacht.“ (BGH aaO.)

GG  
Art. 6

**Anspruch auf Aufnahme in Gymnasium  
Kapazitätsvorbehalt**

ÖffR

(OVG Bremen in NVwZ-RR 2016, 265; Beschluss vom 08.09.2015 – 1 B 173/15)

„Für einen Anspruch auf Aufnahme in das Gymnasium H.er Straße ist unter diesen Umständen nichts ersichtlich. Das in Art. 6 I GG wurzelnde **Elternwahlrecht**, das in § 6 IV 1 BremSchVwG seine einfachgesetzliche Konkretisierung erfahren hat, findet **seine Grenze in der Aufnahmekapazität der jeweiligen Schule** und den im Gesetz verankerten **Aufnahmekriterien**, die, wie dargelegt, nach Leistung differenzieren.

Soweit die Ast. geltend machen, es gehe ihnen darum, dass ihr Sohn ein **Gymnasium statt einer Oberschule** besucht, müssen sie sich entgegenhalten lassen, dass es in ihrer Hand lag, für ihren Sohn den Besuch dieser Schulart zu ermöglichen (zu den Schularten Gymnasium und Oberschule vgl. §§ 16 I Nr. 1, 20 BremSchulG). Die Ag. hatte ihnen, nachdem ihr Sohn im Rahmen des Aufnahmeverfahrens keinem der angewählten Gymnasien (Gymnasium an der H.er Straße; Altes Gymnasium; H.-B.-Gymnasium) zugeordnet werden konnte, einen Schulplatz am A.-von-H.-Gymnasium oder auch am Gymnasium H. angeboten. Dieses Angebot haben die Ast. abgelehnt. Sie wurden damit keineswegs vor eine unzumutbare Alternative gestellt. Die bremischen Gymnasien sind **stadtweit anwählbar**. Die damit verbundenen **Schulwege** sind grundsätzlich auch i.S.v. § 6 I 2 BremSchVwG **zumutbar**. Sie müssen vor dem Hintergrund eines **gut funktionierenden großstädtischen Verkehrsnetzes** gesehen werden. Die Dauer der Schulwege, die vom VG ermittelt worden sind (A.-von-H.-Gymnasium: 51 Minuten; Gymnasium H.: 47 Minuten) bewegen sich jedenfalls noch innerhalb des für Schüler der 5. Jahrgangsstufe Zumutbaren (vgl. Rux/Niehues, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 180). Eine andere Frage ist, wie die Entscheidung der Eltern im Einzelfall ausfällt, wenn zwischen dem Besuch einer – wohnortnahen – Oberschule oder eines – wohnortfernen – Gymnasiums zu wählen ist. Diese Entscheidung gibt das Schulrecht aber nicht vor; sie ist von den Erziehungsberechtigten im Rahmen ihrer Elternverantwortung zu treffen.

Ein **Anspruch auf Besuch eines wohnortnahen Gymnasiums** – zudem noch unabhängig von den leistungsabhängigen Aufnahmekriterien – **besteht nicht**. Er ergibt sich weder aus der vom VG zitierten Rechtsprechung des BVerfG zum Elternrecht aus Art. 6 I GG noch aus dem bremischen Schulrecht. Stets kann es nur darum gehen, dass die nach pflichtgemäßem Ermessen an den verschiedenen Schulstandorten festgelegten Kapazitäten angemessen ausgeschöpft werden (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 08.09.2010 – 2 B 204/10, BeckRS 2016, 41872 und Beschl. v. 08.09.2014 – 1 B 228/14, BeckRS 2016, 41873). § 6 V Hs. 2 BremSchVwG, den das VG für verfassungswidrig hält, trifft eine Regelung für den Fall, dass die Aufnahmekapazitäten in einer bestimmten Schulart ausgeschöpft sind. Dann kann der Schüler einer anderen Schulart, die dieselbe abschließende Berechtigung vermittelt, zugewiesen werden.

Der Argumentation des VG ist zunächst entgegenzuhalten, dass diese Regelung im Falle der Ast. überhaupt nicht zur Anwendung gekommen ist, weil noch Schulplätze der Schulart Gymnasium zur Verfügung standen; am A.-von-H3Gymnasium und am Gymnasium H4. waren für das Schuljahr 2015/16 für die 5. Jahrgangsstufe noch Schulplätze frei. Unabhängig davon ist auch **nicht erkennbar, aus welchen Gründen** die Regelung – unter der Prämisse einer willkürfreien Verteilung und Ausschöpfung der vorhandenen Kapazitäten – **verfassungsrechtliche Bedenken** wecken sollte.“ (OVG Bremen aaO.)

(OVG Münster in ZMR 2016, 327; Urteil vom 04.11.2014 – 4 A 775/14)

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

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

Mit Schreiben vom 01.07.2013 mahnte die Beklagte gegenüber dem Kläger die Einhaltung des Rauchverbotes in seiner Gaststätte an. Für den Fall erneuter Zuwiderhandlung seien weitere Maßnahmen, insbesondere der Erlass einer Untersagungsverfügung, zu erwarten. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, das Rauchverbot in Gaststätten erfasse nicht nur den Konsum von Zigaretten und anderen Tabakwaren, sondern auch die Nutzung von E-Zigaretten sowie von Shisha-Pfeifen und Kräuterzigaretten. Das Nichtraucherschutzgesetz (NiSchG) NRW unterscheide nicht nach unterschiedlichen Produktgruppen. Nur durch eine solche Auslegung werde eine Umgehung des Gesetzeszweckes verhindert. Der Gesundheitsschutz der Bevölkerung genieße höchste Priorität. Ohne ein umfassendes Rauchverbot sei ein effektiver Vollzug des Nichtraucherschutzgesetzes nicht möglich, weil eine zweifelsfreie Prüfung der konsumierten Produkte, insbesondere neu entwickelter Produkte, vor Ort nicht stattfinden und damit ein Verstoß gegen das Rauchverbot nicht festgestellt werden könne.

„Der Konsum von E-Zigaretten **unterfällt nicht dem Rauchverbot** nach § 3 I NiSchG NRW. Das Nichtraucherschutzgesetz NRW erstreckt sich weder ausdrücklich auf die E-Zigarette noch enthält es eine Definition des Begriffs „Rauchen“, die ihren Konsum erfasst. Eine Ausweitung des Rauchverbots auf die E-Zigarette lässt sich auch nicht im Wege einer zulässigen Gesetzesauslegung begründen.“ (OVG Münster aaO.)

#### I. Nutzung einer E-Zigarette ist kein „Rauchen“

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

„Dem **Wortlaut** nach umfasst das Rauchverbot die Nutzung einer E-Zigarette nicht. Unter „Rauchen“ versteht man im allgemeinen und wissenschaftlichen Sprachgebrauch das **Einatmen des Rauchs**, der **bei dem Verbrennungsvorgang** (Pyrolyse) von Tabakwaren entsteht (vgl. OVG NRW, Urteil vom 17.09.2013, 13 A 1100/12; Kasper/Krüger/Stollmann, MedR 2012, 495, [500]; Müller, PharmR 2012, 137, [140] m.w.N.).

Bei dem Gebrauch der E-Zigarette kommt es weder zu einem Verbrennungsvorgang noch sind die zu verdampfenden Liquids Tabakwaren im Rechtssinne.

Eine **Pyrolyse findet** bei dem Konsum einer E-Zigarette **nicht statt**. Die Abluft einer E-Zigarette entsteht vielmehr durch Verdampfung einer Flüssigkeit („Liquid“), ohne dass es zu einem Verbrennungsprozess käme. Es handelt sich bei der Nutzung von E-Zigaretten regelmäßig auch nicht um den Konsum von Tabakprodukten. [wird ausgeführt]“ (OVG Münster aaO.)

#### II. Auslegung des § 3 I NiSchG NRW über den Wortlaut hinaus

„Eine über den Wortlaut hinausgehende extensive Auslegung ist nicht möglich. Die **Einbeziehung des Dampfens** einer E-Zigarette war zwar vom Änderungsgesetzgeber im Jahr 2012 **beabsichtigt**. Dies kommt im Gesetzestext aber **nicht hinreichend bestimmt zum Ausdruck**. Eine über den Wortlaut hinausgreifende Interpretation lässt sich auch nicht mit dem Sinn und Zweck des Nichtraucherschutzgesetzes NRW begründen [wird ausgeführt]... **Vollzugsprobleme** allein sind bereits grundsätzlich **nicht geeignet**, einen solchen **Grundrechtseingriff zu rechtfertigen**. Dass sie überhaupt zu erwarten wären, erschließt sich darüber hinaus nicht. Eine Unterscheidung zwischen einer E-Zigarette und einer herkömmlichen Zigarette ist bereits durch äußerliche Merkmale unproblematisch und zuverlässig zu treffen. Im Gegenteil dürften Vollzugsprobleme allenfalls dann entstehen, wenn E-Zigaretten partiell dem Nichtraucherschutzgesetz NRW unterfielen, soweit sie mit nikotinhaltenen Liquids befüllt sind. Für andere, ungefährliche Liquids kommt eine Einbeziehung von vornherein nicht in Betracht (vgl. dazu OVG NRW, Beschluss vom 01.08.2013, 4 B 608/13).“ (OVG Münster aaO.)

(OVG Münster in NVwZ-RR 2016, 376; Beschluss vom 19.11.2015 – 4 B 710/15)

**Fall:** Der Ast. wandte sich mit seinem Eilantrag gegen Ordnungsverfügungen der Ag. vom 26.03.2015, durch die ihm unter Anordnung der sofortigen Vollziehung untersagt wurde, in seinen Spielhallen 1 H. D. (Eingang vorne) bzw. 2 T. D. (Eingang hinten), einschließlich der jeweiligen Funktionsräume, einen EC-Kartenautomaten bereitzustellen.

„Maßgeblich für die Bestimmung der **räumlichen Reichweite des Verbots der Bereitstellung von EC-Kartenautomaten zur Bargeldabhebung** nach § 16 VI Nr. 2 NRWAG GlüStV ist in Folge der ausdrücklichen Bezugnahme dieser Norm auf § 16 I NRWAG GlüStV allein der dortige Begriff der Spielhalle. Spielhalle ist hiernach ein Unternehmen oder Teil eines Unternehmens im stehenden Gewerbe, das ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele i. S. d. § 33 c I 1 oder des § 33 d I 1 der Gewerbeordnung dient; Schank- und Speisewirtschaften sind keine Spielhallen.

Nach der **ständigen Rechtsprechung des BVerwG** ist der gewerberechtliche Begriff der Spielhalle aber dergestalt **raumbezogen**, dass die Erlaubnis dem Gewerbetreibenden für bestimmte Räume (Spiel-Räume) erteilt wird, in denen die **Geräte aufgestellt oder die Spiele veranstaltet** werden können (vgl. § 33 i II Nr. 2 GewO; BVerwG, NVwZ-RR 1989, 538 m.w.N.). Eine Spielhalle ist hiernach ein Raum, der **ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten** oder der Veranstaltung anderer Spiele dient (vgl. BVerwG, NVwZ 1992, 667).



Für den gewerberechlichen Spielhallenbegriff ist dagegen nicht kennzeichnend, dass eine selbstständige, in sich geschlossene räumlich-bauliche und organisatorische Einheit vorliegt, die auch bei natürlicher Betrachtungsweise als ein Betrieb angesehen werden kann (vgl. BVerwGE 70, 180 = NVwZ 1985, 269). Es spricht auch dagegen, dass sich unter den gewerberechlichen Begriff der Spielhalle in **Anknüpfung an betrieblich-organisatorische Zusammenhänge** Funktionsräume, wie z.B. ein Aufsichtsgang oder Toiletten (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1989, 538), fassen lassen, die lediglich als (gemeinsame) Einrichtungen der Betriebsfähigkeit mehrerer Spielräume dienen, welche ihrerseits als selbstständig erlaubnisfähige Spielhallen Gegenstand verschiedener Erlaubnisse nach § 33 i 1 GewO geworden sind.

Eine **Einbeziehung solcher Funktionsräume in den gewerberechlichen Spielhallenbegriff** stünde nämlich im Hinblick auf § 33 i II Nr. 2 GewO im Widerspruch zu der Annahme, dass diese Spiel-Räume isoliert, also ohne die organisatorische Einheit, die sie mit den Funktionsräumen bilden, Gegenstand einer Erlaubnis nach § 33 i 1 GewO sein können. Sie hätte zudem zur Folge, dass oftmals dieselben Funktionsräume begrifflich Bestandteil verschiedener Spielhallen wären.

Da davon auszugehen ist, dass § 16 I NRWAG GlüStV den gewerberechlichen Spielhallenbegriff aufnimmt, spricht hiernach Überwiegendes dafür, dass **Funktionsräume, die außerhalb eines Spiel-Raums liegen**, der isoliert als Spielhalle Gegenstand einer Erlaubnis nach § 33 i 1 GewO geworden ist, dieser Spielhalle (auch) nach § 16 I NRWAG GlüStV **nicht als Bestandteile zugerechnet** werden können. Im vorliegenden Falle sind die Spielhallen 1 und 2 unter dem 01.09.2010 jeweils als isolierte Spiel-Räume Gegenstand von Erlaubnissen nach § 33 i 1 GewO geworden. Dies wird u.a. dadurch deutlich, dass es in den Auflagen Nr. 4 zu diesen Erlaubnissen ausdrücklich heißt, dass sich der Aufsichtsbereich außerhalb der Spielhalle befindet.

Gegen die Annahme, dass zu einer Spielhalle i.S.d. § 16 I NRWAG GlüStV die entsprechenden Funktionsräume zählen, könnte schließlich die Regelung des § 16 II 1 NRWAG GlüStV sprechen, der in Übereinstimmung mit § 24 I GlüStV u.a. bereits die Errichtung einer Spielhalle dem Erlaubnisvorbehalt unterwirft. Denn insbesondere ist zweifelhaft, weshalb sich dieser Erlaubnisvorbehalt auf Funktionsräume erstrecken sollte, die als gemeinsame Einrichtungen zwar auch der Betriebsfähigkeit eines Spiel-Raums, überwiegend aber anderen gewerblicher Betriebsstätten dienen.“ (OVG Münster aaO.)

BayFwG

### Heranziehung zu Feuerwehreinsatzkosten Vorsorgliche Anwesenheit von Einsatzkräften

POR

Art. 28 I 1, II Nrn. 2 u. 5

(VGH München in NVwZ-RR 2016, 302; Beschluss vom 12.01.2016 – 4 ZB 15.2030)

Ein „Einsatz“ der Feuerwehr liegt auch dann vor, wenn die vorsorgliche Anwesenheit von Einsatzkräften erforderlich erscheint, weil eine objektiv gefahrenträchtige Situation noch nicht endgültig beseitigt ist.

**Fall:** Die Kl. wandte sich gegen zwei Leistungsbescheide des Bekl., mit denen sie zum Kostenersatz für Feuerwehreinsätze herangezogen worden ist. In beiden Fällen hatte ein Baggerfahrer der Kl. bei Bauarbeiten eine Gasleitung beschädigt, so dass die Freiwillige Feuerwehr des Bekl. alarmiert worden war. Die dazu erstellten Abrechnungsbögen, die den angegriffenen Bescheiden beigelegt waren, enthalten jeweils die Feststellung, die Feuerwehr habe die Schadensstelle abgesperrt und den Brandschutz übernommen bzw. sichergestellt. Gegen die Kostenbescheide erhob die Kl. jeweils Anfechtungsklage mit der Begründung, beim Eintreffen der Feuerwehr seien die schadhaften Leitungen in beiden Fällen bereits von Bediensteten der Kl. auf provisorische Weise abgedichtet gewesen und ein Monteur des zuständigen Versorgungsunternehmens sei mit den endgültigen Reparaturarbeiten beschäftigt gewesen. Die Freiwillige Feuerwehr habe daraufhin keine weiteren Maßnahmen ergriffen, so dass über das kostenfreie Ausrücken hinaus noch kein Einsatz stattgefunden habe.

„Richtig ist ... der Ausgangspunkt der klägerischen Argumentation, wonach das **bloße Eintreffen oder Verweilen** der Feuerwehr am (möglichen) Einsatzort noch **keinen kostenrechtlich relevanten „Einsatz“** darstellt. Wie der Senat in seinem Urteil vom 27.06.2012 (BayVGHE 65, 142) näher ausgeführt hat, unterscheidet die Kostengrundnorm des Art. 28 I 1 BayFwG zwischen dem „Ausrücken“ und den „Einsätzen“ der Feuerwehr, wobei für ein **bloßes Ausrücken** nur in den Falschalarmierungsfällen des Art. 28 II Nr. 5 BayFwG Kostenersatz gefordert werden kann. Der Zeitpunkt, an dem ein zunächst kostenfreies „Ausrücken“ in einen „Einsatz“ im kostenrechtlichen Sinne umschlägt, liegt im Beginn des unmittelbar der Brandbekämpfung oder Hilfeleistung dienenden Personal- und Geräteeinsatzes, nicht dagegen schon in der Ankunft am (mutmaßlichen) Brandobjekt und auch nicht in einer vor Ort durchgeführten Erkundung der Lage zum Zweck der Gefahrerforschung (VGH München, BayVGH BayVBI 2013, 149 m.w.N.).

Diese Grundsätze, die anlässlich eines von einer Brandmeldeanlage ausgelösten Fehlalarms entwickelt wurden, dürfen allerdings nicht dahingehend verstanden werden, dass **selbst in den Fällen einer objektiv (fort-)bestehenden Gefahrenlage** von einem „Einsatz“ erst bei aktivem Eingreifen der Feuerwehrleute gesprochen werden dürfte. Ein **unmittelbar der technischen Hilfeleistung** (Art. 28 II Nr. 2 BayFwG) **dienender Personaleinsatz** kann vielmehr schon dann vorliegen, wenn aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht der Feuerwehr die **vorsorgliche Anwesenheit von Einsatzkräften erforderlich erscheint**, weil eine gefahrenträchtige Situation noch nicht endgültig beseitigt ist. Dies ist insb. dann der Fall, wenn zwar die eigentliche Gefahrbehebung bereits durch andere Sicherheitsbehörden oder durch private Fachkräfte erfolgt, während dieses Vorgangs aber **mit technischen Fehlschlägen oder mit Störungen von außen gerechnet** werden muss, die ein sofortiges Eingreifen der Feuerwehr verlangen. Bei einer solchen **latenten Gefahrenlage**, die sich durch unvorhersehbare Ereignisse jederzeit aktualisieren kann, stellt auch die **passive Präsenz von Feuerwehreinsatzkräften** schon einen Einsatz dar, der eine Kostenforderung gegenüber dem Gefahrverursacher begründen kann.

Hiernach musste das VG in den vorliegenden Fällen vom Einsatzcharakter des Handelns der Feuerwehr ausgehen, ohne dass es dazu einer weiteren Sachaufklärung bedurfte. Denn nach dem übereinstimmenden Sachvortrag beider Bet. waren die **durch Baggerarbeiten entstandenen Schäden an den Gasleitungen** beim Eintreffen der Feuerwehr noch nicht wieder behoben; vielmehr hatten – nach provisorischen Schutzmaßnahmen seitens der Bauarbeiter – die eigentlichen Reparaturarbeiten durch Fachkräfte des Gasversorgungsunternehmens gerade erst begonnen. Während dieser Phase bestand noch ein gegenüber dem Normalzustand **deutlich erhöhtes Risiko des Gasaustritts mit der daraus resultierenden Explosions- und Brandgefahr**. Bereits dies rechtfertigte die weitere Beobachtung des Geschehens durch die anwesenden Feuerwehrleute unabhängig davon, ob darüber hinaus weitere sichtbare Maßnahmen etwa in Gestalt von Absperrungen vorgenommen wurden. Schon das **bloße Verfügbarhalten der Einsatzkräfte und der Löschfahrzeuge in unmittelbarer Nähe der abzudichtenden Leitungsstücke** trug unter den gegebenen Umständen zur Absicherung des Gefahrenbereichs bei und stellte insoweit einen Personal- und Geräteeinsatz im technischen Hilfsdienst dar, auch wenn – wie die Kl. vorträgt – noch keine konkreten Vorbereitungen für einen möglichen Löscheinsatz getroffen worden sein sollten. Angesichts des mit Gasunfällen generell verbundenen hohen Schadenspotenzials war der Einsatzleiter in beiden Fällen auch nicht verpflichtet, noch vor dem endgültigen Abschluss der Reparaturmaßnahmen Teile der ausgerückten Mannschaften oder einzelne Fahrzeuge von den Geschehensorten abzuziehen.“ (VGH München aaO.)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 36

### Unzulässige Gerichtsstandsbestimmung Nachträgliche Klageerweiterung auf weitere Beklagte

ZivilProzR

(OLG Hamm in NJW-RR 2016, 639; Beschluss vom 10.08.2015 – 32 SA 10/15)

§ 36 I Nr. 3 ZPO dient nicht dazu, nach **Erweiterung der Klage auf weitere Beklagte** ein für alle Beklagten gemeinsames Verfahren zu eröffnen, wenn ursprünglich ein **gemeinsamer Gerichtsstand bestanden** hat und **der Kl. diesen** – zum Beispiel in dem zunächst beantragten Mahnbescheid gegen einen Beklagten – **zunächst nicht gewählt** hat.

#### A. Prüfungswissen: Der Gerichtsstand, §§ 12 - 40, 281 ZPO

##### I. Gerichtsstand, §§ 12 - 40, 281 ZPO

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

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

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

##### 1. Ausschließlicher Gerichtsstand

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

##### 2. Allgemeiner Gerichtsstand

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

##### 3. Besonderer Gerichtsstand

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

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

##### II. Gerichtsstandsvereinbarung (sog. Prorogation)

Nach § 38 ZPO wird ein an sich unzuständiges Gericht des ersten Rechtszuges durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig, wenn die Vertragsparteien **Kaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts** oder **öffentlich-rechtliche Sondervermögen** sind.

Darüber hinaus ist die Prorogation nach § 40 II ZPO grundsätzlich nur zulässig bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten. Bei nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten hingegen

ist sie unzulässig, wenn diese den Amtsgerichten ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zugewiesen ist.

Schließlich kann eine Gerichtsstandsvereinbarung nach § 40 I ZPO nur im Hinblick auf ein bestimmtes, konkretes Rechtsverhältnis getroffen werden; anderenfalls ist sie unzulässig.

Immer unzulässig ist die Vereinbarung, wenn ein ausschließlicher Gerichtsstand vorliegt (z.B. § 24 ZPO bei dinglichen Ansprüchen, § 29a ZPO bei Miet- und Pachträumen, § 32a ZPO bei schädlichen Umwelteinwirkungen, § 802 ZPO bei den vollstreckungsrechtlichen Gerichtsständen).

### III. Gerichtsstandsbestimmung, § 36 ZPO (vgl. BeckOK ZPO/Toussaint ZPO § 36 Rn. 1-2)

Die gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen dienen der **Abgrenzung der Geschäftskreise der einzelnen Gerichte und Rechtspflegeorgane** (vgl. MüKo-ZPO/Wöstmann § 1 Rn. 6). Sie dürfen nicht dazu führen, dass bestehende Rechte nicht geltend gemacht werden können, weil ein zuständiges Gericht nicht gefunden werden kann. Die **Gewährleistung eines lückenlosen Rechtsschutzes** (vgl. Stein/Jonas/Roth Rn. 1) erfolgt über das Verfahren der (ober-) gerichtlichen Zuständigkeitsbestimmung nach den §§ 36, 37 (ähnl. Regelungen enthalten § 2 ZVG, § 5 FamFG). Dieses Verfahren dient dabei selbst nicht der Verwirklichung der Rechte und Ansprüche der Parteien, sondern der **vorbereitenden Findung des Gerichts**, dem diese Aufgabe demnächst obliegt (RGZ 125, 299 (312); BGHZ 19, 102 (106) = NJW 1956, 183 (184)). Ihm liegt der Gedanke zugrunde, einem die Rechtsverfolgung verzögernden **Streit der Gerichte untereinander** über ihre Zuständigkeit durch eine **bindende Zuweisung ein möglichst rasches Ende** zu machen (vgl. BGH NJW 2008, 3789 Rn. 10 m.w.N.).

Das zuständige Gericht wird durch das im Rechtszug zunächst höhere Gericht bestimmt:

1. wenn das an sich zuständige **Gericht** in einem einzelnen Fall an der Ausübung des Richteramtes **rechtlich oder tatsächlich verhindert** ist;
2. wenn es mit Rücksicht auf die **Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke** ungewiss ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei;
3. wenn **mehrere Personen**, die bei **verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand** haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstand verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist;
4. wenn die Klage in dem **dinglichen Gerichtsstand** erhoben werden soll und die Sache in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen ist;
5. wenn in einem Rechtsstreit **verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt** haben;
6. wenn **verschiedene Gerichte**, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich **rechtskräftig für unzuständig** erklärt haben.

### B. Unzulässige Gerichtsstandsbestimmung bei nachträglicher Erweiterung der Klage auf weitere Beklagte (vgl. OLG Hamm in: NJW-RR 2016, 639)

**Fall:** Die Kl. und Ast. beantragte bei dem AG Hagen als MahnGer. am 05.09.2012 einen Mahnbescheid gegen den Bekl. und Ag. zu 1 wegen einer behaupteten Forderung i.H.v. 5.864,16 € und Nebenforderungen aus einem Verkehrsunfall, der sich zwischen der ihr und dem Ag. zu 1 in C ereignete hatte. Der Ag. zu 1 führte nach dem Vorbringen der Ast. in der Klageschrift bei dem Verkehrsunfall den bei der Bekl. und Ag. zu 2 haftpflichtversicherten Pkw, dessen Halter und Eigentümer er ist. In dem Mahnbescheidsantrag benannte die Ast. das LG Bielefeld als Abgabegericht. Der Mahnbescheid wurde dem Ag. zu 1 am 20.02.2013 an dessen Wohnort in Herford zugestellt. Auf den Widerspruch des Ag. zu 1 wurde der Rechtsstreit an das LG Bielefeld abgegeben. Mit Schriftsatz vom 31.12.2014 begründete die Ast. zu 1 die Klage und erweiterte sie gleichzeitig gegen die Bekl. und Ag. zu 2, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in N und einer beteiligten Niederlassung in G, die vorgerichtlich eine Zahlung unter Hinweis auf den Verdacht einer vorsätzlichen Verursachung des Unfalls durch den Ag. zu 2 und ein laufendes Ermittlungsverfahren gegen ihn eine sofortige Zahlung abgelehnt hatte.

Das LG Bielefeld wies unter dem 05.01.2015 darauf hin, eine Zuständigkeit für die Klage gegen die Ag. zu 2 sei nicht ersichtlich. Mit Schriftsatz vom 22.01.2015 stellte die Ast. den Antrag auf Bestimmung des zuständigen Gerichts gem. § 36 I Nr. 3 ZPO, den sie damit begründete, sie habe den Mahnbescheid wegen der fraglichen Einstandspflicht der Ag. zu 2 zunächst nur gegenüber dem Ag. zu 1 beantragt.

Für die Entscheidung über den Antrag nach § 36 I Nr. 3 ZPO ist das nächsthöhere Gericht berufen, hier das OLG Hamm. Es wird eine Gerichtsstandsbestimmung vornehmen, wenn ein Fall des § 36 ZPO vorliegt. In Betracht kommt hier § 36 I Nr. 3 ZPO, wonach eine Gerichtsstandsbestimmung erfolgt, wenn **mehrere Personen, die bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand** haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstand verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist.

### **I. Kein gemeinschaftlicher allgemeiner Gerichtsstand**

Es kann davon ausgegangen werden, dass der Ag zu 2 seinen allgemeinen Gerichtsstand nicht im Gerichtsbezirk des LG Bielefeld hat.

### **II. Kein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand**

Der Verkehrsunfall ereignete sich in C. Es geht um Schadensersatzansprüche aus diesem Verkehrsunfall gegen alle Beklagten. Insofern ist der besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO für beide Beklagten eröffnet. Danach ist für Klagen aus unerlaubten Handlungen das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist.

*„[Es] bestand für den Rechtsstreit neben dem allgemeinen Gerichtsstand des Ag. mit Wohnsitz in I im Bezirk des LG Bielefeld ein Gerichtsstand gem. § 32 ZPO bei dem LG Paderborn, da der Verkehrsunfall sich in C. im Bezirk des LG Paderborn ereignete.“ (OLG Hamm aaO.)*

Es gibt daher einen gemeinschaftlichen besonderen Gerichtsstand für beide Beklagte.

### **III. Auswirkungen der Abgabebestimmung im Mahnbescheid.**

Fraglich ist, welche Auswirkungen es hat, wenn der Anspruchsinhaber, hier der Ast. zunächst ein Mahnverfahren gegen einen der Anspruchsgegner einleitet und hierbei als **Abgabegericht** dasjenige des **allgemeinen Gerichtsstandes des Antragsgegners**, hier das LG Bielefeld angibt, dann aber nachträglich die Klage auf einen weiteren Beklagten erweitert, mit dem der bisherige Beklagte keinen gemeinsamen allgemeinen Gerichtsstand hatte und nur ein besonderer Gerichtsstand eröffnet ist, der jedoch im Mahnbescheidsantrag als Abgabeort nicht bezeichnet wurde.

#### **1. Ausübung des Wahlrechts durch Benennung eines Abgabegerichts**

Sind für ein Verfahren mehrere Gerichtsstände eröffnet, von denen keiner ausschließlich ist, so hat der Kläger nach § 35 ZPO die Wahlmöglichkeit.

*„Hat ein Kl. im Mahnbescheidsantrag ein **zuständiges Abgabegericht benannt**, so hat er sein **Wahlrecht gem. § 35 ZPO ausgeübt** und ist grundsätzlich an die Wahl gebunden. Er kann eine Verweisung an ein anderes zuständiges Gericht nach Abgabe des Rechtsstreites nicht mehr erreichen, weil die **getroffene Wahl** für ihn mit der Zustellung des Mahnbescheids **verbindlich und unwiderruflich** geworden ist (Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 35 ZPO Rn. 3). Auch die Bestimmung eines anderen Gerichts im Wege der **Gerichtsstandsbestimmung** ist dann, nach dem Verlust des gemeinsamen Gerichtsstands, **nicht mehr möglich** (OLG Düsseldorf, OLGZ 1969, 442 [443]; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 36 ZPO Rn. 15).“ (OLG Hamm aaO.)*

#### **2. Ausnahmen von Verbindlichkeit der Benennung des Abgabegerichts**

Die Benennung eines Abgabegerichts im Mahnantrag hindert nur dann nicht eine Gerichtsstandsbestimmung, wenn Mahnanträge gegen mehrere Anspruchsgegner gestellt werden und kein gemeinsamer Gerichtsstand gegeben ist, also insofern auch eine entsprechende Abgabebestimmung nicht hätte getroffen werden können.

*„Anders liegt der Fall zwar, wenn ein gemeinsamer Gerichtsstand auf Beklagtenseite nicht gegeben ist und **verschiedene Bekl. zunächst im Mahnverfahren** in Anspruch genommen worden. Fehlt ein gemeinsamer besonderer Gerichtsstand, kann in der Angabe des für die Streitgenossen jeweils für die Durchführung des streitigen Verfahrens zuständigen Gerichts **keine nach § 35 ZPO bindende Gerichtsstandswahl** gesehen werden (BGH, NJW-RR 2013, 1531 [1532]). Dem liegt jedoch zu Grunde, dass der Kl. in diesen Verfahren **eine vorübergehende Trennung der Verfahren** im Hinblick*

auf die notwendige Angabe eines zuständigen Gerichts als Abgabegericht **nicht verhindern** kann (Senat, Beschl. v. 22.10.2012 – 32 SA 42/12, BeckRS 2012, 22065). **§ 36 I Nr. 3 ZPO dient** aber auch unter Berücksichtigung der Prozessökonomie **nicht dazu**, bei einem (**ursprünglich**) **vorhandenen gemeinsamen Gerichtsstand** für mehrere Bekl. nach Erweiterung der Klage auf weitere Bekl. für alle Bekl. ein gemeinsames Verfahren zu eröffnen, wenn ursprünglich ein gemeinsamer Gerichtsstand bestanden hat und der Kl. diesen in dem zunächst beantragten Mahnbescheid gegen einen Bekl. zur Abgabe gerade nicht gewählt hat.“ (OLG Hamm aaO.)

### 3. Anwendung auf den Fall

„Bei Stellen des Antrags auf Erlass des Mahnbescheids gegen den Ag. zu 1 bestand für den Rechtsstreit neben dem allgemeinen Gerichtsstand des Ag. mit Wohnsitz in I im Bezirk des LG Bielefeld ein Gerichtsstand gem. § 32 ZPO bei dem LG Paderborn, da der Verkehrsunfall sich in C. im Bezirk des LG Paderborn ereignete. Hatte die Ast. mithin zunächst jeweils das **Wahlrecht** gem. § 35 ZPO, hat sie dieses – bezogen auf den Ag. zu 1 – durch Angabe des LG Bielefeld Abgabegerichts im Mahnbescheid gem. § 690 I Nr. 5 ZPO **mit bindender Wirkung ausgeübt**.“ (OLG Hamm aaO.)

Die Ast. hat in dem Antrag auf Erlass des Mahnbescheids gegen den Ag. zu 1 als Gericht, an das der Rechtsstreit bei Widerspruch abzugeben sei, das LG Bielefeld angegeben.

„Dieses war bei Zustellung des Mahnbescheids am 20.02.2013 gem. § 12 ZPO auch zuständig. Denn der Ag. zu 1 hatte weiterhin seinen Wohnsitz im Landgerichtsbezirk Bielefeld, nämlich in I 1.“ (OLG Hamm aaO.)

Insofern liegt der hier zu beurteilende Fall nicht anders, als wenn der Ast. ohne vorausgegangenes Mahnverfahren unmittelbar Klage gegen den Ag. zu 1 vor dem Wohnsitzgericht erhoben hätte. Auch dann könnte er nicht durch die Klageerweiterung auf die Ag. zu 2 die Voraussetzungen einer Gerichtsstandsbestimmung herbeiführen.

„Der **Sonderfall**, dass einer klagenden Partei **erst nach Wahl des Gerichtsstands bekannt** wird, dass **weitere Schuldner** der Klageforderung vorhanden sind, die zusammen mit der bereits verklagten Partei in einem gemeinsamen besonderen Gerichtsstand verklagt werden könnten (dazu OLG München, v. 9.1.1978 – 22 AR 62/77 einerseits und KG, NJW-RR 2001, 62 andererseits), **liegt ebenfalls nicht vor**. Denn die Ast. hatte auch nach ihrem Vorbringen jedenfalls zum Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids am 20.02.2013 – bis zu dem sie ihr Wahlrecht noch ausüben und eine gemachte Angabe ändern konnte – Kenntnis aller Tatsachen, die die Haftung auch der Ag. zu 2 begründeten. Es stand der Ast. damit von vorneherein offen, Klage in dem für beide Ag. eröffneten Gerichtsstand der unerlaubten Handlung zu erheben. Dass sie zunächst allein den Ag. zu 1 in Anspruch genommen hat und in dem Verfahren gegen ihn den Gerichtsstand Bielefeld in Kenntnis der in Betracht kommenden Gesamtschuldnerschaft der Ag. zu 2 gewählt hat, ist allein ihr zuzurechnen.“ (OLG Hamm aaO.)

### IV. Ergebnis

Die Voraussetzungen für eine Bestimmung des Gerichtsstands liegen nicht vor.

StPO  
§§ 345 II, 346

## Revisionsbegründung im Strafverfahren Anforderungen an formwirksame Revisionsbegründung

StrafVerfR

(BVerfG in NJW 2016, 1570; Beschluss vom 07.12.2015 – 2 BvR 767/15)

1. Nach § 345 II StPO darf sich die **Mitwirkung des Verteidigers nicht in bloßer Beurkundung** der Revisionsbegründung erschöpfen, vielmehr muss er sich an ihr gestaltend beteiligen sowie die **Verantwortung dafür übernehmen**.
2. Der Verantwortungsübernahme steht weder generell der Zusatz „i.V.“ noch der Zusatz „nach Diktat verweist“ entgegen.

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Auslegung und Anwendung des § 345 II StPO. Der Bf. beanstandete, dass seine Revision gegen eine strafgerichtliche Verurteilung mangels formwirksamer Begründung als unzulässig verworfen wurde.

Das LG Frankenthal (Pfalz) verurteilte den Bf. in der Berufungsinstanz zu einer Freiheitsstrafe. Der Bf. legte durch seinen Verfahrensbevollmächtigten, der ihm als Pflichtverteidiger beigeordnet war, form- und fristgerecht Revision ein. Eine Ausfertigung des mit Gründen versehenen Berufungsurteils wurde dem Pflichtverteidiger zugestellt. Die fristgemäß beim LG eingegangene Revisionsbegründung war handschriftlich mit „i. V. R“ unterzeichnet. Beigefügt war der Zusatz „S K Rechtsanwalt (nach Diktat verweist)“. Aus dem Briefkopf des Schriftsatzes ergab sich, dass Rechtsanwalt R mit Rechtsanwalt K in Bürogemeinschaft tätig ist.

Der Vorsitzende der Berufungskammer des LG verwarf die Revision als unzulässig (§ 346 I StPO), da keine formwirksame Revisionsbegründung vorliege. Die Formulierung „i. V. R“ könne nur dahin verstanden werden, dass Rechtsanwalt R als Vertreter unterzeichnet habe und die volle Verantwortung für den Inhalt der Revisionsbegründung gerade nicht übernehmen wolle. Gegen diesen Beschluss beantragte der Bf. durch Rechtsanwalt K die Entscheidung des RevGer. (§ 346 II StPO). Den Antrag auf gerichtliche Entscheidung verwarf das OLG Zweibrücken (Beschl. v. 14.04.2015 – 1 OLG 1 Ss 18/15, BeckRS 2016, 04888) als unbegründet. Hiergegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde. Mit Erfolg?

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

### I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

#### 1. Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG)

Die Verfassungsbeschwerde ist dann einschlägig, wenn sich **der Bürger als dem Staat gegenüberstehend** gegen eine staatliche Maßnahme wendet. Dies ist hier der Fall.

#### 2. Beschwerdegegenstand (Art 93 1 Nr. 4a GG, §§ 90 I, 95 1 BVerfGG)

Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde ist ein **Akt öffentlicher Gewalt** (alle deutschen Staatsgewalten; damit auch gegen Gesetze). Hier wendet sich der Bf. gegen die für ihn nachteiligen gerichtlichen Entscheidungen. Urteile sind ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

#### 3. Beschwerdebefugnis, Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG

Der Beschwerdeführer muss behaupten, in einem seiner **Grundrechte** oder in einem seiner in Artikel 20 IV, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte **verletzt zu sein**.

##### a) Möglichkeit einer Rechtsverletzung

Eine Verletzung dieser Rechte dürfte demnach **nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen** sein, d.h. die angegriffene Maßnahme der öffentlichen Gewalt muss Rechtswirkungen äußern und geeignet sein, die Rechtspositionen des Beschwerdeführers zu seinem Nachteil zu verändern.

Hier könnte der Bf. in seinem Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz verletzt sein, der sich aus dem sich in Art. 20 III GG verankerten Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 2 i GG ergibt. Jedenfalls erscheint eine Verletzung durch die gerichtliche Auslegung des § 345 II StPO nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen.

**b) Unmittelbare Betroffenheit**

Über die Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinaus ist jedoch erforderlich, dass die Beschwerdeführer **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** betroffen sind.

**aa) Selbstbetroffenheit**

Ist immer dann ohne nähere Darlegung anzunehmen, wenn die Norm, die gerichtliche Entscheidung oder der Einzelakt sich an ihn selbst richtet. Hierbei muss eine Berufung auf eigene Grundrechte erfolgen. Ansonsten ist eine ausdrückliche Prüfung der Selbstbetroffenheit notwendig.

Da der Bf. hier gegen eine gerichtliche Entscheidung vorgeht, ist Selbstbetroffenheit ohne weiteres anzunehmen.

**bb) Gegenwärtigkeit**

Der Bf. muss **aktuell noch betroffen** sein, eine in der Zukunft liegende Betroffenheit reicht hingegen nicht aus. Auch dies ist angesichts der gegen ihn ergangenen Entscheidungen ohne weiteres gegeben.

**cc) unmittelbare Betroffenheit**

Diese besteht bei Gesetzen nur, wenn zur Herbeiführung der Betroffenheit ein Umsetzungsakt nicht mehr erforderlich ist; ansonsten muss der Umsetzungsakt abgewartet werden, wenn dies nicht zu nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen oder nicht nachholbare Dispositionen führt. Bei anderen Hoheitsakten besteht sie immer, also auch hier.

**4. Frist, § 93 BVerfGG**

Die Verfassungsbeschwerde ist innerhalb von einem Monat nach der belastenden Maßnahme zu erheben. Von der Einhaltung dieser Frist kann ausgegangen werden.

**5. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG**

Der Rechtsweg muss erschöpft sein. Etwas anderes gilt nach § 90 II 2 BVerfGG nur, wenn die Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

Fraglich ist daher, ob hier nicht noch eine Möglichkeit der Verwirklichung des Anspruchs auf wirkungsvollen Rechtsschutz durch einen Wiedereinsetzungsantrag möglich wäre.

„[Es] wäre ... dem Bf. **grundsätzlich möglich** gewesen, neben dem hier gestellten Antrag nach § 346 II 1 StPO – unter Beifügung einer nunmehr vom Verfahrensbevollmächtigten selbst unterschriebenen Revisionsbegründungsschrift – einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. §§ 44, 45 StPO zu stellen.“ (BVerfG aaO.)

Diese Möglichkeit müsste aber auch zumutbar gewesen sein.

**a) Unzumutbarkeit einer prozessualen Möglichkeit zur Abhilfe**

„[Die] Verweisung auf die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde [steht] unter dem **Vorbehalt der Zumutbarkeit einer anderweitigen prozessualen Möglichkeit zur Abhilfe** (vgl. BVerfGE 77, 275 [282] = NJW 1988, 1255; BVerfGE 134, 106 [115] m.w.N.). So kann ein Wiedereinsetzungsantrag nicht nur dann **unzumutbar** in diesem Sinne sein, wenn mit diesem **Rechtsbehelf** nichts hätte geltend gemacht werden können, was nicht schon Gegenstand der angegriffenen Entscheidung war (vgl. BVerfGE 77, 275 [282] = NJW 1988, 1255), sondern auch dann, wenn ein solcher **ungeeignet wäre, eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem als verfassungswidrig beanstandeten Verhalten herbeizuführen** (vgl. BVerfGE 77, 275 [283] = NJW 1988, 1255).“ (BVerfG aaO.)

**b) Anwendung auf den Fall**

Der Bf. hätte den Wiedereinsetzungsantrag nur mit einer **schuldlosen Hinderung an der formgerechten Einhaltung** der Revisionsbegründungsfrist nach § 345 I StPO begründen können. Hierbei hätte er sich nur darauf schützen können, dass aus seiner Sicht die Unterzeichnung der **Revisionsbegründungsschrift mit dem**

**Zusatz „i. V.“ zulässig** war, so dass die Revisionsbegründung dann wirksam innerhalb der Revisionsbegründungsfrist eingelegt worden wäre. Dies war jedoch bereits Gegenstand des Verwerfungsbeschlusses des LG und dementsprechend des Antrags nach § 346 II 1 StPO.

„Ein solcher **Antrag** wäre angesichts der in dem landgerichtlichen Verwerfungsbeschluss zu Tage getretenen Auffassung **nur aussichtslos**, er wäre auch **ungeeignet** gewesen, eine inhaltliche Auseinandersetzung des LG mit der Argumentation des Bf. herbeizuführen, zumal dem Gericht durch das Wiedereinsetzungsverfahren Gelegenheit gegeben werden soll, sich mit **sachlichem Vorbringen** der Beteiligten **auseinandersetzen**, das es **bisher nicht zur Kenntnis genommen** oder in Erwägung gezogen hat (vgl. BVerfGE 77, 275 [283] = NJW 1988, 1255). Der Bf. hatte aber bereits alles Notwendige in seinem Antrag nach § 346 II 1 StPO vorgetragen, so dass ein weiterer Erkenntnisgewinn für das Gericht aufgrund eines zusätzlichen Wiedereinsetzungsantrags nicht eingetreten wäre.

Selbst wenn der Bf. im Rahmen des Wiedereinsetzungsantrags zu dessen Begründung hätte geltend machen können, die rechtliche Fehleinschätzung seines Verteidigers sei ihm nicht bekannt gewesen, wäre ihm eine solche Vorgehensweise unzumutbar gewesen, weil dies das Eingeständnis seiner Säumnis bedeutet hätte. Die aus seiner Sicht **verfassungswidrige Überspannung der Formerfordernisse** durch das Fachgericht – in concreto die Nichtanerkennung der Unterschrift durch einen in Bürogemeinschaft tätigen Rechtsanwalt mit dem Zusatz „i. V.“ – wäre nicht (mehr) Gegenstand der Überprüfung im Wiedereinsetzungsverfahren gewesen und hätte vom Bf. – ohne inhaltliche Klärung – hingenommen werden müssen.“ (BVerfG aaO.)

Der Bf. konnte daher unmittelbar Verfassungsbeschwerde einlegen. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

## II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die gerichtliche Entscheidung den Bf. mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 2 I GG folgenden Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz nicht vereinbar ist.

### 1. Inhalt des Anspruchs auf wirkungsvollen Rechtsschutz

„Die Rechtsschutzgarantie gewährleistet nicht nur, dass überhaupt ein Rechtsweg zu den Gerichten offensteht. Ebenso wie Art. 19 IV 1 GG, dessen Anwendungsbereich auf die vollziehende öffentliche Gewalt beschränkt ist, **garantiert sie vielmehr auch die Effektivität des Rechtsschutzes** (vgl. BVerfGE 112, 185 [207] = NJW 2005, 1999 m.w.N.). Die Garantie effektiven Rechtsschutzes richtet sich namentlich an den die Verfahrensordnung anwendenden Richter. Das Gericht darf ein von der Verfahrensordnung eröffnetes **Rechtsmittel nicht ineffektiv** machen und für den Bf. **„leerlaufen“ lassen**. Das Rechtsstaatsgebot verbietet es dem Gericht, bei der Auslegung und Anwendung der verfahrensrechtlichen Vorschriften den Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen von **Voraussetzungen abhängig zu machen, die unerfüllbar oder unzumutbar sind** oder den Zugang in einer Weise erschweren, die aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigen ist (vgl. BVerfG NJW 2005, 1999 m.w.N.).“ (BVerfG aaO.)

### 2. Auswirkungen auf die Auslegung des § 345 II StPO durch das OLG

„Danach ist zwar die Auslegung und Anwendung des § 345 II StPO, wonach sich die **Mitwirkung des Verteidigers nicht in bloßer Beurkundung** der Revisionsbegründung erschöpfen darf und er sich vielmehr an ihr gestaltend beteiligen sowie die **Verantwortung dafür übernehmen** muss, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BVerfGE 64, 135 [152]). Die Revisionsgerichte sollen durch das in § 345 II StPO geregelte Formerfordernis vor einer **Überlastung durch unsachgemäßes Vorbringen Rechtsunkundiger** bewahrt werden, damit sie ihrem Aufgabenkreis, die Entscheidungen der Untergerichte auf Rechtsfehler zu überprüfen und zugleich die Einheit des Rechts zu sichern, genügen können; zudem soll so vermieden werden, dass Revisionen rechtsunkundiger Angeklagter schon von vornherein an Formfehlern oder sonstigen Mängeln scheitern (vgl. BVerfGE 64, 135 [152]; BGHSt 25, 272 [273] = NJW 1974, 655). Hiermit wäre es unvereinbar, wenn sich der **Verteidiger** den Inhalt der Begründungsschrift von einem nicht rechtskundigen Angeklagten vorschreiben ließe, aber gleichzeitig **zum Ausdruck brächte**, er wolle das **Vorgetragene nicht selbst verantworten**; eine derartige Begründung der Revision entspräche nicht den aus der gesetzlichen Regelung folgenden Formerfordernissen (vgl. BVerfGE 64, 135 [152]; BGHSt 25, 272 [274] = NJW 1974, 655).

Andererseits dürfen Zweifel an der Verantwortungsübernahme nicht allein daraus hergeleitet werden, dass der **unterzeichnende Rechtsanwalt zuvor nicht für den Beschuldigten tätig** geworden ist. Das Gesetz behält die Begründung der Revision gerade nicht dem Rechtsanwalt vor, der in dem Verfahren Verteidigeraufgaben wahrgenommen hat. Zweifel an der Verantwortungsübernahme sind auch dann nicht angezeigt, wenn ein **anderer Rechtsanwalt als der unterzeichnende die Begründung diktiert** hat. Denn das Erfordernis, den Schriftsatz zu verantworten, ist nicht gleichbedeutend mit dem Erfordernis, den Schriftsatz selbst zu verfassen. Auch wenn in einer Kanzlei ein Rechtsanwalt, der der eigentliche Sachbearbeiter ist, eine **Rechtsmittelbegründung entwirft** und dann – wie hier – **ein anderer bevollmächtigter Rechtsanwalt diesen Schriftsatz unterschreibt**, ist regelmäßig davon auszugehen, dass Letzterer sich den Inhalt des Schreibens zu eigen gemacht hat und dafür aufgrund eigener Prüfung die Verantwortung übernimmt. Den Zwecken



des § 345 II StPO ist damit Genüge getan. Anderes kann nur gelten, wenn der Unterzeichner sich im Schriftsatz oder auch an anderer Stelle **vom Inhalt distanziert** oder sich **sonst aus dem Inhalt der Schrift ergibt**, dass der Anwalt die **Verantwortung** dafür **nicht übernehmen** kann oder will (vgl. BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], NJW 1996, 713).“ (BVerfG aaO.)

### 3. Anwendung auf den Fall

#### a) Erklärungswert des Vertretungszusatzes

„Schon im Ausgangspunkt ist es **verfassungsrechtlich bedenklich**, dass sich das OLG nicht näher damit auseinandergesetzt hat, welchen **Erklärungswert und Aussagegehalt** es dem **Vertretungszusatz** beimisst. Die bloße mit dem Hinweis auf eine „überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung“ versehene Feststellung, dass der Zusatz nur den Schluss zulasse, Rechtsanwalt R wollte gerade nicht die volle Verantwortung für den Inhalt der Revisionschrift übernehmen, genügt in diesem Zusammenhang nicht. Der vom OLG eingenommene Standpunkt ist ... **mit dem Zweck des § 345 II StPO nicht zu vereinbaren**. Denn wurde die Revisionsbegründung – wie hier – von einem Rechtsanwalt gefertigt, ist dem Normzweck ersichtlich Genüge getan, **dass im Interesse des Rechtsmittelführers und des Revisionsgerichts ein sachgerechter Vortrag** erfolgt ist. An keiner Stelle der Revisionsbegründungsschrift wird deutlich, dass Rechtsanwalt K sich den Inhalt der Begründungsschrift von dem nicht rechtskundigen Bf. hat vorschreiben lassen und somit dessen Vorbringen ungeprüft beurkundet hat.“ (BVerfG aaO)

#### b) Keine Pflicht zur eigenen Verfassung durch unterzeichnenden Anwalt

„Dessen ungeachtet **überspannt** das OLG mit dem von ihm gefundenen Ergebnis die **Anforderungen** an eine zulässige Revisionsbegründung. Der Umstand, dass der Revisionsbegründungsschriftsatz nicht von dem unterzeichnenden Rechtsanwalt R selbst verfasst wurde, ist unerheblich. Es spricht grundsätzlich eine Vermutung dafür, dass der **Unterzeichner sich den Inhalt des Schreibens zu eigen gemacht** hat und dafür aufgrund eigener Prüfung die Verantwortung übernimmt. In diesem Zusammenhang kann sich die „**gestaltende Mitwirkung**“ darin erschöpfen, das von anderer Seite **Entworfenen gründlich zu prüfen** und gegebenenfalls **Änderungen vorzunehmen** (vgl. BGHSt 59, 284 = NJW 2014, 3320 [3322] = NSTZ-RR 2016, 22).“ (BVerfG aaO.)

#### c) Kein Entgegenstehen des Zusatzes i.V. bei handschriftlicher Unterzeichnung

„Der Zusatz „i. V.“ bei der handschriftlichen Unterzeichnung **steht** einer solchen **Verantwortungsübernahme** gleichfalls **nicht entgegen** und rechtfertigt für sich allein nicht die Annahme, dass der in Vertretung für einen anderen Rechtsanwalt Unterzeichnende eine Revisionsbegründungsschrift ungeprüft unterschrieben hat (vgl. BGHSt 59, 284 = NJW 2014, 3320 [3322] = NSTZ-RR 2016, 22). Der bloße Zusatz „i. V.“ (wie auch „für“) **belegt weder**, dass er sie **nicht dennoch gelesen** und ihren **Inhalt gebilligt** hat (vgl. OLG Köln, NSTZ-RR 2007, 57 [58]), noch dass er sich vom Inhalt der **Schrift distanzieren** und dem Gericht gegenüber **nur als Erklärungsbote** auftreten wollte (vgl. BGHSt 59, 284 = NJW 2014, 3320 [3322] = NSTZ-RR 2016, 22), wie dies etwa eine Unterzeichnung „im Auftrag“ nahelegt (vgl. BGH, NJW 1988, 210). Der hier verwendete Zusatz kann vielmehr ohne Weiteres dahin verstanden werden, dass der Unterzeichnende lediglich zum Ausdruck bringt, **vertretungsweise – hier nach § 53 BRAO – zu handeln** und dieses Vertretungsverhältnis kenntlich machen zu wollen (vgl. BGHSt 59, 284 = NJW 2014, 3320 [3322] = NSTZ-RR 2016, 22).“ (BVerfG aaO.)

#### d) Kein Entgegenstehen des Zusatzes „nach Diktat verreist“

„Auch der weitere Zusatz „nach Diktat verreist“ lässt sich **nicht als Distanzierung von dem Inhalt** der Revisionsbegründungsschriftsatzes **auffassen**. Zwar sieht sich das OLG insoweit im Einklang mit weiteren obergerichtlichen Entscheidungen, wonach der Zusatz „für den nach Diktat verreisten Rechtsanwalt“ darauf schließen lässt, dass der unterzeichnende Rechtsanwalt nicht der eigenverantwortliche Verfasser der Revisionsbegründung gewesen ist (vgl. OLG Frankfurt a. M., NSTZ-RR 2013, 355; OLG Hamm, NSTZ-RR 2001, 250; NSTZ-RR 2009, 381; NSTZ 2014, 728). Jedoch dürfen sich Zweifel an der Verantwortungsübernahme eben nicht (allein) daraus ergeben, dass der unterzeichnende Rechtsanwalt die Rechtsmittelbegründung nicht zuvor selbst verfasst hat. Selbst wenn also mit dem Zusatz „nach Diktat verreist“ nicht nur der Abwesenheit des Verfahrensbevollmächtigten, sondern auch der Tatsache Ausdruck verliehen werden sollte, dass die Revisionsbegründung allein von diesem diktiert und nicht von dem unterzeichnenden Rechtsanwalt R ausgearbeitet wurde, **steht dies einer Verantwortungsübernahme nicht entgegen**.“ (BVerfG aaO.)

#### e) Ergebnis

Nach diesen Maßstäben hat das OLG bei seiner Würdigung der Unterschriftzusätze Anforderungen an die Erfüllung des gesetzlichen Formerfordernisses gestellt, die sich durch die Zwecke des § 345 II StPO nicht mehr rechtfertigen lassen und den Zugang zum Rechtsmittelgericht in verfassungsrechtlich nicht hinnehmbarer Weise erschweren.

GG

**Schädigung eines Häftlings**

StrafVollzR

Art. 2 II, 3 I, 34

**Willkürliche Verneinung einer Amtspflichtverletzung**

(BVerfG in NJW 2016, 1081; Urteil vom 05.10.2015 – 2 BvR 2503/14)

1. Eine **Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG)** in seiner Dimension als **Willkürverbot** kommt in Betracht, wenn die **Anwendung der einschlägigen einfachrechtlichen Bestimmungen** und das dazu eingeschlagene Verfahren durch das Fachgericht **unvertretbar** ist oder ob sich der Schluss aufdrängt, dass seine Entscheidung **auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen** beruht.
2. Fehlerhafte Rechtsanwendung allein macht eine Gerichtsentscheidung nicht objektiv willkürlich. Schlechterdings unhaltbar ist eine fachgerichtliche Entscheidung vielmehr erst dann, wenn eine **offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt**, der Inhalt einer **Norm in krasser Weise missverstanden** oder sonst **in nicht mehr nachvollziehbarer Weise angewendet** wird.

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Verletzung einer Obhuts- und Verkehrssicherungspflicht von Amtswaltern gegenüber einem jugendlichen Untersuchungshäftling. Der Bf. wurde während der Untersuchungshaft in der Jugendstrafanstalt Berlin von einem anderen Mithäftling (im Folgenden: Schädiger) mehrfach mit einem Hammer geschlagen und dadurch schwer verletzt.

Mit Urteil vom 16.11.2011 hatte ihm das LG Berlin zunächst 80.000 € Schmerzensgeld und Schadensersatz aus Amtshaftung gegenüber dem Land Berlin zugesprochen (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG). Es war dabei zu der Überzeugung gelangt, dass das Land für die vom Anstaltsarzt schuldhaft verkannte extreme Gefährlichkeit des Schädigers und die damit verbundenen Verletzungen des Bf. einstehen müsse. Den Bediensteten der Jugendstrafanstalt hätte klar sein müssen, dass der Schädiger hoch gefährlich war und nicht mit anderen Insassen allein und ohne Aufsicht hätte untergebracht werden dürfen. Erst recht hätte er insoweit keinen Zugang zu Werkzeugen haben dürfen. Auf die Berufung des Landes hin änderte das KG die Entscheidung des LG ab und wies die Klage vollumfänglich ab. Dem Bf. stehe kein Amtshaftungsanspruch zu, weil es an einem vorwerfbaren Fehlverhalten der zuständigen Amtsträger fehle. Bei der unterlassenen Trennung des Schädigers von den übrigen Gefangenen habe es sich zwar um eine drittschützende Amtspflicht gehandelt; deren Verletzung sei allerdings nicht vorwerfbar. Nach der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Rechtslage (Nr. 22 V UVollzO) wäre eine Trennung von Gefangenen bei besonderem Gefährdungspotenzial gegenüber anderen Gefangenen angezeigt gewesen. Bei der für die Beurteilung insoweit relevanten ex ante-Sicht könne unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls jedoch nicht festgestellt werden, dass die Verneinung einer besonderen Gefährlichkeit des Schädigers schuldhaft erfolgt sei. Das belege ein vom Gericht eingeholtes Sachverständigengutachten, wonach die vom Anstaltsarzt gestellte Diagnose zur fehlenden Gefährlichkeit des Schädigers – ex post betrachtet – zwar falsch gewesen sei. Dem habe jedoch keine fehlerhafte Untersuchung zu Grunde gelegen. Die fehlerhafte Diagnose sei – ex ante betrachtet – jedenfalls vertretbar gewesen und die angewandte Methodik medizinisch nicht zu beanstanden. Der BGH wies die gegen den vorgenannten Beschluss erhobene Gehörsrüge (§ 321 a ZPO) und eine vom Bf. erhobene Gegenvorstellung zurück. Der Bf. hält diese Entscheidung für Willkürlich und rügt die Verletzung von Art. 3 I GG in der Ausprägung des Willkürverbots. Zu Recht?

**I. Inhalt des Willkürverbotes**

„Die **Auslegung des Gesetzes und seine Anwendung auf den einzelnen Fall** sind an sich Sache der dafür zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das BVerfG grundsätzlich entzogen; ein **verfassungsgerichtliches Eingreifen** gegenüber Entscheidungen der Fachgerichte kommt **nur in Ausnahmefällen** in Betracht, etwa unter dem Gesichtspunkt der **Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG) in seiner Dimension als Willkürverbot** (vgl. BVerfGE 74, 102 [127] = NJW 1988, 45; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], NZV 2016, 48 Rn. 17). Vor diesem Hintergrund prüft das BVerfG, ob die **Anwendung der einschlägigen einfachrechtlichen Bestimmungen** und das dazu eingeschlagene Verfahren durch das Fachgericht **vertretbar** ist oder ob sich der Schluss aufdrängt, dass seine Entscheidung **auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen** beruht (vgl. BVerfGE 80, 48 [51] = NJW 1989, 1917; BVerfGE 108, 129 [137, 142 f.] = NVwZ 2003, 1499; BVerfGE 109, 13 [33] = NJW 2004, 141; BVerfGE 109, 38 [59] = BeckRS 2003, 25079; BVerfGK 2, 82 [85] = NJW 2004, 1858; BVerfGK 2, 165 [173] = NStZ-RR 2004, 179; BVerfGK 6, 334 [342] = NStZ-RR 2006, 149; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 20.11.2014 – 2 BvR 1820/14, BeckRS 2014, 59254 Rn. 23). Das ist anhand objektiver Kriterien festzustellen, **schuldhaftes Handeln ist nicht erforderlich**. Fehlerhafte Rechtsanwendung allein macht eine Gerichtsentscheidung nicht objektiv willkürlich. Schlechterdings unhaltbar ist eine fachgerichtliche Entscheidung vielmehr erst dann, wenn eine **offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt**, der Inhalt einer **Norm in krasser Weise missverstanden** oder sonst **in nicht mehr nachvollziehbarer Weise angewendet** wird (vgl. BVerfGE 89, 1 [13 f.] = NJW 1993, 2035; BVerfGE 96, 189 [203] = NJW 1997, 2305; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 03.03.2015 – 1 BvR 3271/14, BeckRS 2015, 47767 Rn. 10; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], NZV 2016, 48 = NStZ-RR 2015, 335).“ (BVerfG aaO.)

## II. Verletzung des Willkürverbotes im vorliegenden Fall

### 1. Annahme einer drittschützenden Amtspflicht

„Das KG stellt im Ausgangspunkt zwar zutreffend dar, dass die Bediensteten einer Justizvollzugsanstalt **Amtspflichten zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit der Untersuchungs- und Strafgefangenen** treffen (Art. 2 II GG) und dass diese Pflicht auch die Verhütung von drohenden Schäden der Häftlinge durch Mitgefangene umfasst.“ (BVerfG aaO.)

### 2. Verschulden der Amtswalter

Eine Amtshaftung setzt auch voraus, dass den Beamten ein Verschulden nachzuweisen ist. Das KG ist hier davon ausgegangen, dass dies nicht nachzuweisen ist. Fraglich ist, ob dieser einer Prüfung durch das Willkürverbot standhält.

#### a) Notwendige Trennung der Gefangenen gem. Nr. 22 V UVollzO

Das KG beurteilt die Frage nach der Amtspflichtverletzung allein unter dem Blickwinkel einer etwa notwendigen Trennung der Gefangenen gem. Nr. 22 V UVollzO.

„[Hierbei] verkennt es, dass der im Raum stehenden Gefährlichkeit des Schädigers **nicht nur durch seine Isolierung** begegnet werden konnte, sondern auch mildere Maßnahmen wie eine **engmaschige Aufsicht** oder die **Verwehrung freien Zugangs zu (gefährlichen) Werkzeugen** in Betracht gekommen wären.

Der Jugendstrafanstalt waren zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses **mehrere Umstände bekannt**, aus denen sich zumindest die Verpflichtung ergab, den **Schädiger nicht unbeaufsichtigt in Kontakt mit anderen Häftlingen** kommen zu lassen. Das gilt zunächst für den Haftbefehl vom 10.01.2009, der sich auf am 09.01.2009 begangene Taten des Schädigers bezog und ein **erhebliches und unberechenbares Gewaltpotenzial** erkennen ließ. Aus dem Aufnahmeersuchen ergab sich darüber hinaus der Verdacht einer geistigen Verwirrtheit des Schädigers. Am 11.01.2009 kam es ferner zu einer Randalde des Schädigers in seinem Haftraum, bei der er gegenüber den Justizvollzugsbeamten aggressiv auftrat und Verfolgungsangst erkennen ließ. Er wurde daraufhin zunächst in einem besonders gesicherten Haftraum untergebracht und dem Kinder- und Jugendpsychiater vorgeführt. Das verordnete Medikament nahm der Schädiger – wie die Amtswalter wussten – nicht ein.“ (BVerfG aaO.)

Trotz dieser **gewichtigen Anhaltspunkte** für eine besondere Gefährlichkeit des Schädigers hat sich das KG der Einschätzung des gerichtlich bestellten psychiatrischen Sachverständigen angeschlossen, wonach die eine Eigen- und Fremdgefährdung verneinende **Diagnose** des Kinder- und Jugendpsychiaters in der Jugendstrafanstalt **lege artis** durchgeführt worden und angesichts des ruhigeren Verhalten des Schädigers **mit einem gewaltsamen Übergriff nicht zu rechnen** gewesen sei.

„Das verkennt, dass es für die Erfüllung der der **Jugendstrafanstalt** obliegenden grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 II GG gegenüber den anderen Gefangenen **nicht allein** darauf ankommen kann, ob eine **psychiatrische Prognoseentscheidung** gültig getroffen worden ist, sondern dass bei der Alltagsorganisation einer Anstalt zur Vermeidung von Übergriffen unter den Gefangenen auch besondere Vorkehrungen geboten sein können. Im vorliegenden Fall hätte sich den zuständigen Amtsträgern **aufdrängen müssen**, dass ein **psychotischer Gefangener**, der auf Grund seiner **Wahnvorstellungen** bereits mehrfach **unvermittelt starke Gewaltausbrüche** gezeigt hatte, sich im Anstaltsalltag nicht unbeaufsichtigt mit Zugang zu Werkzeug unter anderen Gefangenen bewegen durfte.“ (BVerfG aaO.)

#### b) Keine hinreichende Aufsicht durch Aufsichtsperson „in Hörweite“

Das KG geht weiter davon aus, dass der Aufenthalt der Aufsichtspersonen nur in Hörweite noch keine Pflichtverletzung begründe, da eine dauerhafte Anwesenheitspflicht des Aufsichtspersonals nicht existiere und vorliegend insbesondere keine Fremdgefährdung bestanden habe. Hierdurch könnte es § 839 I BGB i.V.m. Art. 34 GG in einer nicht mehr vertretbaren Weise handhaben.

„Die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens der zuständigen Amtswalter wird durch die Situation weiter erhärtet, wie sie sich am Tattag darstellte. Der Schädiger war bereits der Gruppe „**Beschäftigungstherapeutische Werkstatt für psychisch auffällig Gefangene**“ zugeteilt, was in der Regel eine weitgehende Trennung vom Bf. zur Folge hatte. Am Tattag kam es dagegen zu einer **Zusammenlegung der Gruppen**, weil ein **Übungsleiter krankheitsbedingt ausfiel**. Vor dem Angriff des Schädigers auf den Bf. befanden sich daher alle Gefangenen im Aufenthaltsraum – mit freiem Zugang zu den Werkzeugen. Eine **kontinuierliche optische Überwachung** des Aufenthaltsraums durch die zuständigen Aufsichtspersonen war angesichts der räumlichen Gegebenheiten **nicht möglich**.

*[Das KG] vernachlässigt ... die besonderen Umstände des Falls, namentlich, dass am Tattag entgegen der Regel psychisch auffällige Gefangene mit „normalen“ Gefangenen über einen längeren Zeitraum allein gelassen wurden und dass diese freien Zugang zu gefährlichen Werkzeugen hatten. Es verkennt auch, dass den zuständigen Amtsträgern auch ohne psychologische Vorbildung allein auf Grund ihrer dienstlichen Erfahrung hätte erkennbar sein müssen, dass **in dieser Konstellation Gewalttaten zumindest nicht ausgeschlossen** werden konnten und es dementsprechend geeigneter Maßnahmen zum Schutz der anderen Häftlinge bedurft hätte.“ (BVerfG aaO.)*

### III. Ergebnis

Die angegriffene Entscheidung des KG sowie deren inhaltliche Bestätigung durch die Beschlüsse des BGH beruhen auf einer objektiv willkürlichen Anwendung von § 839 I BGB i.V.m. Art. 34 GG. Sie sind gem. § 93 c II i.V.m. § 95 II BVerfGG aufzuheben und die Sache an das KG zurückzuverweisen.

**Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**  
**Abgrenzung öffentlich-rechtl. und bürgerlich-rechtl. Streitigkeiten**  
(OVG Münster in NVwZ-RR 2016, 282; Beschluss vom 11.01.2016 – 6 E 856/15)

1. Die Frage, ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist, **richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird.**
2. Der Staat kann sich **zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben auch der Organisations- und Handlungsformen des Privatrechts** bedienen.
3. Der BLB NRW stellt **teilweise verselbstständigtes Sondervermögen** dar (§ 1 I BLBG vom 12.12.2000, NRWGV S. 754). Er wird nach kaufmännischen Grundsätzen geführt und **erledigt seine Aufgaben** – unbeschadet ihrer öffentlichen Zwecke – **in den Formen des Zivilrechts.**
4. Ein privatrechtlich geschlossenes Dienstverhältnis führt auch bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, selbst hoheitlicher Befugnisse nicht zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs für Streitigkeiten aus diesem Dienstverhältnis.
5. Der **Gleichheitsgrundsatz** ist vom Staat auch zu beachten, wenn er seine Aufgaben in den Formen des Zivilrechts erledigt. Dies führt aber nicht dazu, dass das streitige Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtlich anzusehen ist. **Jede staatliche Stelle** hat unabhängig von der Handlungsform den **Gleichheitssatz zu beachten.** Diese Bindung kann daher für die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich **nicht entscheidend** sein. Andernfalls wäre jedes Rechtsverhältnis zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Bürger wegen der umfassenden Grundrechtsbindung als öffentlich-rechtlich anzusehen; eine Annahme, die offensichtlich fehlerhaft ist.

#### A. Prüfungswissen: Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 VwGO

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist eröffnet, wenn keine aufdrängende Sonderzuweisung vorliegt, eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist und der Streit nicht durch eine abdrängende Sonderzuweisung einer anderen Gerichtsbarkeit zugewiesen ist.

##### I. Aufdrängende Sonderzuweisung

Eine aufdrängende Sonderzuweisung liegt vor, wenn eine Streitigkeit unabhängig von ihrer Rechtsnatur durch eine gesetzliche Regelung der Entscheidung durch die Verwaltungsgerichte unterliegt. Auf die Prüfung des Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art kommt es dann nicht an, so dass diese zu unterbleiben hat.

Beispiele für aufdrängende Sonderzuweisungen sind:

- für Klagen aus öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis (**§ 54 I BeamStG** für Beamte, **§ 82 I SG** für Soldaten, § 46 DRiG für Richter)
- Entscheidung über die Eintragung in die Handwerksrolle, §§ 8 IV, 12 HwO
- Anordnung der Zwangshaft in der Verwaltungsvollstreckung, § 16 I 1 VwVG

##### II. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art

###### 1. Öffentlich rechtliche Streitigkeit

Die Einordnung einer Streitigkeit richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt danach vor, wenn das Klagebegehren nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist. Die maßgeblichen Rechtsvorschriften sind dann dem öffentlichen Recht zuzurechnen, wenn sie sich nicht an jedermann richten, sondern **vorrangig einem Träger öffentlicher Gewalt für die Ausübung seiner Pflichten zugeordnet** sind

(sog. modifizierte Subjektstheorie). Es ist daher zunächst festzustellen, worum es in dem Rechtsstreit geht und nach welchen Normen sich diese Fragen beurteilen, damit dann eine Einordnung vorgenommen werden kann.

Nur wenn die modifizierte Subjektstheorie nicht greift, kann hilfsweise die **Subordinationstheorie** herangezogen werden, nachdem ein Verhältnis öffentlich-rechtlich ist, wenn über und Behörde sich in einem Über-Unterordnungsverhältnis gegenüberstehen, der Staat also Hoheitsmacht gegenüber dem Bürger ausübt.

Schließlich gibt es zahlreiche Fälle, in denen nach sonstigen Kriterien eine Abgrenzung vorzunehmen ist.

- **Subventionsverhältnis**

- **Einstufige Subventionsgewährung:**

Es erfolgen nur der Rechtsakt der Bewilligung und der Realakt der Auskehrung (z.B. verlorener Zuschuss). Der Rechtsakt ist immer öffentlich-rechtlich.

- **Zweistufige Subventionsgewährung (Zweistufentheorie)**

Die Entscheidung über die Gewährung der Subvention ist immer öffentlich-rechtlich (1. Stufe: „Ob“). Die Durchführung der Subventionierung (2. Stufe: „Wie“) ist nicht zwingend, aber regelmäßig zivilrechtlich ausgestaltet (z.B. Darlehensvertrag, Bürgschaft, Kaufvertrag).

- **Ehrverletzende/geschäftsschädigende Äußerungen**

Es kommt auf den **Funktionszusammenhang** an, in welchem diese getätigt wurden.

- **Teilnahme der öffentlichen Hand am Straßenverkehr**

Es kommt nach h.M. auf den **Sachzusammenhang** der Fahrt und deren Zielsetzung an.

- **Erstattungsanspruch**

Bei Ansprüchen auf Erstattung von Zahlungen kommt es nach der Kehrseitentheorie darauf an, ob die Leistungsgewährung öffentlich-rechtlich erfolgt ist.

- **Benutzungsverhältnis (Zweistufentheorie)**

Geht um die Zulassung zur Benutzung einer öffentlichen Einrichtung (1. Stufe: „Ob“), so ist dies stets öffentlich-rechtlich. Bei der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses (2. Stufe: „Wie“) ist hingegen zu differenzieren, ob die Einrichtung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert ist.

## 2. Nichtverfassungsrechtlicher Art

Nach der **Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit** ist eine Streitigkeit nur dann im Sinne des § 40 I 1 VwGO verfassungsrechtlich, wenn **Verfassungsorgane um Verfassungsrecht** streiten.

## III. Abdrängende Sonderzuweisung

Trotz Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art kann gleichwohl der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Gesetzgeber den Rechtsstreit einem anderen Gericht zur Entscheidung zugewiesen hat.

Hierzu gehören zunächst die Zuweisungen an die Gerichte der besonderen „Verwaltungsgerichtsbarkeit“, also an das Sozialgericht (§ 51 SGG) und das Finanzgericht (§ 33 FGO). Weitere relevante abdrängende Sonderzuweisungen sind: § 23 EGGVG für Justizverwaltungsakte und Art. 14 III 4 GG für die Enteignungsentschädigung.

Von besonderer Bedeutung sind jedoch die Zuweisungen an die ordentlichen Gerichte, die insbesondere in § 40 II 1 VwGO verankert sind.

Danach sind die ordentlichen Gerichte zuständig für

- Ansprüche aus **Aufopferung**
- Ansprüche aus **öffentlich-rechtlicher Verwahrung**
- Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten (insbesondere **Amtshaftungsansprüche** nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB und **Sekundäransprüche aus öffentlich-rechtlichem Schuldverhältnis** (str., soweit nicht Verwahrung)

## **B. Rechtswegbestimmung bei Streitigkeit aus beendetem Dienstverhältnis mit dem Land NRW (vgl. OVG Münster in NVwZ-RR 2016, 282**

**Fall:** Der Kläger war von 24.04.2001 bis 30.04.2011 Geschäftsführer des Bau- und Liegenschaftsbetrieb NRW (C. NRW). Der C. NRW ist nicht Teil der unmittelbaren Staatsverwaltung, sondern stellt ein gegenüber dem Land rechtlich teilweise verselbstständigtes Sondervermögen dar (§ 1 I BLBG vom 12.12.2000, NRWGV S. 754). Er wird nach kaufmännischen Grundsätzen geführt und erledigt seine Aufgaben – unbeschadet ihrer öffentlichen Zwecke – in den Formen des Zivilrechts. Das Dienstverhältnis wurde vertraglich zwischen dem Land NRW und dem Kläger in der Form des Privatrechts begründet. Der Kläger begehrt vom Land Rechtsschutz für ein gegen ihn gerichtetes Ermittlungsverfahren, welches dienstliche Tätigkeiten zum Gegenstand hat. Seinen Anspruch stützt er den Gemeinsamen Runderlass des Innenministeriums – 24-1.42 – 2/08 – und des Finanzministeriums – IV B 1110 – 85.4 – IV A 2 – des bekl. Landes vom 07.07.2008 [im Folgenden: Erlass]). Der Kläger hat die Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben. Das Verwaltungsgericht hat den Rechtsweg für nicht eröffnet erachtet und den Rechtsstreit nach § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 17a II 1 GVG an das örtlich und sachlich zuständige LG verwiesen. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen sei ebenfalls nicht gegeben, weil der Kl. nach den Regelungen des von ihm mit dem bekl. Land geschlossenen Arbeitsvertrags kein Arbeitnehmer i.S.v. § 2 I Nr. 3 i.V.m. § 5 I 1 und 2 ArbGG gewesen sei und auch die Voraussetzungen eines sog. siconon-Falls nicht vorgelegen hätten. Hiergegen hat der Kläger Beschwerde eingelegt. Wird die Beschwerde Erfolg haben.

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

### **I. Zulässigkeit der Beschwerde**

Nach § 173 VwGO i.V.m. § 17a IV 3 GVG ist gegen den Beschluss über die Rechtswegverweisung nach § 146 VwGO die sofortige Beschwerde statthaft. Die Beschwerde ist nach § 147 I VwGO bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung einzulegen. Von der Einhaltung dieser Vorgaben kann ausgegangen werden.

### **II. Begründetheit der Beschwerde**

Die Beschwerde ist begründet, wenn entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts für den vorliegenden Rechtsstreit der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, wenn eine aufdrängende Sonderzuweisung vorliegt oder nach § 40 I 1 VwGO eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist.

#### **1. Aufdrängende Sonderzuweisung**

Nach § 54 I BeamStG ist für alle Klagen der Beamtinnen, Beamten, Ruhestandsbeamtinnen, Ruhestandsbeamten, früheren Beamtinnen, früheren Beamten und der Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis sowie für Klagen des Dienstherrn ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

Allerdings stand der Kläger hier zum Land NRW in einem durch privatrechtlichen Vertrag geschlossenen Dienstverhältnis. Er wurde nicht zum Beamten ernannt. § 54 I BeamStG greift daher hier nicht ein. Er ist auch nicht analog auf sonstige Dienstverhältnisse mit der öffentlichen Hand anzuwenden.

## 2. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art

Eine Streitigkeit ist nur dann öffentlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Hier stützt sich der Kläger auf den Runderlass des Innen- und Finanzministeriums, welcher zweifellos öffentlich-rechtlichen Charakter hat. Fraglich ist jedoch, ob hierdurch auch die Rechtsnatur der Streitigkeit bestimmt wird.

Auch wenn der Kläger in keinem Beamtenverhältnis zum Land NRW stand, könnten die sich aus dem beendeten Dienstverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten gleichwohl nach dem öffentlichen Recht zu beurteilen sein.

### a) Ansicht des Klägers

*„[Der] Kl. [vertritt] die Auffassung, dass es für die den Rechtsweg bestimmende Natur des streitgegenständlichen Rechtsverhältnisses darauf ankomme, ob dem Landesbeschäftigten im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit **hoheitliche Befugnisse übertragen** seien oder nicht. Davon hänge das **Risiko** ab, für das jeweils Rechtsschutz gewährt werde. Einem Arbeitnehmer, der z.B. die Tätigkeit eines Kraftfahrers ausübe, drohe ein anderes Risiko als dem hoheitliche Aufgaben und Befugnisse ausübenden Beschäftigten. Die **Regelungen des Erlasses hätten Geltung für alle Landesbediensteten gleichermaßen**, unabhängig davon ob es sich um Angestellte, Beamte oder in einem besonderen Anstellungsverhältnis stehende Personen handele. Dabei gehe es um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit, wenn der Mitarbeiter des Landes etwa als Kraftfahrer eingesetzt sei und um eine **Verwaltungsrechtsstreitigkeit**, wenn ihm das Land einen Teil seiner Befugnisse übertrage, die ein **Sonderrisiko oder eine Sonderbelastung** hervorrufen könnten.“ (OVG Münster aaO.)*

### b) Wertung des OVG

*„Diese Ansicht trifft die Rechtslage nicht. Zuzustimmen ist dem Kl., dass sich die Frage, ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist, nach der **Natur des Rechtsverhältnisses richtet, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird** (vgl. GmS-OGB, BVerwGE 74, 368 = BGHZ 97, 312 = NJW 1986, 2359; BVerwGE 96, 71 = NJW 1994, 2968 = NVwZ 1995, 79 sowie BVerwG, NVwZ-RR 2009, 308 Rn. 4).*

*Das **maßgebliche Rechtsverhältnis** besteht hier in dem zwischen dem Kl. und dem beklagten Land am 24.04.2001 begründeten und zum 30.04.2011 beendeten **Dienstverhältnis**. Denn nur aus diesem kann sich die Stellung des Kl. als Beschäftigter des bekl. Landes i.S.d. Erlasses (vgl. dessen Nr. 1.1.) und damit der vom Kl. unter Berufung auf diesen Erlass geltend gemachte Anspruch auf Gewährung von Rechtsschutz und Zahlung eines Vorschusses auf die notwendigen Kosten der Verteidigung ergeben. Dieses **Rechtsverhältnis ist aber zweifelsfrei zivilrechtlicher Art**. Dass die dem Kl. damit übertragenen Aufgaben des Geschäftsführers des C. NRW auch der Umsetzung baupolitischer Ziele des Landes und damit auch öffentlichen Zwecken gedient hat, ändert daran nichts. Insbesondere kann daraus nicht geschlossen werden, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.v. § 40 I 1 VwGO handelt. Der Staat kann sich **zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben auch der Organisations- und Handlungsformen des Privatrechts** bedienen, wie es das bekl. Land hier mit einer nur wirtschaftlichen Beteiligung an einem aus dem Haushalt ausgegliederten und haushaltsrechtlich selbstständigen Sondervermögen getan hat. Der **C. NRW ist nicht Teil der unmittelbaren Staatsverwaltung, sondern stellt ein gegenüber dem Land rechtlich teilweise verselbstständigtes Sondervermögen** dar (§ 1 I BLBG vom 12.12.2000, NRWGV S. 754). Er wird nach kaufmännischen Grundsätzen geführt und **erledigt seine Aufgaben** – unbeschadet ihrer öffentlichen Zwecke – **in den Formen des Zivilrechts**. Dass das bekl. Land bei der Umsetzung des Erlasses öffentlich-rechtlichen Bindungen – insbesondere dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 I GG – unterliegt, führt ebenfalls nicht dazu, dass das hier streitige Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtlich anzusehen ist. Jede staatliche Stelle hat unabhängig von der Handlungsform den Gleichheitssatz zu beachten. Diese Bindung kann daher für die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich nicht entscheidend sein. Andernfalls wäre jedes Rechtsverhältnis zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Bürger wegen der umfassenden Grundrechtsbindung als öffentlich-rechtlich anzusehen eine Annahme, die offensichtlich fehlgeht.“ (OVG Münster aaO.)*



(VerfGH Stuttgart in DÖV 2016, 486; Urteil vom 15.02.2016 – 1 VB 9/16)

1. Wird ein bestehendes **Gesetz geändert**, gilt die **Jahresfrist** nach § 56 IV VerfGHG prinzipiell **nur für die geänderten Vorschriften**.
2. **Ausnahmsweise** beginnt die Frist des § 56 IV VerfGHG erneut zu laufen, obwohl die angegriffene Norm in ihrem Wortlaut unverändert geblieben ist, wenn die **Veränderung anderer Vorschriften** den angegriffenen Vorschriften eine **neue materiell beschwerende Bedeutung** beimisst.

**Fall:** Gegenstand der mit einem Eilantrag verbundenen Verfassungsbeschwerde ist § 32 II 1 bis 3 des Landtagswahlgesetzes (LWG) in der Fassung vom 15.04.2005 (GBl. S. 384), geändert durch Art. 14 des Gesetzes vom 15.12.2015 (GBl. S. 1147, 1154). Die Vorschriften betreffen die Reihenfolge der Wahlvorschläge in der amtlichen Veröffentlichung des Kreiswahlleiters (§ 32 LWG). Sie haben nach 37 II 3 LWG damit auch Auswirkung auf die Reihenfolge der Wahlvorschläge auf den Stimmzetteln.

Der in Heidelberg wohnhafte Beschwerdeführer hat am 26.01.2016 Verfassungsbeschwerde erhoben und den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt. Er rügt die Verletzung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit aus Art. 26 IV LV sowie der Chancengleichheit der Wahlbewerber. Der Beschwerdeführer beantragt, festzustellen, dass § 32 II 1 LWG in der Fassung vom 15.04.2005 (GBl. S. 384), geändert durch Artikel 14 des Gesetzes vom 15.12.2015 (GBl. S. 1147, 1154), und § 32 II 2 und 3 LWG in der Fassung vom 15.04.2005 (GBl. S. 384) ihn in seinem Recht aus Art. 26 IV LV verletzen, und diese daher aufzuheben. Zudem beantragt er, die genannten Normen im Rahmen einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen. Schließlich beantragt er den Erlass einer Vollstreckungsregelung nach § 28 VerfGHG. Ist die Verfassungsbeschwerde zulässig?

#### **I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (geprüft nach den Parallelvorschriften des BVerfGG)**

##### **1. Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG)**

Die Verfassungsbeschwerde ist dann einschlägig, wenn sich **der Bürger als dem Staat gegenüberstehend** gegen eine staatliche Maßnahme wendet. Dies ist bei einem Gesetz ohne weiteres der Fall.

##### **2. Beschwerdegegenstand (Art 93 I Nr. 4a GG, §§ 90 I, 95 I BVerfGG)**

Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde ist ein **Akt öffentlicher Gewalt** (alle deutschen Staatsgewalten; damit auch gegen Gesetze). Hier wendet sich der Bf. gegen ein Gesetz und damit einen tauglichen Beschwerdegegenstand.

##### **3. Beschwerdebefugnis, Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG**

Der Beschwerdeführer muss behaupten, in einem seiner **Grundrechte** oder in einem seiner in Artikel 20 IV, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte **verletzt zu sein**.

###### **a) Möglichkeit einer Rechtsverletzung**

Eine Verletzung dieser Rechte dürfte demnach **nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen** sein, d.h. die angegriffene Maßnahme der öffentlichen Gewalt muss Rechtswirkungen äußern und geeignet sein, die Rechtspositionen des Beschwerdeführers zu seinem Nachteil zu verändern.

Es ist jedenfalls nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen, dass der Bf. in dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit aus Art. 26 IV LV sowie der Chancengleichheit der Wahlbewerber verletzt ist.

###### **b) Unmittelbare Betroffenheit**

Über die Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinaus ist jedoch erforderlich, dass die Beschwerdeführer **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** betroffen sind.

Die ist hier der Fall, da er sich zur Wahl stellen will und daher bei Umsetzung der neuen Regelung unmittelbar, selbst und gegenwärtig betroffen ist.

#### 4. Frist, § 93 BVerfGG / § 56 IV VerfGHG BW

Nach § 56 IV VerfGHG kann eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz nur **innen eines Jahres seit dem Inkrafttreten des Gesetzes** erhoben und begründet werden. Fraglich ist, wie die Frist zu bestimmen ist, wenn ein Gesetz geändert wird.

##### a) Einlegungsfrist bei Gesetzesänderung

*„Wird ein bestehendes Gesetz geändert, gilt § 56 IV VerfGHG - wie der im Wesentlichen wortlautgleiche § 93 III BVerfGG - prinzipiell nur für die geänderten Vorschriften. Für die nach Form, Inhalt und materiellem Gewicht unverändert gebliebenen Bestimmungen beginnt hingegen die Frist nicht neu zu laufen. Die Ausschlussfrist wird nicht neu eröffnet, wenn die unverändert gebliebene oder nur redaktionell veränderte Norm vom Gesetzgeber lediglich neu in seinen Willen aufgenommen wird und keinen neuen oder erweiterten Inhalt erlangt (vgl. BVerfGE 129, 208 -Juris Rn. 168 m.w.N., st. Rspr.). Die bloße Neubekanntmachung einer Vorschrift hat keinen Einfluss auf die Jahresfrist. Die Neubekanntmachung ist kein Akt der Rechtsetzung, der Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein könnte. Sie schafft kein neues Recht, sondern stellt rein deklaratorisch den nunmehr geltenden Wortlaut in übersichtlicher Form und ohne inhaltliche Änderung dar (vgl. BVerfGE 43, 108 - Juris Rn. 18).*

*Ausnahmsweise beginnt die Frist des § 56 IV VerfGHG erneut zu laufen, obwohl die angegriffene Norm in ihrem Wortlaut unverändert geblieben ist, wenn die Veränderung anderer Vorschriften den angegriffenen Vorschriften eine neue materiell beschwerende Bedeutung beimisst, insbesondere wenn der Anwendungsbereich erweitert wird oder wenn die Gesetzesänderung die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Norm erst begründet oder aber verstärkt (vgl. BVerfGE 11, 351 - Juris Rn. 24; BVerfGE 111, 382 - Juris Rn. 110; BVerfGE 120, 274 - Juris Rn. 154; BVerfGE 127, 87 - Juris Rn. 71; BVerfGE 131, 316 - Juris Rn. 49; Lenz/Hansel, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 93 Rn. 101 ff.; Hammer, in: Burkizcak/Dollinger/Schorkopf [Hrsg.], BVerfGG, 2015, § 93 Rn. 70 f.).“ (VerfGH BW)*

##### b) Anwendung auf den Fall

###### aa) § 32 II 1 LWG

*„§ 32 II 1 LWG wurde durch Art. 14 des Gesetzes vom 15.12.2015 (GBl. S. 1147, 1154) neugefasst. Die Anwendung des Reihungskriteriums der bei der letzten Landtagswahl erreichten Stimmzahl wurde von den im Landtag vertretenen Parteien auf alle Parteien erweitert, die an der letzten Landtagswahl teilgenommen haben. Die Gesetzesänderung ist am 19.12.2015 in Kraft getreten. Die Jahresfrist war bei Einlegung der Verfassungsbeschwerde am 26.01.2016 noch nicht abgelaufen.“ (VerfGH BW aaO.)*

###### bb) § 32 II 2 LWG

*„§ 32 II 2 LWG ist dagegen seinem Wortlaut nach durch Art. 14 des Gesetzes vom 15.12.2015 (GBl. S. 1147, 1154) nicht geändert worden. Die Norm besteht mit diesem Wortlaut, wenn auch ursprünglich redaktionell als „Art. 33 II 2 des Landtagswahlgesetzes“ bezeichnet, unverändert seit dem Gesetz vom 09.05.1955 (GBl. S. 71). Durch das Änderungsgesetz vom 15.12.2015 wurde zwar ihr Anwendungsbereich deutlich verkleinert. Sie findet nur noch auf diejenigen Parteien Anwendung, die an der letzten Landtagswahl nicht teilgenommen haben. Diese rücken nun hinter andere Parteien, vor denen sie nach der alten Regelung gestanden hätten. Nach der alten Regelung wären alle Parteien, die nicht im Landtag vertreten sind, nach dem Alphabet geordnet worden. Daher hat die Änderung des Anwendungsbereichs von § 32 II 1 LWG eine neue beschwerende Wirkung für Parteien, die auch nach der neuen Regelung in die zweite Gruppe fallen.“ (VerfGH BW aaO.)*

Diesbezüglich ist die Verfassungsbeschwerde daher nicht wegen Verfristung ausgeschlossen.

*„Dagegen fehlt es an einer neuen Beschwer durch § 32 II 2 LWG, soweit darin eine Reihung der sonstigen Parteibewerber in der alphabetischen Reihenfolge ihrer ausgeschriebenen Parteinamen vorgeschrieben ist, die anders als Kurzbezeichnungen für Parteien gesetzlich zwingend vorgeschrieben sind (vgl. § 4 I und § 6 II Nr. 1 des Parteiengesetzes und § 37 II 2 Nr. 3 LWG). Denn auch dieses Kriterium gilt unverändert bereits seit dem Gesetz vom 09.05.1955.“ (VerfGH BW aaO.)*

###### cc) § 32 II 3 LWG

*„§ 32 II 3 LWG hat durch die Änderung von § 32 II 1 LWG keinen materiell beschwerenden Bedeutungswandel erfahren.“ (VerfGH aaO.)*

Auch insofern ist die Beschwerdefrist also abgelaufen

## 5. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG

Dagegen Gesetzes kein Rechtsweg im eigentlich Sinne eröffnet ist, spielt die Rechtswegerschöpfung bei der Gesetzesverfassungsbeschwerde keine Rolle.

## 6. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Auch über die Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus ist die Verfassungsbeschwerde gegenüber einer Inzidentprüfung durch die Fachgerichte subsidiär, so dass dies auch bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, bei der kein Rechtsweg vorgesehen ist, gilt. (BVerfGE 78, 350 [355], BVerfGE 84, 90 [116]; BVerfG NJW 2003, 418; BVerfG, NVwZ 2004, 977). Allerdings ist hier eine Möglichkeit zur Inzidentkontrolle nicht eröffnet.

## 7. Ordnungsgemäße Beschwerdebegründung

*„Soweit sich der Beschwerdeführer gegen § 32 II 1 LWG sowie den dadurch geänderten Anwendungsbereich von § 32 II 2 LWG wendet und eine Verletzung der Wahlrechtsgleichheit aus Art. 26 IV LV sowie der Verfahrensnorm des Art. 71 IV LV geltend macht, genügt dieser Vortrag nicht dem Substantiierungserfordernis aus § 15 I 2 und § 56 I VerfGHG. Die Möglichkeit einer Verletzung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit aus Art. 26 IV LV ist hinsichtlich dieser Normen nicht hinreichend dargetan. Auch in formell-rechtlicher Hinsicht zeigt der Beschwerdeführer die Möglichkeit einer Rechtsverletzung durch die Veränderung des Anwendungsbereichs von § 32 II 1 und 2 LWG nicht substantiiert auf. [wird ausgeführt]“ (VerfGH BW aaO.)*

## II. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zulässig.

## 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.

InsO  
§§ 129 I, 134 I

**Gläubigerbenachteiligung bei Schenkungsanfechtung  
Geduldeter Kontoüberziehung**

InsolvenzR

(BGH in NJW-RR 2016, 570; Urteil vom 25.02.2016 – IX ZR 12/16)

Erbringt eine von mehreren verbundenen Gesellschaften, denen die Bank eine gemeinschaftliche Kreditlinie eingeräumt hatte, eine Zahlung durch eine geduldete Überziehung ihres Kontos, benachteiligt dies ihre Gläubiger, auch wenn mit der Zahlung die Verbindlichkeit einer verbundenen Gesellschaft getilgt wird.

**Fall:** Der Kl. ist Verwalter in dem auf einen Antrag vom 17.09.2010 am 27.10.2010 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der D-GmbH (fortan: Schuldnerin), einer Tochtergesellschaft der A-AG, über deren Vermögen am 29.11.2010 ebenfalls das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Die A-AG schuldete der Bekl. nach einem am 25.11.2009 geschlossenen Vergleich 27.608 €. Am 23.12.2009 überwies die Schuldnerin diesen Betrag von ihrem Konto bei der D-Bank, die den verbundenen Gesellschaften eine gemeinsame Kreditlinie von 5 Mio. € eingeräumt hatte, an die Bekl. Die A-AG verfügte zu diesem Zeitpunkt noch über liquide Mittel i.H.v. 28.197,88 €. Der Kl. begehrt von der Bekl. die Erstattung der von der Schuldnerin geleisteten Zahlung unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Schenkungsanfechtung nach § 134 I InsO. Zu Recht?

### I. Begriff der Gläubigerbenachteiligung

„Der Insolvenzanfechtung unterliegen gem. § 129 I InsO nur **Rechtshandlungen, welche die Insolvenzgläubiger objektiv benachteiligen**. Eine Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn die Rechtshandlung entweder die **Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt** und dadurch den Zugriff auf das Vermögen des Schuldners vereitelt, erschwert oder verzögert hat, mithin wenn sich die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger ohne die Handlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet hätten. Demnach scheidet eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger aus, wenn die **angefochtene Rechtshandlung nicht das haftende Vermögen des Insolvenzschuldners, sondern dasjenige eines Dritten betroffen** hat (BGH, WM 2016, 282 = BeckRS 2016, 02264 Rn. 13 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

### II. Gläubigerbenachteiligung durch Zahlung nach geduldeter Kontoüberziehung

„Schöpft der Schuldner neue Gelder aus einer **lediglich geduldeten Kontoüberziehung** und fließen diese auf Grund einer vom Schuldner veranlassten **Überweisung von der Bank direkt dem Empfänger zu**, benachteiligt dies die Gläubiger des Schuldners, weil die Zuwendung an den Empfänger nur in Folge und nach Einräumung des vom Schuldner beantragten Überziehungskredits bewirkt werden kann. Eine solche Direktzahlung kann anfechtungsrechtlich nicht anders behandelt werden, als wenn **Geldmittel, auf die der Schuldner keinen Anspruch hatte**, ihm durch ein neu gewährtes Darlehen zunächst überlassen und sodann **zur Deckung von Verbindlichkeiten verwendet** werden (BGHZ 182, 317 = NJW 2009, 3362 Rn. 14 f.; BGH, WM 2010, 1756 = BeckRS 2010, 19843 Rn. 12).“ (BGH aaO.)

### III. Anwendung auf den Fall

„Nach diesen Maßstäben kann im Streitfall eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger der Schuldnerin nicht verneint werden. Der Überweisungsauftrag erfolgte zu Lasten eines Kontos der Schuldnerin. Die **Gläubigerbenachteiligung** liegt in einem solchen Fall darin, dass die **Mittel des Überziehungskredits nicht zunächst in das Vermögen** der Schuldnerin gelangt und dort für den Zugriff der Gesamtheit ihrer Gläubiger verblieben sind. Der Umstand, dass die ausführende Bank der Schuldnerin und ihrer Muttergesellschaft eine gemeinsame Kreditlinie eingeräumt hatte, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Er besagt nur, dass sowohl die Schuldnerin als auch die Muttergesellschaft im Rahmen der gemeinsamen offenen Kreditlinie Darlehensmittel abrufen konnten. **Nahm eine der verbundenen Gesellschaften Kreditmittel in Anspruch, gleichviel ob diesseits oder jenseits der eingeräumten Kreditlinie, war insoweit nur diese Gesellschaft Darlehensnehmerin. Nur ihre Gläubiger wurden benachteiligt, wenn die Bank das Darlehen nicht an die anweisende Gesellschaft, sondern zu Lasten ihres Kontos direkt an einen Dritten auszahlte.** Dabei ist entgegen der Ansicht des BerGer. unerheblich, ob die Überweisung der Tilgung einer eigenen Verbindlichkeit der Insolvenzschuldnerin, einer Schuld der verbundenen Gesellschaft oder derjenigen eines Dritten diene. Entscheidend für die Frage der Gläubigerbenachteiligung ist allein, dass die Zahlung auf der Grundlage einer zwischen der Insolvenzschuldnerin und der Bank bestehenden Darlehensbeziehung erfolgte.“ (BGH aaO.)

### IV. Ergänzende Erwägungen

Die von § 134 I InsO vorausgesetzte Unentgeltlichkeit der Leistung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die A-AG zum Zeitpunkt der Zahlung der Schuldnerin noch über liquide Mittel verfügte, die den Zahlungsbetrag geringfügig überstiegen.

#### 1. Tilgung fremder Schuld als unentgeltliche Leistung

„Nach **festgestigter Rechtsprechung des BGH** ist die **Tilgung einer fremden Schuld als unentgeltliche Leistung nach § 134 I InsO anfechtbar**, wenn die gegen den Dritten gerichtete Forderung des Zuwendungsempfängers wertlos war; dann hat der Zuwendungsempfänger wirtschaftlich nichts verloren, was als Gegenleistung für die Zuwendung angesehen werden kann (BGH, NJW 2013, 3720 = WM 2013, 2182 Rn. 6mwN; NZI 2016, 80 = WM 2016, 44 Rn. 6). Von der **Wertlosigkeit der Forderung des Zuwendungsempfängers** ist regelmäßig nicht erst dann auszugehen, wenn über das Vermögen des Forderungsschuldners wegen Zahlungsunfähigkeit bereits das Insolvenzverfahren eröffnet war, sondern schon dann, wenn er **materiell zahlungsunfähig, mithin insolvenzreif** war (BGH, NJW-RR 2010, 477 = WM 2009, 2283 Rn. 8; NZI 2010, 678 = WM 2010, 1421 Rn. 7; NJW-RR 2013, 1203 = NJW 2013, 3038 Ls. = WM 2013, 1079 Rn. 6; NJW 2013, 3720 = WM 2013, 2182 Rn. 7). Ist der Schuldner zahlungsunfähig, dürfen Forderungen nicht mehr im Wege der Einzelzwangsvollstreckung verwertet werden. Dies widerspricht dem Grundsatz, dass bei Insolvenzreife des Schuldners

eine gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger in dem dafür vorgesehenen Verfahren stattzufinden hat. Der Leistungsempfänger kann sich in einem solchen Fall nur dann darauf berufen, noch Vollstreckungsmöglichkeiten gegen seinen Schuldner gehabt zu haben, wenn er **trotz dessen Zahlungsunfähigkeit insolvenzbeständig auf noch vorhandene Vermögensgegenstände hätte zugreifen können**. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt der Anfechtungsgegner (BGH, NZI 2010, 678 Rn. 8 f.).“ (BGH aaO.)

## 2. Anwendung auf den Fall

„Die im Streitfall getroffenen Feststellungen rechtfertigen danach nicht die Beurteilung, bei der Zahlung der Insolvenzschuldnerin an die Bekl. habe es sich um eine entgeltliche Leistung gehandelt. Der Kl. hat vorgetragen, die A-AG sei **im Zeitpunkt der angefochtenen Überweisung zahlungsunfähig** gewesen. Hiervon ist für das Revisionsverfahren auszugehen, weil die Vorinstanzen keine gegenteiligen Feststellungen getroffen haben. War die A-AG zahlungsunfähig, war die **gegen sie gerichtete Forderung der Bekl. ohne Wert**. Allein der Umstand, dass die A-AG noch über liquide Mittel verfügte, die knapp über der Höhe ihrer Verbindlichkeit gegenüber der Bekl. lagen, ändert daran nichts. Die in den Vorinstanzen getroffene Feststellung zu den noch vorhandenen liquiden Mitteln beruht auf dem Vortrag des Kl., der hierzu auf die Auswertung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Bezug genommen hat. Um welche Art von liquidem Vermögen es sich handelte, ist nicht festgestellt. Schon deshalb kann nicht beurteilt werden, ob die Bekl. die Möglichkeit gehabt hätte, sich aus diesem Vermögen im Wege der Einzelzwangsvollstreckung anfechtungsfest Befriedigung zu verschaffen. Die Bekl. hat zu dieser Voraussetzung keinerlei Vortrag gehalten.“ (BGH aaO.)

ZPO  
§ 149

### Aussetzung eines Zivilrechtsstreits Nicht bei Ermittlungen wegen Steuerstraftat

ZivilProzR

(KG in NJW-RR 2016, 576; Beschluss vom 01.02.2016 – 23 W 1/16)

Die **Aussetzung der Verhandlung** gem. § 149 I ZPO kommt im Falle des **Verdachts einer Steuerstraftat** in der Regel nicht in Betracht.

**Fall:** Die beiden Gesellschafter der Bekl. sind zerstritten. Gemäß § 9 II der Satzung der Bekl. werden die Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss bestellt und abberufen. In § 3 III des am 04.06.2014 mit der bereits am 07.04.2014 zur Geschäftsführerin bestellten Kl. geschlossenen Anstellungsvertrags vereinbarten diese und die Gesellschafter der Bekl., dass ein Gesellschafter allein den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen kann. Der Gesellschafter A kündigte den Anstellungsvertrag namens der Bekl. mit Schreiben vom 04. und 28.09.2014 fristlos. Unter anderem erhob er die Vorwürfe, die Kl. lasse sich von dem Mitgesellschafter B zum Nachteil der Bekl. beeinflussen und habe zudem die Kassensysteme der von der Bekl. betriebenen Gaststätten manipuliert, um unbemerkt Einnahmen entnehmen zu können. Die Kl. begehrte die Feststellung, dass das Anstellungsverhältnis nicht durch die außerordentlichen Kündigungen beendet wurde.

Das LG Berlin hat mit Beschluss vom 23.10.2015 den Rechtsstreit wegen des dem Finanzamt für Fahndung und Strafsachen Berlin angezeigten Verdachts einer Steuerstraftat ausgesetzt. Zu Recht?

„Die Ermittlung einer etwaigen Steuerstraftat hat ... **keinen Einfluss** auf die von dem LG zu treffende Entscheidung, weil die **Ermittlungsbehörde das LG nicht über die Ermittlungen bzw. deren Ergebnis unterrichten darf**.

§ 30 AO regelt den **Datenschutz in Steuersachen** (Klein/Rüsken, AO, 12. Aufl., § 30 Rn. 1, 1 a). Sie gewährt im Grundsatz **umfassende Geheimhaltung aller personenbezogenen Daten sowie – darüberhinausgehend – aller fremden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse**. Unter welchen Voraussetzungen die Geheimhaltungspflicht für den in § 30 I und III AO bestimmten Personenkreis nicht gilt, ist in mehreren umfangreichen, detaillierten Regelungen normiert, welche den Schwerpunkt der Norm ausmachen (§ 30 IV AO). Dabei wird die Offenbarung zugelassen unter anderem durch Spezialgesetz und mit Zustimmung des Betroffenen, derer es vor allem im Allgemeinen für die Offenbarung von Daten im Zivilrechtsstreit bedarf (Klein/Rüsken, § 30 Rn. 1, 1 a; Alber in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, § 30 Rn. 535; vgl. ferner BFH, Beschl. v. 03.05.1983 – VII B 107/82, BeckRS 1983, 05304).

**Spezialnormen**, die die **Bekanntgabe in einem Zivilprozess** rechtfertigen, **existieren nicht**; insbesondere gestattet § 273 II Nr. 2 ZPO die Offenbarung nicht. Weder die Vorschrift über die Gewährung von Amtshilfe, Art. 35 GG, noch das Informationsfreiheitsgesetz erlauben die Offenbarung (Klein/Rüsken, § 30 Rn. 104, 104 a).

Eine **Zustimmung der Betr. liegt nicht vor**. Da die Verhältnisse der Bekl. in Rede stehen, muss die Zustimmung der Gesellschafter, und zwar aller, vorliegen (Alber in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30 Rn. 170). Daran fehlt es. Darauf, dass die Kl. sich von den Ermittlungen eine Widerlegung der gegen sie erhobenen Vorwürfe erhofft, kommt es nicht an.“ (KG aaO.)

ZPO  
§ 829

### Anforderungen an Pfändungsantrag Hinreichende Bezeichnung des Drittschuldners

ZwVollstrR

(BGH in Rpfleger 2016, 298; Beschluss vom 02.12.2015 – VII ZB 36/13)

**Fall:** Die Gläubigerin betreibt gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung. Sie hat beim VollstrG beantragt, gegen den Schuldner einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wegen einer Forderung i.H.v. 5.403,90 € zu erlassen. Wegen dieses Anspruchs soll die angebliche Forderung des Schuldners gegen die in Baden-Württemberg ansässige „Sparkasse Schwarzwald-Baar, Gerberstraße 45, 78050 Villingen-Schwenningen“ gepfändet werden. Mit Beschluss vom 04.06.2012 hat das Vollstreckungsgericht den Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Bezeichnung der Drittschuldnerin reiche nicht aus. Erforderlich sei die Angabe eines gesetzlichen Vertreters bzw. eines Vertretungsorgans. Zu Recht?

#### I. Anforderungen an die Bezeichnung des Drittschuldners im Pfändungsantrag

„Für die Wirksamkeit des Pfändungsbeschlusses ist die **eindeutige Bezeichnung des Drittschuldners** notwendig, um für die am Vollstreckungsverfahren Beteiligten und den Rechtsverkehr klarzustellen, welches Recht Gegenstand der Pfändung ist. Es muss deshalb aus dem Pfändungsbeschluss **zweifelsfrei ersichtlich sein, gegen wen dem Schuldner die gepfändete Forderung zusteht** (vgl. BGH, NJW-RR 2006, 425 Rn. 8; WM 1987, 1311 [1312] = BeckRS 2009, 18154; Jurgeleit, Die Haftung des Drittschuldners, 2. Aufl., Rn. 20).“ (BGH aaO.)

**II. Anwendung auf den Fall**

Fraglich ist, ob der Antrag der Gläubigerin, der die Drittschuldnerin als „Sparkasse Schwarzwald-Baar“ bezeichnet, diesen Anforderungen genügt

**1. Angabe der Rechtsform**

„Soweit das BeschwGer. meint, diese Bezeichnung sei unzureichend, weil die **Rechtsform** der „Sparkasse Schwarzwald-Baar“ **nicht mitgeteilt** werde, ist das unzutreffend. Nach dem **Sparkassengesetz (SpG)** für Baden Württemberg i.d.F. der Bekanntmachung vom 19.07.2005 (GBl. 2005, 587) sind Sparkassen in Baden-Württemberg **rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts** (§ 1 SpG BW). Es ergibt sich damit aus dem Gesetz, dass die Drittschuldnerin als Sparkasse Trägerin von Rechten und Pflichten ist. Die Bezeichnung „Sparkasse“ ist deshalb in Baden-Württemberg die Bezeichnung für eine Rechtsform, ohne dass es eines Zusatzes bedürfte.“ (BGH aaO.)

**2. Angabe der vertretungsberechtigten Personen**

„Ebenso wenig ist es für die hinreichende Bezeichnung der Drittschuldnerin erforderlich, die zur Vertretung berechtigten Personen anzugeben, da diese **für die Identität einer (juristischen) Person unerheblich** sind.

Die Angabe des zur Vertretung berechtigten Organs der Drittschuldnerin und die Bezeichnung der zur Vertretung berechtigten Mitglieder des Organs sind auch nicht erforderlich, um mit der vom Gläubiger zu veranlassenden **Zustellung des Pfändungsbeschlusses** an die Drittschuldnerin die Pfändung zu bewirken (§§ 829 II 1, 829 III ZPO).

Nach §§ 191, 182 II Nr. 1 ZPO muss die **Zustellungsurkunde die Bezeichnung der Person enthalten, an die zugestellt werden soll**. Bei einer juristischen Person wie der Drittschuldnerin ist das ihr gesetzlicher Vertreter. Das ist nach § 23 I 1, 2 SpG BW der **Vorstand für die Geschäfte der Sparkasse**. Nach der Rechtsprechung des BGH genügt es aber, wenn bei einer **Zustellung an den gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person in deren Geschäftslokal ausschließlich die Gesellschaft in der Zustellungsurkunde bezeichnet** wird. Es bedarf weder einer Bezeichnung des zur Vertretung berechtigten Organs noch der Mitglieder des Organs (BGHZ 134, 343 [352] = NJW 1997, 1584 für juristische Personen des öffentlichen Rechts; BGHZ 107, 297 [299] = NJW 1989, 2689 für eine Aktiengesellschaft; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 182 Rn. 5).“ (BGH aaO.)

StPO  
§ 112a I Nr. 2

**Vorliegen von Haftgründen  
Fluchtgefahr und Wiederholungsgefahr**

StrafProzR

(LG Braunschweig in FD-StrafR 2016, 378111; Beschluss vom 10.06.2015 – 13 Qs 109/15)

**Fall:** Mit der zugelassenen Anklage der Staatsanwaltschaft Braunschweig vom 25.02.2015 werden dem Angeklagten 4 gewerbsmäßige Ladendiebstähle von Tabakwaren und in einem Fall auch von Alkohol in der Zeit vom 25.11.2014 bis 15.12.2014 sowie das fahrlässige Fahren ohne Fahrerlaubnis am 23.12.2014 vorgeworfen. Gleichzeitig mit Anklageerhebung wurde von der Staatsanwaltschaft der Erlass eines Strafbefehls beantragt, da nach ihrer Auffassung der Haftgrund der Wiederholungsgefahr besteht. Nachdem in der Zwischenzeit die wahren Personalien des Angeklagten ermittelt wurden, hält die Staatsanwaltschaft nunmehr auch den Haftgrund der Fluchtgefahr für gegeben. Liegt ein Haftgrund vor?

**I. Fluchtgefahr, § 112 II Nr. 2 StPO**

**1. Begriff der Fluchtgefahr**

„Fluchtgefahr im Sinne des § 112 II Nr. 2 StPO besteht, wenn die Würdigung der Umstände des Falles es **wahrscheinlicher macht, dass sich der Beschuldigte dem Strafverfahren entziehen, als dass er sich ihm zur Verfügung halten** werde. Die damit geforderte Prognose des verfahrensbezogenen künftigen Verhaltens des Beschuldigten erfordert eine **umfassende Abwägung sämtlicher im konkreten Einzelfall für und gegen eine mögliche Flucht des Beschuldigten sprechender Umstände** (OLG Düsseldorf, StV 1994, 85; OLG Köln, StV 1995, 475). Dabei kann eine hohe Straferwartung erfahrungsgemäß einen erheblichen Fluchtanreiz bieten. Die **hohe Straferwartung** ist jedoch **nicht geeignet, die Prognose einer Fluchtgefahr allein zu tragen** (OLG Karlsruhe, StV 2000, 513). Auch im Falle einer hohen Straferwartung ist daher eine umfassende Abwägung aller Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Angeklagten und seines bisherigen Verhaltens im Verfahren geboten.“ (LG Braunschweig aaO.)

**2. Anwendung auf den Fall**

„Der Angeklagte, der dringend verdächtig ist, die ihm mit Anklage vom 25.02.2015 vorgeworfenen Taten begangen zu haben, hat sicherlich im Falle einer Verurteilung eine Freiheitsstrafe von über einem Jahr zu erwarten. Auch steht er aus dem Urteil des Amtsgerichts Braunschweig vom 29.08.2014 mit einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten unter Bewährung, deren Widerruf er ernsthaft zu befürchten hat.

Das **Verhalten des Angeklagten im bisherigen Verfahren** lässt aber das **Ausmaß dieser Fluchtgefahr gering erscheinen**. Er hatte spätestens seit der polizeilichen Vorladung als Beschuldigter am 14.01.2015 Kenntnis davon, dass gegen ihn wegen „gewerbsmäßigen Ladendiebstahls“ ermittelt wird. Der Vorladung ist der Angeklagte gefolgt, so dass er am 19.01.2015 umfangreich von der Polizei als Beschuldigter vernommen wurde. Die Anklage vom 25.02.2015 ist dem Angeklagten am 10.04.2015 zugestellt worden. Dem Angeklagten war daher bekannt, dass die Staatsanwaltschaft aufgrund der Ermittlungen sämtliche ihm bekannten Tatvorwürfe zur Anklage gebracht hat. **In Kenntnis dieser Tatsache** hat der Angeklagte **keine aktenkundigen Schritte unternommen, um sich dem Verfahren zu entziehen**. Er ist vielmehr über mehrere Monate hinweg stets nach Helmstedt in das Asylbewerberheim zurückgekehrt.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn der **Angeklagte tatsächlich** - wie auch schon in dem Verfahren vor dem Amtsgericht Bonn am 05.05.2015 - **dem Hauptverhandlungstermin am 16.06.2015 fernbleibt**. Denn erst dadurch könnte sich tatsächlich der Wille des Angeklagten manifestieren, sich dem Strafverfahren zu entziehen.“ (LG Braunschweig aaO.)

**II. Wiederholungsgefahr, § 112 a I Nr. 2 StPO**

„Die Voraussetzungen des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr nach § 112 a I Nr. 2 StPO liegen ebenfalls nicht vor. Die vier Taten, die in der Anklage zutreffend als solche des **Diebstahls im besonders schweren Fall** gemäß § 243 I 2 Nr. 3 StGB eingeordnet wurden, rechtfertigen die für den Haftgrund erforderliche schwerwiegende Beeinträchtigung der Rechtsordnung

nicht. Die **schwerwiegende Beeinträchtigung** der Rechtsordnung darf sich **bei tatmehrheitlicher Begehung** mehrere Straftaten nicht auf das Gesamtunrecht, sondern **auf die jeweilige Einzeltat als Anlasstat** beziehen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 12.01.2000, 1 Ws 161/99, juris, Rn. 13; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.04.2001, 3 Ws 31/01, juris, Rn. 12; OLG Braunschweig, Beschluss v. 07.11.2011, Ws 316/11, juris). Sie setzt voraus, dass es sich bei der **Anlasstat** um eine solche **überdurchschnittlichen Schweregrades und Unrechtsgehaltes** handelt; die Tat muss mindestens in die obere Hälfte der mittel-schweren Straftaten einzuordnen sein (OLG Frankfurt, aaO., Rn. 5; OLG Karlsruhe, aaO., Rn. 12; OLG Braunschweig, aaO., m.w.N.). Eine **Katalogtat scheidet** als Anlasstat **in der Regel aus**, wenn der Einzeltat **nicht mindestens eine Straferwartung von einem Jahr** zukommt (OLG Braunschweig, Beschluss vom 29.05.2008, Ws 188/08, juris, Rn. 6). Daran fehlt es. Im konkreten Fall gibt es zwar keinen Anlass, das Verhalten des Angeklagten zu bagatellisieren. **Von der geforderten schwerwiegenden Beeinträchtigung der Rechtsordnung** kann aber trotz der Vorstrafen des Angeklagten bei den Vorwürfen **nicht ausgegangen werden**: So verleiht der Wert der entwendeten Gegenstände zwischen 49,80 € und 76,85 € den jeweiligen Taten zu 1. bis 3. schon nicht die Bedeutung überdurchschnittlicher Vergehen des Diebstahls im besonders schweren Fall. Obgleich der Wert des Diebesgutes bei der Tat zu 4. ungleich höher ist, muss dem Angeklagten insoweit zugutegehalten werden, dass das Diebesgut sichergestellt werden konnte und dem Angeklagten deshalb nicht zur Verfügung stand.“ (LG Braunschweig aaO.)

StPO  
§ 338 Nr. 8

**Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde**  
**Grundsatz des fairen Verfahrens und Beschränkung der Verteidigung**  
(OLG Hamm in FD-StrafR 2016, 378114; Beschluss vom 23.03.2016 – 4 RBs 50/16)

StrafVerfR

Wird die Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens gerügt, ist eine **Darlegung erforderlich**, dass ein **kausaler Zusammenhang** zwischen dem Verfahrensverstoß und dem Urteil konkret bestehen kann.

**Fall:** Das Amtsgericht hat den Betroffenen wegen fahrlässiger Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit zu einer Geldbuße von 120 € verurteilt. Nach den Feststellungen des Amtsgerichts beging der Betroffene am 11.06.2014 einen Geschwindigkeitsverstoß als er mit seinem PKW außer Orts bei einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h mit einer Geschwindigkeit von 139 km/h (nach Abzug von 5 km/h Toleranzwert) fuhr. Die Geschwindigkeitsmessung erfolgte mit dem Messgerät ES 3.0.

Gegen das Urteil wendet sich der Betroffene mit seinem Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde. Er rügt die Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens, eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung (§ 338 Nr. 8 StPO) und des rechtlichen Gehörs, weil ihm (bzw. seinem Verteidiger) weder vor der Hauptverhandlung noch während der Hauptverhandlung die „F-Dateien im .T-Format nebst öffentlichem Schlüssel“ bzgl. der gesamten Messkampagne zur Verfügung gestellt worden seien, obwohl der in der Hauptverhandlung zur Ordnungsmäßigkeit der Messung gehörte Sachverständige diese Daten angefordert und erhalten hatte. Das Amtsgericht hatte zuletzt in der Hauptverhandlung den entsprechenden Antrag des Betroffenen zurückgewiesen, weil „eine weitere Beweiserhebung zur Erforschung des Sachverhalts nicht mehr erforderlich“ gewesen sei.

**I. Anforderungen an Begründung des Zulassungsantrags**

„Nach § 80 III OWiG gelten für den Zulassungsantrag die **Vorschriften über die Einlegung der Rechtsbeschwerde** entsprechend. Der Antrag gilt als vorsorglich eingelegte Rechtsbeschwerde. Dabei sind die Vorschriften über die Anbringung der Beschwerdeanträge und deren Begründung (§§ 344, 345 StPO) zu beachten. [Nach] § 344 II 2 StPO ... müssen die Rügen so ausgeführt werden, dass das Rechtsbeschwerdegericht allein aufgrund der Rechtsbeschwerdebegründung prüfen kann, ob der behauptete Verfahrensmangel vorliegt, wenn die vorgetragenen Tatsachen zutreffen (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 344 Rn. 21 m.w.N.). 9a.“ (OLG Hamm aaO.)

**II. Anwendung auf den Fall**

„Soweit der Betroffene die Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens rügt, ist es **erforderlich**, dass dargelegt wird, dass ein **kausaler Zusammenhang zwischen dem Verfahrensverstoß und dem Urteil konkret bestehen kann** (KG Berlin ZfSch 2013, 410; OLG Braunschweig ZfSch 2014, 473; OLG Celle ZfSch 2013, 412). Das ist nicht geschehen. Dem Rügevorbringen ist nicht zu entnehmen, welche **Tatsachen sich aus den fraglichen Dateien ableiten lassen** und welche **Konsequenzen für die Verteidigung** daraus gefolgt hätten. Die allgemeine Behauptung, es lasse sich nicht ausschließen, „dass die Überprüfung der Dokumentation der gesamten Messkampagne inklusive F-Dateien im „T-Format“ nebst öffentlichem Schlüssel ergeben hätte, dass ein Messfehler vorlag, die Authentizität der Messdateien nicht gegeben war oder die Feststellungen des Sachverständigen G fehlerhaft waren“ ist gerade keine Darlegung eines konkreten, sondern nur die Darlegung eines abstrakt möglichen Zusammenhangs.

Soweit eine **konkrete Benennung mangels Zugriffs auf die Unterlagen nicht möglich** ist, muss sich der Verteidiger bis zum Ablauf der Frist zur Erhebung der Verfahrensrüge **weiter um die Einsicht bemüht haben und die entsprechenden Anstrengungen gegenüber dem Rechtsbeschwerdegericht auch dartun** (OLG Celle aaO.). Letzteres hat er ebenfalls nicht getan.

Diese **Rügeanforderungen** sind in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zwar zunächst **für die Rüge der unzulässigen Beschränkung der Verteidigung** nach § 338 Nr. 8 StPO entwickelt worden (vgl. z.B. BGH NJW 2005, 300, 303; BGH NStZ 2010, 530, 531; vgl. auch OLG Hamm, Beschl. v. 14.11.2012 - 1 RBs 105/12) und ist dann in der obergerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls **angewandt worden auf Konstellationen, in denen neben der Rüge der Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens auch eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung geltend gemacht wird** (KG Berlin aaO.; OLG Braunschweig aaO.; OLG Celle aaO.). Auch nach dem Dafürhalten des Senats kann bzgl. der Rügeanforderungen nicht zwischen einer unzulässigen Beschränkung der Verteidigung und einer Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens differenziert werden, wenn die **behaupteten Verfahrensverstöße beide gleichermaßen ihre Ursache in einer möglichen Verletzung des Akteneinsichtsrechts der Verteidigung nach § 147 StPO haben**. Die Schutzrichtung ist in diesen Fällen dieselbe, so dass in diesen Fällen nicht die Rügeanforderungen für eine Rüge nach § 338 Nr. 8 StPO dadurch unterlaufen werden können, dass allein oder daneben auch die Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens (jedoch vor demselben tatsächlichen Hintergrund und mit gleicher Angriffsrichtung) gerügt wird.

Entsprechendes gilt für die Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs (vgl. OLG Celle aaO.; OLG Hamm. aaO.)“ (OLG Hamm aaO.)

(BGH in NJW 2016, 1601; Beschluss vom 08.03.2016 – 3 StR 484/15)

**Fall:** In einem Verfahren gegen den Angekl. wegen schweren Bandendiebstahls und Hehlerei wurden im Rahmen der Beweisaufnahme polizeiliche Observationsberichte verlesen. Es wird ein Verstoß gegen § 250 S. 2 StPO gerügt. Zu Recht?

Nach § 250 StPO gilt der Grundsatz der persönlichen Vernehmung. Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Vernehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden. Allerdings können nach § 256 Nr. 5 StPO 5. Protokolle sowie in einer Urkunde enthaltene Erklärungen der Strafverfolgungsbehörden über Ermittlungshandlungen, soweit diese nicht eine Vernehmung zum Gegenstand haben, verlesen werden. In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob dies auch für polizeiliche Observationsberichte gilt, ist umstritten.

Der BGH ist der Auffassung, dass polizeiliche Observationsberichte grundsätzlich gem. § 256 I Nr. 5 StPO verlesen werden können und der hiergegen von Teilen des Schrifttums vertretenen gegenteiligen Rechtsauffassung nicht zu folgen ist (vgl. im Einzelnen hierzu LG Berlin, StV 2015, 544 m.w.N.).

### I. Wortlautauslegung

„Aus dem Wortlaut des § 256 I Nr. 5 StPO **ergibt sich weder**, dass **Observationsberichte** im Speziellen von einer Verlesung ausgenommen sein sollen, noch – wie die Revision behauptet – dass Ermittlungshandlungen im Sinne der Vorschrift **ausschließlich, Routinemaßnahmen**‘ betreffen.“ (BGH aaO.)

### II. Gesetzesmaterialien

„Den Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 15/1508, 26 f.) ist eine **dahingehende Einschränkung gleichfalls nicht zu entnehmen**. Ziel der Einführung der Vorschrift war es, zu einer Entlastung der Strafverfolgungsbehörden und der Hauptverhandlung‘ beizutragen. Soweit es im unmittelbaren Anschluss daran heißt die Strafverfolgungsbehörden erstellen im Rahmen der Ermittlungen Protokolle und Vermerke über Routinevorgänge, drückt dies zwar ein Motiv des Gesetzgebers aus, nicht aber eine inhaltliche Eingrenzung. Dies belegt insbesondere die sich kurz darauf anschließende Passage der Gesetzesbegründung, wonach es sich bei den **Schriftstücken**, deren Verlesung § 256 I Nr. 5 StPO gestattet, (lediglich), **meist um routinemäßig erstellte Protokolle** handelt. Diese Relativierung („meist“) zeigt, dass der Gesetzgeber auch außerhalb der Routine liegende Vorgänge vom Anwendungsbereich der Vorschrift nicht ausschließen wollte (vgl. auch OLG Celle, NSZ 2014, 175 = StV 2013, 742).

Unabhängig davon werden aber auch **Observationsberichte zu solchen nach § 256 I Nr. 5 StPO verlesbaren, Routinevorgängen gerechnet** (vgl. ausdrücklich BeckOK StPO/Ganter, 22. Ed., § 256 Rn. 21; a.A. SK-StPO/Velten, 4. Aufl., § 256 Rn. 33). Hierfür spricht, dass sie hinsichtlich der Relevanz von Beobachtungsvorgängen **vergleichbar sind mit Durchsuchungsberichten** (vgl. hierzu BGH, NSZ 2011, 532), bei denen es etwa auf die konkrete Lage eines Beweismittels in einer Wohnung oder das Verhalten der bei der Durchsuchung anwesenden Personen maßgeblich ankommen kann, oder Festnahmeberichten (vgl. hierzu BGHR StPO § 256 I Nr. 5 Ermittlungsmaßnahmen 1), für die hinsichtlich der Beobachtung äußerer Umstände (Festnahmesituation; eventuelle Anhaltspunkte für Bewusstseinsstörungen der Festgenommenen o.Ä.) Vergleichbares gilt. Dennoch stellen solche Berichte nach der Gesetzesbegründung **ausdrücklich Beispiele für verlesbare Ermittlungsvermerke** i.S.d. § 256 I Nr. 5 StPO dar (BT-Drs. 15/1508, 26). Für Observationsprotokolle kann daher nichts anderes gelten.“ (BGH aaO.)

### III. Systematische Auslegung

„**Systematische Gründe** für einen Ausschluss von Observationsberichten aus dem Anwendungsbereich des § 256 I Nr. 5 StPO sind **nicht ersichtlich**. Im Gegenteil werden etwa von § 256 I Nr. 1 und 2 StPO auch Behörden- und Ärzteerklärungen erfasst, die keine Routinevorgänge betreffen. (BGH aaO.)

### IV. Teleologische Auslegung

„Schließlich spricht auch die teleologische Auslegung des § 256 I Nr. 5 StPO **gegen einen Ausschluss von Observationsberichten** aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift. Als Erwägung für die Verlesung von Protokollen und Erklärungen der Strafverfolgungsbehörden führen die Gesetzesmaterialien an, dass etwa ein **Polizeibeamter, in der Hauptverhandlung ohnehin in der Regel kaum mehr bekunden [könne] als das, was in dem Protokoll bereits schriftlich festgelegt**‘ sei (BT-Drs. 15/1508, 26). Dies trifft auf polizeiliche Observationsprotokolle aber gleichfalls zu. Kleine Details wie etwa Zeitangaben zu – für sich gesehen – wenig eindrücklichen einzelnen Beobachtungsvorgängen, die erst nachträglich in einem größeren Zusammenhang Bedeutung gewinnen können, werden in der zeitnahen Verschriftung oft zuverlässiger bekundet werden als nach oft langer Zeit in der Hauptverhandlung aus dem Gedächtnis.

Ob im konkreten Fall die **alleinige Verlesung eines Observationsberichts zur Wahrheitsfindung ausreicht** oder ob – gegebenenfalls darüber hinaus – die Vernehmung der Observationsbeamten erforderlich ist, ist **keine Frage der Zulässigkeit der Beweiserhebung** nach § 256 I Nr. 5 StPO, sondern eine Frage der Aufklärungspflicht nach § 244 II StPO. Eine Beweiserhebung wird nicht deshalb unzulässig, weil sie im Einzelfall zur Aufklärung nicht ausreicht (LG Berlin, StV 2015, 544). Hält die Verteidigung die **Verlesung eines Observationsberichts für unzureichend**, steht es ihr in der Hauptverhandlung frei, einen **Beweisantrag** auf Vernehmung der Observationsbeamten bzw. des Observationsführers **zu stellen** und im Falle der Antragsablehnung dies in der Revision zu rügen oder im Falle einer unterbliebenen Beweisantragstellung insoweit zumindest die Aufklärungsrüge zu erheben. Beides ist nicht geschehen.“ (BGH aaO.)



Liegen die Voraussetzungen eines gebundenen begünstigenden Verwaltungsakts im Zeitpunkt seines Erlasses sämtlich vor, darf er nicht nach § 36 I Alt. 2 BWVwVfG mit dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall versehen werden, dass diese Voraussetzungen künftig wegfallen.

**Fall:** Die Kl. wendet sich gegen einen Widerrufsvorbehalt, welchen die obere Schulaufsichtsbehörde der Anerkennung einer Ersatzschule der Kl. beigefügt hat.

Die Kl. betreibt in Böblingen ein privates Kaufmännisches Berufskolleg I, das als Ersatzschule genehmigt ist. Sie beantragte, ihrer Ersatzschule die Eigenschaft einer anerkannten Ersatzschule zu verleihen. Das Regierungspräsidium Stuttgart als obere Schulaufsichtsbehörde lehnte den Antrag ab: Nach der Nr. 12 I Nr. 1 Buchst. f der Vollzugsverordnung zum Privatschulgesetz Baden-Württemberg – BWVVPsChG – erfülle eine Ersatzschule die Anforderungen für ihre Anerkennung unter anderem nur dann, wenn ihre Lehrer in der Regel die Anstellungsfähigkeit für das entsprechende Lehramt an öffentlichen Schulen besäßen. Auf Grund dieser Bestimmung müssten mindestens zwei Drittel der eingesetzten Lehrkräfte die dort vorausgesetzte Anstellungsfähigkeit besitzen. Das treffe auf die Lehrkräfte an der Schule der Kl. nicht zu.

Das VG hat die Klage mit dem Begehren, das bekl. Land zu verpflichten, dem Kaufmännischen Berufskolleg der Kl. die Eigenschaft einer anerkannten Ersatzschule zu verleihen, abgewiesen (VG Stuttgart, Urt. v. 24.10.2012 – 12 K 2217/12, BeckRS 2012, 59906).

Die Kl. hat Berufung eingelegt. Während des Berufungsverfahrens hat das Regierungspräsidium Stuttgart die begehrte Anerkennung zunächst befristet und durch Bescheid vom 16.10.2013 unbefristet unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall ausgesprochen, dass die Voraussetzungen für die Verleihung der Eigenschaft einer anerkannten Ersatzschule nicht mehr vorliegen, insbesondere die Zahl der Lehrkräfte mit Anstellungsfähigkeit i.S.d. Nr. 12 I Nr. 1 Buchst. f BWVVPsChG unter zwei Drittel der an diesem Bildungsgang unterrichtenden Lehrkräfte fällt. Die Kl. hat daraufhin mit Zustimmung des bekl. Landes ihr Begehren geändert und beantragt, den Widerrufsvorbehalt in dem Bescheid des Regierungspräsidiums Stuttgart aufzuheben. Zu Recht?

### I. Voraussetzungen bei Nebenbestimmungen zu gebundenen, begünstigenden Verwaltungsakten

„Nach § 36 I BWVwVfG darf ein **Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht**, mit einer **Nebenbestimmung** nur versehen werden, wenn sie **durch Rechtsvorschrift zugelassen** ist oder wenn sie **sicherstellen** soll, dass die **gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt** werden. Die Vorschrift regelt abschließend, unter welchen Voraussetzungen ein gebundener begünstigender Verwaltungsakt mit einer Nebenbestimmung versehen werden darf.

Der VGH hat die irreversible Vorschrift des § 10 I BWPSchG für den Senat verbindlich dahin ausgelegt, dass die Verleihung der Eigenschaft einer anerkannten Ersatzschule nach dieser Vorschrift ein Verwaltungsakt ist, auf den ein Anspruch besteht, dessen Erlass also **nicht im Ermessen der oberen Schulaufsichtsbehörde** steht.“ (BVerwG aaO.)

### II. Anwendungsfall des § 36 I BWVwVfG

Von den beiden Alternativen des danach anwendbaren § 36 I BWVwVfG kommt, wie sich aus den weiteren Ausführungen des VGH ergibt, **von vornherein nur die zweite Alternative** in Betracht, denn es **fehlt an einer fachgesetzlichen Rechtsvorschrift**, welche im Sinne der ersten Alternative des § 36 I BWVwVfG Nebenbestimmungen zur Verleihung der Eigenschaft einer anerkannten Ersatzschule zulässt.“ (BVerwG aaO.)

### III. Sicherstellung der gesetzlichen Voraussetzungen für Begünstigung im Erlasszeitpunkt

Der streitige Widerrufsvorbehalt ist daher nur rechtmäßig, wenn er das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für die Anerkennung der Ersatzschule der Kl. sicherstellen soll.

„Diese **Voraussetzungen lagen** im Zeitpunkt der unbefristet ausgesprochenen Anerkennung **vollständig vor**. Die Nebenbestimmung in Gestalt des Widerrufsvorbehalts war der Anerkennung der Ersatzschule nur für den Fall beigefügt, dass diese **gesetzlichen Voraussetzungen künftig wegfallen** sollten. Eine Nebenbestimmung mit dieser Zielsetzung ist **von der Ermächtigungsgrundlage des § 36 I Alt. 2 BWVwVfG nicht gedeckt**.“ (BVerwG aaO.)

Nach § 10 I BWPSchG kann die obere Schulaufsichtsbehörde einer Ersatzschule die Eigenschaft einer anerkannten Ersatzschule verleihen, wenn die Ersatzschule die Gewähr dafür bietet, dass sie dauernd die auf Grund des Gesetzes an entsprechende öffentliche Schulen gestellten Anforderungen erfüllt. Nach der Nr. 12 I Nr. 1 Buchst. f der Vollzugsverordnung zum Privatschulgesetz Baden-Württemberg – BWVVPsChG – sind diese Anforderungen unter anderem nur dann erfüllt, wenn die **Lehrer in der Regel die Anstellungsfähigkeit für das ihrer Tätigkeit entsprechende Lehramt an öffentlichen Schulen** besitzen.

„Nach den Feststellungen des VGH wird diese Voraussetzung in der Verwaltungspraxis der Schulaufsichtsbehörden als erfüllt angesehen, wenn **mindestens zwei Drittel der Lehrer** an der Ersatzschule die Anstellungsfähigkeit besitzen. Der VGH hat im Weiteren die Bestimmung des § 10 I BWPSchG dahin ausgelegt, die Anerkennung setze voraus, dass diese Anforderung **auf Grund einer Prognose im Zeitpunkt der Anerkennung auf Dauer erfüllt** sein werde.

Das Regierungspräsidium Stuttgart als obere Schulaufsichtsbehörde hat in seinem Bescheid vom 16.10.2013 die Verleihung der Eigenschaft einer anerkannten Ersatzschule ausgesprochen und sich den Widerruf der Anerkennung nur für den Fall vorbehalten, dass die Voraussetzungen für diese Anerkennung „nicht mehr“ vorliegen. Hieran anknüpfend hat der VGH festgestellt, nach übereinstimmender Ansicht beider Bet. seien die **Voraussetzungen für die Anerkennung der Ersatzschule derzeit erfüllt**. Er hat sich diese tatsächliche Einschätzung zu eigen gemacht und hieraus die Folgerung gezogen, die **Anerkennung hätte auch ohne Widerruf ausgesprochen werden können**, weil der Widerrufsvorbehalt nicht dazu diene, einen ohne diese Nebenbestimmung nicht zulässigen begünstigenden Verwaltungsakt zu ermöglichen.

Nach diesen gem. § 137 II VwGO verbindlichen Feststellungen waren **im Zeitpunkt der Anerkennung deren Voraussetzungen einschließlich einer Prognose ihrer dauerhaften Erfüllung** gegeben. Die Nebenbestimmung diene mithin auch nicht dazu, eine günstige Prognose dauerhafter Erfüllung der Voraussetzungen zu ermöglichen, die sonst in diesem Zeitpunkt nicht hätte

getroffen werden können, etwa weil sich bereits im Zeitpunkt der Anerkennung auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte konkret abgezeichnet hätte, dass die Voraussetzungen der Anerkennung in absehbarer Zeit wieder fortfallen könnten.“ (BVerwG aaO.)

#### IV. Unzulässigkeit einer Nebenbestimmung zur zukünftigen Sicherung der gesetzlichen Voraussetzungen

Eine Nebenbestimmung ist nach der zweiten Alternative des § 36 I BWVwVfG nur zulässig, wenn sie sicherstellen soll, dass die Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsakts erfüllt werden, nicht hingegen dann, wenn sie – wie hier – nur sicherstellen soll, dass die Voraussetzungen erfüllt bleiben.

##### 1. Wortlautauslegung

„Schon der **Wortlaut** der Vorschrift stellt eindeutig und ausschließlich darauf ab, dass die Nebenbestimmung sicherstellen soll, dass die Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt werden. Der Wortlaut bringt damit zugleich den **Zweck der Bestimmung** zum Ausdruck. Die Behörde soll gem. § 36 I Alt. 2 BWVwVfG eine Nebenbestimmung beifügen dürfen, die sie ihr ermöglicht, einen **begünstigenden Verwaltungsakt zu erlassen, obwohl noch nicht sämtliche vom Fachrecht hierfür aufgestellten Voraussetzungen erfüllt oder nachgewiesen sind**. Die Nebenbestimmung ist ein Mittel, das Fehlen von Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsakts zu überbrücken. Im Interesse des betroffenen Bürgers eröffnet sich so ein Weg, Gründe für eine Versagung auszuräumen. Einen begünstigenden Verwaltungsakt unter Beifügung einer Nebenbestimmung zu erteilen, ist vielfach das mildere Mittel gegenüber seiner sonst erforderlichen Ablehnung.“ (BVerwG aaO.)

##### 2. Systematische Auslegung

„Der systematische Zusammenhang der beiden Alternativen des § 36 I BWVwVfG bestätigt diese Deutung der zweiten Alternative der Vorschrift. Gemeinsamer Anwendungsbereich beider Alternativen sind Nebenbestimmungen zu solchen **Verwaltungsakten, auf welche dem Grunde nach ein Anspruch besteht**. In seiner ersten Alternative knüpft § 36 I BWVwVfG die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen an eine dazu ermächtigende besondere Rechtsvorschrift. Sie trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die **Nebenbestimmung den Inhaber des Anspruchs belastet**. Sein Anspruch wird eingeschränkt, wenn er die mit dem Verwaltungsakt verbundene Begünstigung etwa nur noch unter einer bestimmten Bedingung, für einen gewissen Zeitraum oder um den Preis einer ihm zugleich auferlegten Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflicht begehren kann. Macht § 36 I BWVwVfG in seiner ersten Alternative somit die **Zulässigkeit von anspruchsbeschränkenden Nebenbestimmungen von einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung abhängig**, spricht dies im Umkehrschluss dafür, dass § 36 I BWVwVfG in seiner zweiten Alternative nicht auf eine allgemeine Einschränkung fachgesetzlich eingeräumter Rechtspositionen dergestalt zielt, dass begünstigende Verwaltungsakte selbst dann mit belastenden Nebenbestimmungen versehen werden dürften, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für ihren Erlass erfüllt sind und eine besondere Ermächtigung im Sinne der ersten Alternative von § 36 I BWVwVfG fehlt. Die Funktion der zweiten Alternative des § 36 I BWVwVfG liegt vielmehr darin, vom Erfordernis der gesonderten fachrechtlichen Ermächtigungsgrundlage dort eine Ausnahme zuzulassen, wo dieses Erfordernis zum Nachteil des Bürgers ausschlagen, nämlich sich als Hindernis für den Erlass eines Verwaltungsakts auswirken könnte, der unter Beifügung einer Nebenbestimmung bereits erlassen werden könnte.“ (BVerwG aaO.)

##### 3. Teleologische Auslegung

„Wären nach § 36 I Alt. 2 BWVwVfG Nebenbestimmungen zulässig, welche sicherstellen sollen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen eines Verwaltungsakts auch künftig erfüllt bleiben, würden zudem die **differenzierten Regelungen über den Widerruf** rechtmäßig erlassener Verwaltungsakte nach § 49 II 1 BWVwVfG **unterlaufen**. Das gilt jedenfalls für solche Nebenbestimmungen, die – wie auflösende Bedingung, Befristung oder Widerrufsvorbehalt – darauf zielen, die Wirksamkeit eines Verwaltungsakts zu beseitigen. Bei einer Vielzahl begünstigender Verwaltungsakte besteht die Möglichkeit, dass seine ursprünglich gegebenen gesetzlichen Voraussetzungen auf Grund einer nachträglichen Änderung der Sach- oder Rechtslage entfallen. Dieser Möglichkeit hat der Gesetzgeber in § 49 II 1 Nr. 3 und 4 BWVwVfG Rechnung getragen, dabei aber dem **Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes besonderes Gewicht** verliehen. Wäre die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen oder einer nachträglich geänderten Rechtsvorschrift berechtigt, einen rechtmäßigen begünstigenden Verwaltungsakt jetzt nicht mehr zu erlassen, setzt sein Widerruf in jedem Fall voraus, dass ohne ihn das öffentliche Interesse gefährdet würde. Der hierdurch bewirkte Schutz des Bestandsinteresses des Betroffenen würde durch einen Widerrufsvorbehalt umgangen, der – wie hier – allein daran anknüpft, dass die Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsakts nachträglich weggefallen sind und der insoweit einen eigenständigen Widerrufsgrund schafft (vgl. § 49 II 1 Nr. 1 BWVwVfG), der dieses Bestandsinteresse nicht in derselben Weise sichert.“ (BVerwG aaO.)

VwGO  
§ 75 S. 3

### Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens Untätigkeitsklage

VwProzR

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2016, 367; Beschluss vom 29.01.2016 – 11 OB 272/15)

1. Ein zureichender Grund, das gerichtliche Verfahren auszusetzen, liegt nicht vor, wenn die von der Verwaltungsbehörde **für ihr Untätigbleiben angegebene Begründung**, sie habe das Verwaltungsverfahren im Rahmen des ihr zustehenden Verfahrensermessens ausgesetzt, **nicht tragfähig** ist.
2. Die Entscheidung der Verwaltungsbehörde, das Antragsverfahren auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wegen **Vorgreiflichkeit einer Entscheidung über die Eingabe bei der Härtefallkommission** auszusetzen, ist nicht vom Verfahrensermessens gedeckt.

**Fall:** Die Klägerin wendet sich mit der Beschwerde gegen die Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens gemäß § 75 Satz 3 VwGO.

Die Klägerin beantragte mit Schreiben vom 18.01.2015 bei dem Beklagten die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Im nachfolgenden Schriftverkehr verwies der Beklagte darauf, dass ein Antrag der Klägerin auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bereits im Jahr 2011 negativ beschieden worden sei. Außerdem habe die Klägerin im Jahr 2012 eine Eingabe bei der Niedersächsischen Härtefallkommission eingereicht, über die noch nicht entschieden worden sei. Mit Schreiben vom 02.03.2015 erklärte der Beklagte, dass die Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bis zum Abschluss des Härtefallverfahrens gemäß §§ 9, 24 VwVfG ausgesetzt werde.

Die Klägerin hat am 26.04.2015 Untätigkeitsklage erhoben. Sie begehrt die Verpflichtung des Beklagten, über ihren Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu entscheiden.

Das Verwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 18.11.2015 das Verfahren bis zum Ablauf von zwei Monaten ab dem Tag der Entscheidung über die Eingabe der Klägerin an die Härtefallkommission (Nr. 2012/155), jedoch längstens bis zum 17.11.2016, ausgesetzt. Zur Begründung hat es ausgeführt: Die Entscheidung über die Aussetzung beruhe auf § 75 Satz 3 VwGO. Ein zureichender Grund für die Aussetzung im Sinne dieser Vorschrift liege vor. Der Beklagte habe das administrative Verfahren am 02.03.2015 zu Recht mit Blick auf das laufende Verfahren vor der Niedersächsischen Härtefallkommission von Amts wegen ausgesetzt. Diese Entscheidung sei von dem ihm zustehenden Verfahrensermessen gedeckt. Nach derzeitiger Sach- und Rechtslage wäre der Antrag der Klägerin auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abzulehnen, während ihm bei Erfolg der Eingabe an die Härtefallkommission voraussichtlich stattzugeben wäre. Ist die dagegen gerichtete Beschwerde der Klägerin begründet?

## I. Voraussetzungen für die Aussetzung der nach § 75 Satz 1 und Satz 2 VwGO

„Die Voraussetzungen für die Aussetzung der nach § 75 S. 1 und S. 2 VwGO nicht verfrüht erhobenen Untätigkeitsklage der Klägerin sind nicht gegeben. Nach § 75 Satz 3 VwGO setzt das Gericht das Verfahren bis zum Ablauf einer von ihm bestimmten Frist aus, wenn ein **zureichender Grund dafür vorliegt**, dass der beantragte **Verwaltungsakt noch nicht erlassen ist**. Ob ein zureichender Grund vorliegt, ist nach objektiven Gesichtspunkten zu entscheiden (VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 26.11.2010 - 4 S 2071/10 -, NVwZ-RR 2011, 224, juris, Rn. 3). Erforderlich ist, dass der **in Frage stehende Grund mit der Rechtsordnung in Einklang** steht (BVerwG, Beschl. v. 08.01.2004 - 7 B 58.03 -, juris, Rn. 4).“ (OVG Lüneburg aaO.)

## II. Vorliegen eines zureichenden Grundes für Nichtentscheidung der Behörde

Fraglich ist, ob in diesem Sinne ein zureichender Grund dafür vorliegt, dass der von der Klägerin beantragte Verwaltungsakt noch nicht erlassen worden ist, liegt nicht vor.

### 1. Begriff des Verfahrensermessens

„Das Verwaltungsgericht hat die Ansicht des Beklagten gebilligt, die Aussetzung des Verwaltungsverfahrens sei von seinem Verfahrensermessen gedeckt. Mit dem Begriff des **Verfahrensermessens** wird das Recht der Behörde umschrieben, **das Verwaltungsverfahren nach ihrem Ermessen zu gestalten und durchzuführen**, soweit nicht besondere Rechtsvorschriften bestehen und der Zweck des Verwaltungsverfahrens entgegensteht (Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 10, Rn. 16; Hill, Verfahrensermessen der Verwaltung, NVwZ 1985, 449). Einzelheiten regelt § 10 VwVfG. Nach Satz 1 ist das **Verwaltungsverfahren nicht an bestimmte Formen** gebunden, soweit keine besonderen Rechtsvorschriften für die Form des Verfahrens bestehen. Nach Satz 2 ist es einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen. Der Grundsatz der Formfreiheit ermächtigt nicht zu einer beliebigen Verfahrensgestaltung. Vielmehr hat sich die Ausübung des Verfahrensermessens an den Umständen und Besonderheiten des Einzelfalles auszurichten. Zum Inhalt der Verfahrensgestaltung nach § 10 Satz 2 VwVfG gehören auch die Grundsätze der Praktikabilität und Situationsgerechtigkeit des Verfahrens. Sie können in Konkurrenz zu anderen Zwecken, wie dem Zügigkeitsgebot und dem Grundsatz der Effektivität, treten. Die unterschiedlichen Zwecke sind dann von der Behörde zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl., § 10, Rn. 15).“ (OVG Lüneburg aaO.)

### 2. Anwendung auf den Fall

Hieran gemessen müsste die Aussetzungsentscheidung des Beklagten den rechtlichen Anforderungen genügen.

„Der Beklagte beruft sich in seinem Schreiben vom 24.02.2015 darauf, dass ein früherer Antrag der Klägerin auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis mit Bescheid vom 11.07.2011 abgelehnt und das anschließende verwaltungsgerichtliche Verfahren wegen Nichtbetreibens des Verfahrens mit Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 22.10.2012 eingestellt worden sei. Im Rahmen der vorliegenden Untätigkeitsklage weist der Beklagte ergänzend darauf hin, dass sich die Sach- und Rechtslage nach der Ablehnung vom 11.07.2011 nicht zugunsten der Klägerin verändert habe. Außerdem sei der Ausgang des Verfahrens vor der Niedersächsischen Härtefallkommission abzuwarten.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Fraglich ist, ob diese Gründe ein Untätigbleiben des Beklagten rechtfertigen

#### a) Erneute Antragstellung nach Ablehnung

„Die Ablehnung des Antrages auf Erteilung eines Aufenthaltstitels mit Bescheid vom 11.07.2011 steht der erneuten Antragstellung nicht entgegen. Das damalige Verfahren wurde durch die Einstellung des gerichtlichen Verfahrens mit Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 22.10.2012 rechtskräftig beendet. Es ist der **Klägerin** deshalb **unbenommen**, einen weiteren Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu stellen. Für eine **Missbräuchlichkeit des erneuten Antrages** liegen **keine Anhaltspunkte** vor. Seit der Beendigung des letzten Verfahrens waren bei Antragstellung mit Schriftsatz vom 18.01.2015 **mehr als zwei Jahre** vergangen. Aus der Sicht der Klägerin lagen zum Zeitpunkt der Antragstellung auch veränderte Verhältnisse vor. Die Klägerin macht geltend, dass die Voraussetzungen einer Einbürgerung für ihre Kinder vorlägen und sie deshalb über diese Rechtsposition ihrer Kinder ein eigenes Aufenthaltsrecht ableite. Die gegenteilige Auffassung des Beklagten, die Sach- und Rechtslage habe sich nicht zum Vorteil der Klägerin verändert, begründet nicht das Recht, den Antrag der Klägerin nicht oder nicht zügig zu bearbeiten.“ (OVG Lüneburg aaO.)

#### b) Eingabe bei der Niedersächsischen Härtefallkommission

„Die Anhängigkeit einer Eingabe der Klägerin bei der Niedersächsischen Härtefallkommission rechtfertigt ebenfalls nicht die Aussetzung des Verwaltungsverfahrens. Die vom Verwaltungsgericht angenommene **Vorgreiflichkeit des Verfahrens** vor der Niedersächsischen Härtefallkommission **liegt nicht vor**. Die die Voraussetzungen einer Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens bei Vorgreiflichkeit regelnde Vorschrift des § 94 VwGO ist zwar im Verwaltungsverfahren nicht anwendbar (Schmitz, aaO., § 9, Rn. 203). Der **Rechtsgedanke** ist jedoch **übertragbar**. Eine Aussetzung des Verwaltungsverfahrens kann daher vom Verfahrensermessen gedeckt sein, wenn die beabsichtigte Sachentscheidung **ganz oder teilweise von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das Gegenstand eines anderen Verwaltungsverfahrens** ist (Sennekamp, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2014, § 9, Rn. 44). Eine solche Fallgestaltung ist hier nicht gegeben.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Zudem wird durch die Eingabe bei der Niedersächsischen Härtefallkommission kein **Verwaltungsverfahren eingeleitet**.

„Unter den Begriff des Verwaltungsverfahrens fällt die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit von Behörden (Kopp/Schenke, aaO., § 9, Rn. 6). Die **Härtefallkommission nimmt nicht Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr** und ist deshalb nicht eine Behörde im Sinne des § 1 IV VwVfG. Sie prüft unabhängig und weisungsungebunden in einem mehrstufigen Verfahren, ob **dringende humanitäre oder persönliche Gründe** vorliegen, die die weitere Anwesenheit der Ausländerin oder des Ausländers im Bundesgebiet rechtfertigen (vgl. Niedersächsische Härtefallkommissionsverordnung - NHärteKVO -, Präambel und § 2 V 1).“ (OVG Lüneburg aaO.)

Hinzu kommt, dass die rechtliche Beurteilung des Antrags der Klägerin nicht von der Entscheidung der Härtefallkommission abhängig ist.

„Diese kann nach Prüfung des Sachverhalts ein Härtefallersuchen an das Niedersächsische Ministerium für Inneres und Sport als oberste Aufsichtsbehörde für das Ausländerrecht stellen. Eine solche Entscheidung hat **rein humanitären Charakter**. Sie begründet nicht subjektiv-öffentliche Rechte für den Ausländer und unterliegt daher auch nicht der gerichtlichen Kontrolle (Burr, in: GK-AufenthG, Stand: Dezember 2015, § 23 a, Rn. 2). Das Ministerium ist nicht an das Härtefallersuchen der Kommission gebunden, sondern **trifft eine eigene Ermessensentscheidung** gemäß § 23 a AufenthG (Burr, aaO., § 23 a, Rn. 15; vgl. auch den Bericht über die Tätigkeit der Niedersächsischen Härtefallkommission für den Zeitraum vom 01.01.2013 bis 31.08.2014, Seite 10, im Internet abrufbar über das Niedersachsen Portal). Die Annahme des Verwaltungsgerichts, bei erfolgreichem Ausgang des Verfahrens vor der Härtefallkommission wäre dem Antrag der Klägerin voraussichtlich stattzugeben, überzeugt deshalb nicht. Eine Empfehlung der Kommission entbindet das Ministerium nicht von der Verpflichtung, jeden Einzelfall unter Berücksichtigung der Vorgaben in § 23 a AufenthG zu prüfen.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Die Nichtentscheidung über den Antrag der Kläger kann auch nicht mit Zweckmäßigkeitserwägungen gerechtfertigt werden.

„Der Beklagte trägt schließlich auch vergeblich vor, es sei am zweckmäßigsten, die Entscheidung der Härtefallkommission über die Eingabe der Klägerin abzuwarten, weil der Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis derzeit abzulehnen sei. Die **Entscheidung, das Verwaltungsverfahren auszusetzen, kann nicht mit der Aussichtslosigkeit des Begehrens begründet werden**. Mit seiner Aussetzungsentscheidung hat der Beklagte eine inhaltliche Befassung mit dem Anliegen der Klägerin abgelehnt. Die angeführten Gründe der Praktikabilität und Verwaltungseffizienz sind auch nicht tragfähig. Da nach Ansicht des Beklagten der Antrag der Klägerin auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wegen einer gegenüber dem früheren Antrag unveränderten Sach- und Rechtslage nicht erfolgversprechend ist, wäre der Verwaltungsaufwand für die Bearbeitung des Antragsbegehrens begrenzt.“ (OVG Lüneburg aaO.)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Rosenkranz:** Das Umsetzungsgesetz zur Wohnimmobilienkreditrichtlinie und die verbundenen Verträge (in: NJW 2016, 1473)

Anlässlich der Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-RL modifiziert der Gesetzgeber auch die Vorschriften der verbundenen und zusammenhängenden Verträge. Die neuartigen Kopplungsgeschäfte und die unentgeltlichen Verbraucherdarlehen („Null-Prozent-Finanzierungen“) treten so in ein Spannungsverhältnis mit den §§ 358–360 BGB. Dieser Beitrag stellt die Änderungen dar und untersucht in Ergänzung zu Omlor (NJW 2016, 1265), welche Auswirkungen sie auf bestehende Streitpunkte im Recht der verbundenen Verträge haben. Hierbei stehen die Informationspflichten und Verbraucher-Verbraucher-Darlehen im Fokus. Im Ergebnis bleibt dort alles beim Alten.

2. **Popp:** Das formal korrekte Arbeitszeugnis (in: DB 2016, 1075)

Arbeitszeugnisse gelten gemeinhin als intransparent. Diese Einschätzung wird durch zahlreiche Meinungsbeiträge geschürt, insb. durch solche, die kontinuierlich in der Tagespresse erscheinen und den Ausstellern solcher Zeugnisse unlautere Absichten unterstellen: Von „Geheimcodes“ ist da die Rede; von kryptischen Formulierungen, die abfällige Informationen transportieren sollen, um dem Zeugnisempfänger auf seinem weiteren Berufsweg zu schaden. Vor diesem Hintergrund ist es nicht immer einfach, eine abschließende Bewertung des ausgestellten Zeugnisses abzugeben. Der nachfolgende Beitrag bemüht sich darum, zumindest Unsicherheiten, die bei solchen Bewertungsversuchen in formeller Hinsicht auftreten können, so weit wie möglich vermeidbar zu machen.

3. **Friesen:** Der Verbraucher und sein Teppich – Altbekanntes im Gewand des reformierten Verbraucherschutzrechts (in: VuR 2016, 174)

Grenzüberschreitenden Verbrauchergeschäften kommt seit mehreren Jahren in der Rechtswissenschaft kein Exotenstatus mehr zu. Neben der Vernetzung durch das Internet hat auch der europäische Gesetzgeber wesentlich dazu beigetragen. Denn konsumentenschützende Sondervorschriften im Internationalen Zivilverfahrens-, Privat- und innerstaatlichen Umsetzungsrecht zu Richtlinien räumen der „schwachen Vertragspartei“ Privilegien ein, um ihr bei solchen Abreden rechtliche Sicherheit zu vermitteln und fördern auf diese Weise zugleich den Binnenhandel. Trotz alledem erscheint die Anwendung der drei Regelungskomplexe durch die Judikative oftmals nicht frei von Bedenken. Auch das Urteil des AG Würzburg v. 02.10.20143 stößt in Teilen auf Kritik. Obwohl es im Ergebnis Zustimmung verdient, bleibt hervorzuheben, dass das Gericht wohl aus Gründen der Prozessökonomie auf einige Aspekte nicht eingeht, weshalb die Entscheidung nicht verallgemeinerungsfähig ist. Sie bietet allerdings Gelegenheit, bedeutende Reformen im Verbraucherschutzrecht auf EU- wie nationaler Ebene aufzugreifen.

4. **Schmerbach:** Aktuelle Probleme in Insolvenzverfahren natürlicher Personen (in: VIA 2016, 33)

Für die ab dem 01.07.2014 beantragten Verfahren natürlicher Personen hat das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte weitreichende Änderungen gebracht. War die Rechtsprechung zu den Änderungen anfangs eher verhalten, zeichnet sich inzwischen auf mehreren Gebieten Klärungsbedarf ab. Intensiv diskutiert werden die Überprüfung der Bescheinigung gem. § 305 I Nr. 1 InsO durch das Insolvenzgericht, die Vergütung des Insolvenzverwalters in Verbraucherinsolvenzverfahren (§ 13 InsVV) und sofortige Erteilung der Restschuldbefreiung bei fehlenden Forderungsanmeldungen in Stundungsverfahren (§ 300 I 2 Nr. 1 InsO). Hinzu kommt der Wegfall der Sperrfristrechtsprechung des BGH. Erste Rechtsbeschwerdeverfahren sind inzwischen beim BGH anhängig. Hiermit beschäftigt sich der vorliegende Beitrag.

### II. Strafrecht

1. **Allgayer:** Vertretung bei Einlegung sowie Begründung von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen (in: NSTZ 2016, 192)

Der Beitrag gibt einen Überblick über Rechtsprechung und Meinungsstand zu Fragen der Vertretung bei Einlegung sowie Begründung von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen.

2. **Meyer-Mews:** Telekommunikationsüberwachung im Strafverfahren: Anordnungs- und Eingriffsvoraussetzungen, Rechtsschutz (Teil 1) (in: StraFo, 2016, 133)

Der Autor stellt im ersten Teil des Aufsatzes die gesetzlichen Anordnungs- und Eingriffsvoraussetzungen der Telekommunikationsüberwachung (Art. 10 GG; §§ 100a, 100b StPO) im Strafverfahren dar. Dabei beschränkt er sich auf die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Überwachung von Telefongesprächen im engeren Sinn.

3. **Heinke:** Unzulässiges Festhalten an einer überkommenen Strafnorm; § 103 StGB – wenn abschaffen, dann sofort (in: ZRP 2016, 121)

Die Schmähung des türkischen Staatspräsidenten durch einen deutschen Comedian hatte zunächst politische Auswirkungen, löste dann eine Diskussion um Strafverfolgungsermächtigungen aus und führt schließlich zu den Wurzeln des Strafrechts – darf der Staat an einer Strafnorm festhalten, die er nicht mehr für erforderlich hält?

4. **Hamm:** Richten mit und über Strafrecht (in: NJW 2016, 1537)

Wie frei ist der Gesetzgeber in der Entscheidung, ob er einen Verstoß gegen Verhaltensnormen mit Kriminalstrafe bedroht? Der Beitrag behandelt diese grundsätzliche Frage auch aus Anlass des Schwerpunktthemas des Deutschen Anwaltstags: „Wenn das Strafrecht alles richten soll ...“

5. **Schnoor/Giesen/Addicks:** Mitteilungen der Staatsanwaltschaften an die Presse ohne Datenschutz? (in: NStZ 2016, 256)

Die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts von Beschuldigten durch Mitteilungen der StA an die Presse ist angesichts so bekannter Fälle wie Hoeneß, Fitschen, Kachelmann und Zumwinkel (genauso trifft es aber jeden Bauunternehmer, Arzt, Beamten oder Ortsvorsteher) durchaus schon deutlich und mit guten juristischen Gründen kritisiert worden. Am Wildwuchs dieser Praxis, der sich als Belastung des Strafprozesses und als gewohnheitsmäßige verfassungswidrige Verletzung des Persönlichkeitsrechts erweist, hat das nichts gebessert. Liegt das an den einschlägigen Rechtsvorschriften oder an Fehlern bei deren Anwendung? Ein genauerer Blick lohnt sich, er stößt auf erstaunliche Divergenzen in den Rechtsauffassungen und vor allem auf Rechtsgrundlagen, die Abhilfe ermöglichen, ja erzwingen.

### III. Öffentliches Recht

1. **Peters/Janz:** Aktuelle Fragen des Versammlungsrechts – Rechtsprechungsübersicht (in: LKV 2016, 193)

Der Beitrag zeigt die Entwicklung des Versammlungsrechts in der Rechtsprechung seit 2012 auf. Die Judikatur des BVerfG steht im Vordergrund; Entscheidungen der Verwaltungsgerichte sind ebenfalls berücksichtigt. Dabei sorgt besonders Berlin als Hauptstadt der Demonstrationen für eine rege verwaltungsgerichtliche Tätigkeit. Daneben sind in Sachsen vermehrt versammlungsrechtliche Konflikte auszumachen.

2. **Kreß:** Klärungsbedarf im Religionsrecht (in: ZRP 2016, 115)

In der Bundesrepublik Deutschland gelten für das Verhältnis zwischen dem Staat und den Kirchen bzw. den Religionen und Weltanschauungen Verfassungsbestimmungen aus dem Jahr 1919. Inzwischen zeigen sich ihre geschichtlich bedingten Grenzen. Dies wird brenn-glasartig an den Herausforderungen deutlich, vor denen heutiger schulischer Religionsunterricht steht, oder an den Rechtsnormen für religiöse Träger im Gesundheits- und Sozialsystem. Auf Dauer wird es nicht ausreichen, Streitfragen durch Gerichte klären zu lassen. Vielmehr ist der Gesetzgeber bzw. der Verfassungsgesetzgeber gefordert. Mit diesen Fragen beschäftigt sich der vorliegende Beitrag.

3. **Sauerland:** Der Widerruf auflagenbeschwerter Einbürgerungen (in: DÖV 2016, S. 465)

Die Verleihung der deutschen Staatsangehörigkeit als statusbegründender Verwaltungsakt wird in der Rechtswissenschaft einhellig als „nebenbestimmungsfeindlich“ klassifiziert. In der Konsequenz darf etwa ein Verstoß gegen eine der Einbürgerungsentscheidung beigefügte Auflage nicht mit einem Widerruf der Einbürgerung nach § 49 VwVfG geahndet werden. Der Beitrag zeigt auf, dass dieser Befund nicht zwingend ist, sondern zu differenzieren gilt: Zumindest Ermessenseinbürgerungen können sehr wohl mit einer Nebenbestimmung in Gestalt einer Auflage versehen und im Fall des Auflagenverstößes widerrufen werden.

4. **Bernsdorff:** Sozialhilfe für nichterwerbstätige Unionsbürger – Kassel locuta, causa finita? (in: NVwZ 2016, 633)

Geräuschlos hat das BSG über arbeitslosen Zuwanderern aus ärmeren EU-Ländern ein Füllhorn ausgeschüttet (FAZ v. 05.12.2015) und ein neues großes Einfallstor für Armutsmigration geschaffen (dpa v. 23.12.2015). Mit solchen oder ähnlichen – teilweise bissigeren – Kommentaren haben Politik und Medien auf Grundsatzurteile aus Kassel reagiert, von „Hartz IV-Zahlungen“ ausgeschlossenen Unionsbürgern wenigstens den Zugang zu Existenzsicherungsleistungen der Sozialhilfe zu ermöglichen. Den Richtern wird vorgeworfen, sie hätten sich hierbei allzu „freihändig“ auf das Urteil des BVerfG zum Asylbewerberleistungsgesetz vom 18.07.2012 (BVerfGE 132, 134 = NVwZ 2012, 1024 mit Anm. Paul Tiedemann) berufen. Der Beitrag geht dieser Kritik nach.

5. **Scheidler:** Abweichungen vom Bebauungsplan für Handwerks-, Gewerbe- und Industriebetriebe (in: WiVerw 2016, 65)

Die Ansiedlung größerer Industrie- und Gewerbebetriebe bringt für viele Gemeinden eine Reihe von Vorteilen mit sich, so in der Regel einen Anstieg der Gewerbesteuererinnahmen und die Schaffung neuer Arbeitsplätze. Vor allem in kleineren, strukturschwachen Gemeinden kann die Ansiedlung auch nur eines großen Betriebs einen deutlich spürbaren Aufschwung bringen. Aber auch weniger große Betriebe, wie etwa Handwerksbetriebe, sind in der Regel in den meisten Gemeinden willkommen, dies auch im Hinblick auf die Verbesserung und Verbreiterung der allgemeinen Angebotsstruktur. Von daher verwundert es nicht, dass viele Gemeinden sich mehr oder weniger aktiv darum bemühen, neue Handwerks-, Gewerbe- und Industriebetriebe in die Gemeinde zu bekommen, wobei die Intensität dieser Bemühungen oftmals entscheidend von der Rührigkeit des jeweiligen Bürgermeisters abhängt.

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

1. **Roth:** Bedeutende steuerpolitische Entwicklungen 2015/2016 (in: ZRP 2016, 111)

Das Steuerrecht ist seit jeher Betätigungsfeld politischer Versuche zur Einflussnahme, die unterschiedlichsten Motivationen unterliegen. In dem Beitrag werden bedeutende aktuelle steuerpolitische Tendenzen unter steuer- und ordnungspolitischen Gesichtspunkten beleuchtet.

2. **Crezelius:** Aktuelle Steuerrechtsfragen in Krise und Insolvenz - März/April 2016 (in: NZI 2016, 440)

Der vorliegende Aufsatz beschäftigt sich mit aktuellen Fragen zu steuerrechtlichen Problemen im Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren.

3. **Kalaitzis:** Haftungsfalle Empfangsbekanntnis (in: NJW 2016, 1542)

Mit seiner Entscheidung, wonach Anwälte keine Berufspflicht trifft, an Zustellungen von Anwalt zu Anwalt mitzuwirken, hat der BGH im Oktober 2015 für einen berufsrechtlichen Paukenschlag gesorgt. Bis dahin war eine Verweigerung der Mitwirkung völlig unbestritten als Berufsrechtsverstoß angesehen und auch sanktioniert worden. Das Urteil des BGH wirft über das Berufsrecht hinaus zahlreiche verfahrens-, haftungs- und strafrechtliche Folgefragen auf. Diesen geht der Autor nach und gibt Handlungsempfehlungen zur Vermeidung von Haftungsrisiken.

4. **Horn:** Die Regulierung von Pflichtteilsansprüchen (in: NJW 2016, 1559)

Der Gesetzgeber hat das Pflichtteilsrecht erfreulicherweise klar geregelt: Dem Pflichtteilsberechtigten stehen verschiedene vorbereitende Ansprüche zu, die ihn in die Lage versetzen, seine Zahlungsansprüche zu beziffern. Der Erbe hat diese Ansprüche zu erfüllen. Gleichwohl sind bei der Führung von Pflichtteilsmandaten viele Aspekte zu beachten, deren Nichtbeachtung die Anwaltshaftung bedeuten kann.

## Das Gebot effektiven Rechtsschutzes

Durch die grundgesetzlichen Gewährleistungen ist der Bürger vor unzulässigen Eingriffen in seine Rechte nur dann effektiv geschützt, wenn er die Beachtung seiner Rechte auch vor einem Gericht einklagen kann. Art. 19 IV GG ist jedoch nicht nur auf den Schutz der Grundrechte beschränkt, sondern bezieht sich auf die Prüfung der **Verletzung einfachgesetzlicher Normen**. Anderenfalls wären die Grundrechte leere Formeln ohne praktische Bedeutung. Insofern ist Art. 19 IV GG sowohl ein formelles Grundrecht als auch ein Verfahrensgrundrecht. Es bietet einen **lückenlosen gerichtlichen Rechtsschutz vor staatlichen Maßnahmen**.

Der Rechtsweg ist gewährleistet gegen **Maßnahmen der öffentlichen Gewalt**, die eine **Rechtsverletzung** herbeiführen können. Von dieser Gewährleistung ist nicht das Recht umfasst, wegen einer vermeintlichen Grundrechtsverletzung das Bundesverfassungsgericht anrufen zu können. Diese Möglichkeit wird durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG als Spezialnorm ausdrücklich geregelt und unterfällt der Rechtsschutzgarantie nicht.

### I. Maßnahme der öffentlichen Gewalt

#### 1. Exekutive

Der Schutz gegen Maßnahmen der Exekutive als der Gewalt, die **Gesetze ausführt**, ist ohne weiteres gegeben. Insbesondere ist nach heutiger Ansicht auch **in den sog. besonderen Gewaltverhältnissen** (Beamte, Schüler, Strafgefangene usw.) der Rechtsschutz **nicht ausgeschlossen**, sondern auch hier besteht ein Anspruch auf gerichtliche Prüfung von Maßnahmen.

#### 2. Judikative

Es ist zweifelhaft, ob Art. 19 IV GG nicht nur den Schutz durch den Richter gewährleistet, sondern auch gegen Entscheidungen des Richters. Dies ist nach nahezu einhelliger Auffassung jedoch nicht der Fall. Dies wird damit begründet, dass der Bürger nur einen Anspruch darauf hat, dass sich **überhaupt ein Gericht** mit der Angelegenheit befasst, **nicht** aber, dass auch ein **Rechtsschutz** gewährleistet wird. Ein solcher wäre aber Voraussetzung um den Schutz gegen richterliche Entscheidungen in den Schutzbereich des Art. 19 IV GG mit einzubeziehen. Diese Auslegung berücksichtigt das Erfordernis der **Rechtssicherheit**. Wäre gegen jede richterliche Entscheidung wegen Art. 19 IV GG immer und immer wieder eine gerichtliche Prüfung möglich, könnte nie von einer Bestandskraft ausgegangen werden und Rechtssicherheit würde nicht mehr bestehen.

#### 3. Legislative

Die gerichtliche Überprüfung von Gesetzen durch die abstrakte und konkrete Normenkontrolle ist in Art. 93 GG ausdrücklich geregelt. Danach steht es grundsätzlich nicht in der Macht des Einzelnen unabhängig von einer konkreten Rechtsverletzung die Prüfung eines formellen Gesetzes zu veranlassen. Diese Grundentscheidung, dem Einzelnen grundsätzlich nicht das **Recht zur Einleitung einer Normenkontrolle** zu verleihen, darf durch eine weite Auslegung des Art. 19 IV GG nicht unterlaufen werden. Die **Gesetzgebung** durch das Parlament ist damit vom **Schutzbereich des Art. 19 IV GG ausgenommen**.

### II. Rechtsverletzung

Eine Berufung auf Art. 19 IV GG ist nur dann möglich, wenn subjektive Rechte des Verfahrensführers betroffen sind, wobei hierunter sowohl die **privaten** als auch die **öffentlichen Rechte** fallen, soweit diese auch dem Schutz des Betroffenen dienen. Eine Rechtsverletzung liegt in einem **rechtswidrigen Eingriff**. Allerdings besteht die Garantie effektiven Rechtsschutzes nicht erst dann, wenn die Verletzung tatsächlich feststeht, sondern bereits dann, wenn sie nach dem Vortrag vorliegen kann. Bereits Art. 19 IV GG sieht mit dieser Voraussetzung den **Ausschluss der Popular- und Verbandsklage** vor, soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen wird.

### III. Begriff des Rechtsweges

Die Rechtsweggarantie umfasst den **Zugang zum Gericht**, das **Verfahren vor dem Gericht** und die **Entscheidung durch das Gericht**. Hierbei muss es sich um ein staatliches Gericht handeln, das den Anforderungen an Art. 92 und 97 GG genügt. Allerdings ist verbürgt nur der **einmalige Zugang** zum Gericht, hingegen ist der Gesetzgeber **nicht** verpflichtet, einen mehrstufigen **Instanzenzug** zur Verfügung zu stellen.

Art. 19 IV GG garantiert darüber hinaus aber nicht nur, dass sich ein Gericht überhaupt mit der Angelegenheit befasst, sondern erforderlich ist vielmehr die **Zurverfügungstellung effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten**, die vom Betroffenen tatsächlich in Anspruch genommen werden können und nicht nach unangemessen langer Zeit zu einer Entscheidung führen.



**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> <b>Niedersachsen</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>Dir. AG a.D. Dr. K.</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>08.12.2015</b>
--------------------------------------	--------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------

**Zur Person:**

Dr. K. hat bei uns den Vorsitz gehabt und war sich seiner Verantwortung in vollen Zügen bewusst. Er hat Verständnis für die Nervosität jeden einzelnen Prüflings und vermag diese auch durch seine erfahrene Art zu nehmen. Wir haben uns zunächst zu viert bei ihm im Prüfungsraum eingefunden und haben kurzen Smalltalk gehalten. Anschließend wollte er von uns wissen, ob einer oder auch mehrere von uns ggf. Bedenken hinsichtlich der Prüfung hätten und ob er als Vorsitzender auf etwas besonders Acht geben sollte. Ich habe beispielsweise angeführt, dass ich gerne nicht zu lange Sachverhalte vorlesen wollte, da ich eine starke Erkältung mit mir zur Prüfung geschleppt hatte und gerne noch zu jedem Rechtsgebiet etwas sagen wollte, ohne das meine Stimme dabei versagt. - Das war auch gar kein Problem.

**Zur Prüfung:**

A geht nach einem Discobesuch nach Hause und da der Weg recht lang ist und er kein Geld mehr dabei hat und auch keine Handy dabei hat entschließt er sich kurzerhand dem B, der im zufällig über den Weg gelaufen ist, mittels seines mitgeführten Butterfly-Messers, dessen Geld sowie SMARTPHONE abzunehmen. B hatte jedoch kein Geld dabei und auch nur ein altes Handy, das der A entgegengenommen hat und nach kurzer Zeit des Überlegens zurückgegeben hat.

Dr. K. forderte mich auf den Fall zu wiederholen und mit der Prüfung zu beginnen. Grundsätzlich ist ihm eine saubere Prüfung sehr wichtig, jedoch kann man bei unproblematischen Fällen auch einen gekürzten Gutachtenstil anwenden. Es ging ihm zunächst einmal darum, ob eine vollendete Wegnahme i.S.d. §249 gegeben gewesen ist. Dabei war es ihm wichtig, dass man die Wegnahme bis im Detail definieren konnte und auch in der Lage gewesen ist, zu argumentieren, warum man diese verneinen könnte. Dabei war vor allem auch darauf einzugehen, dass A nur ein altes Handy erhalten hatte.

Anschließend wurde der Versuchte Raub geprüft und im Rahmen des Tatentschlusses war die Frage wichtig, ob nun ein versuchter Raub oder aber eine versuchte räuberische Erpressung vorliegt. Dabei war es ihm wichtig, dass man die jeweiligen Meinungen vertreten konnte und gekonnt und selbstbewusst eine Antwort geben konnte.

Zum Schluss hat er noch Basics zur StPO aufgeworfen.

Dr. K. legt unheimlich viel Wert auf ein Grundverständnis im Bereich der StPO. Dies ist für ein solides Bestehen bei ihm unerlässlich.

**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.

**Land:**  
**Schleswig-Holstein**

**Prüfer (mit Titel usw.)**  
**PräsLG a.D. Dr. B.**

**Tag d. mündl. Prüfung**  
**11.11.2015**

**Zur Person:**

Herr. Dr. B. ist, wie sich bereits aus den zahlreichen Vorprotokollen ergibt, ein freundlicher, erfahrener und kommunikativer Prüfer. Ich halte es für einen Glücksfall, ihn als Prüfungsvorsitzenden zu bekommen, da er auch bei seinen Kollegen darauf achtet, dass diese jeden Prüfling ausreichend zu Wort kommen lassen und auch den Zeitablauf im Blick hat, sodass wir bereits um 15:00 mit unserer Prüfung durch waren.

Das Vorgespräch fand eine Woche vor der Prüfung am LG Lübeck statt. Der Einladung dorthin sollte man auf jeden Fall folgen, auch um sich ein Bild von seinem Vorsitzenden zu machen. Hinsichtlich des Ablaufs des Vorgesprächs kann auf die zahlreichen Vorprotokolle verwiesen werden. Er gab uns den Tipp, die Zeit bis zur mündlichen Prüfung mit der Lektüre überregionaler Tageszeitungen und aktuellen Entscheidungen zu verbringen. Insgesamt ein Prüfer vor dem niemand Angst haben muss.

**Zur Prüfung:**

Herr Dr. B. prüfte einen Fall, der dem geeigneten Protokollleser bekannt vorkommen dürfte und zeigt, dass er gern aktuelle Themen im Rahmen der Prüfung behandelt. Er hatte das Urteil des BGH (Urteil vom 13.10.2015 – Az.: II ZR 23/14) ausgesucht. Es ging um die Klage eines professionellen Leichtathleten gegen den Deutschen Olympischen Sportbund (DOSB) auf Schadensersatz, weil dieser ihn nicht als Leichtathlet für die olympischen Sommerspiele 2008 in Peking nominiert hat. Der Leichtathlet begehrte Schadensersatz (entgangene Preis- und Sponsorengelder und Werbeeinnahmen), weil er nicht für die Olympischen Spiele aufgestellt worden war, obwohl er meinte, die Verbandsvorgaben erfüllt zu haben.

Diese sahen vor, dass der Sportler "zweimal 17,00 m" oder "einmal 17,10 m" springen muss, um durch den Olympischen Sportbund für die Olympischen Spiele aufgestellt zu werden. Der Kläger sprang bei einem Wettkampf (einmal vormittags, einmal nachmittags) 17,00 m. Der DOSB vertrat den Standpunkt, "zweimal" bedeute "bei zwei unterschiedlichen Wettkämpfen". Wir klärten zunächst die Anspruchsgrundlagen (§ 823 I BGB, c.i.c.) und prüften diese. In diesem Rahmen diskutierten wir auch die rechtlichen Beziehungen des Klägers zum DOSB. Zudem machten wir einen Exkurs in das Vereinsrecht. Außerdem besprachen wir die Schadenspositionen, die der Kläger geltend machen könnte und wie er diese beweisen könne, womit wir bei den Beweismitteln und damit dem Prozessrecht angekommen waren. Schließlich kamen wir noch auf das Zwischenurteil dem Grunde nach zu sprechen (§ 304 ZPO)

Im Allgemeinen kam es Herrn Dr. B. mehr auf gute Argumente als auf Detailwissen an.

# 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



