



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

41. Jahrg.

April 2016

Heft 04

---

## Aus dem Inhalt

- BGH:** Rückforderungsansprüche der Schwiegereltern
- BGH:** Erforderlichkeit der Notwehrhandlung
- BGH:** Organisationsdelikte und Begleittaten
- VGH Mannheim:** Faktische Zurückstellung und Veränderungssperre
- BGH:** Vollstreckungsabwehrklage bei Bestreiten der Befriedigung
- OLG Stuttgart:** Gerichtsstand des Ergreifungsorts
- OVG Bremen:** Durchsuchungs- und Beschlagnahme im Vereinsrecht



#### **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:	Widerruf von Fernabsatzverträgen (Beweggründe des Verbrauchers unerheblich).....	1
------	---	---

### Zivilrecht

EuGH:	Fahrzeit zum Kunden als Arbeitszeit (Bei Fehlen eines festen Arbeitsortes).....	2
-------	--	---

BGH:	Rückforderungsansprüche der Schwiegereltern (Beginn der Verjährungsfrist).....	6
------	---	---

### Strafrecht

BGH:	Erforderlichkeit der Notwehrhandlung (Einschränkung des Notwehrrechts).....	10
------	--	----

BGH:	Organisationsdelikte und Begleittaten (Rechtsprechungsänderung zu Konkurrenzverhältnissen).....	14
------	--	----

### Öffentliches Recht

VGH Mannheim:	Veränderungssperre (Anrechnung einer faktischen Zurückstellung).....	18
---------------	---	----

BVerwG:	Sachliche Zuständigkeit nach StVO (Anordnung zur Umsetzung von Verhaltenspflichten).....	23
---------	---	----

### Kurzauslese I

BAG:	Schadensersatzanspruch Drittbetroffener bei Streik (Tarifvertrag kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter).....	27
------	--	----

LG Köln:	Anwendbarkeit des AGG (Nichtvermietung einer Hochzeitslocation an homosexuelles Paar).....	28
----------	---	----

BVerfG:	Strafbarkeit geschäftsmäßiger Förderung der Selbsttötung (Erfolgloser Eilrechtsschutzantrag).....	29
---------	--	----

BGH:	Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttat (Allgäuer Islamistenprozess).....	29
------	---	----

BGH:	Sozialethische Notwehrbeschränkung (Notwehrexzess trotz Provokation).....	31
------	--	----

BGH:	Abgrenzung zwischen privat- und öffentlich-rechtlicher GoA (Maßnahmen eines hoheitlichen Geschäftsführers).....	32
------	--	----

OLG Saarbrücken:	Haftung für Astbruch auf öffentlicher Straße (Regelmäßige Kontrollen ausreichend).....	33
------------------	---	----

BVerfG:	Unterbringung in zu kleiner Einzelzelle (Anspruch auf Geldentschädigung).....	34
---------	--	----

### Zivilrecht

BGH:	Vollstreckungsabwehrklage (Vollstreckungsfortsetzung bei Bestreiten der Befriedigung).....	35
------	---	----

BGH:	Ruhendstellung der Pfändung (Nicht ohne Einverständnis des Drittschuldners).....	38
------	---	----

**Strafrecht**

OLG Stuttgart:	Gerichtsstand des Ergreifungsorts (Regelungsbereich).....	41
OLG Hamm:	Anforderungen an Urteilsgründe (Sozialleistungsbetrug).....	44

**Öffentliches Recht**

VGH München:	Antrags- und Klagebefugnis des Eigentümers (Präventive Sicherstellung von Bargeld).....	47
OVG Bremen:	Vereinsrecht (Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung).....	50

**Kurzauslese II**

BGH:	Versagung der Deckungszusage (Kein Wiedereinsetzungsgrund).....	53
BGH:	Pfändungsschutz bei Lebensversicherung (Umwandlungsverlangen).....	53
BGH:	Selbstständiges Beweisverfahren (Bezeichnung der Beweistatsachen im Antrag).....	54
OLG Düsseldorf:	Rechtsweg bei Wohnungsdurchsuchungen (Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung).....	54
OLG Köln:	Wahlfeststellung und prozessualer Tatbegriff (Anforderungen an Anklageschrift).....	55
OLG Nürnberg:	Unterzeichnung der Berufungsschrift (Handschriftlichkeit nicht zwingend erforderlich).....	55
BVerwG:	Klage gegen Nichtheranziehung zu Wehrübungen (Keine Klagebefugnis wegen Feststellung der Dienstleistungsunfähigkeit).....	56
VerfGH NRW:	Auftragsbefugnis im Organstreitverfahren (Substantiierung der behaupteten Rechtsverletzung).....	57

<b>Weitere Schriftumsnachweise:</b> .....	58
---	----

Überblick:	Räuberischer Diebstahl (§ 252 StGB).....	60
------------	--	----

**Aus der mündlichen Prüfung**

Referendarprüfung:	Strafrecht.....	61
Assessorprüfung:	Bürgerliches Recht.....	62

## Brandaktuell

BGB  
§ 355

### Widerruf von Fernabsatzverträgen Beweggründe des Verbrauchers unerheblich

SR AT

(BGH in Pressemitteilung Nr. 57/16; Urteil vom 16.03.2016 – VIII ZR 146/15)

1. Für die **Wirksamkeit des Widerrufs** eines im Internet geschlossenen Kaufvertrags **genügt allein**, dass der **Widerruf fristgerecht erklärt** wird. Einer **Begründung** des Widerrufs **bedarf es** nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung **nicht**.
2. Deshalb ist es grundsätzlich **ohne Belang, aus welchen Gründen** der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht.

**Fall:** Der Kläger hatte bei der Beklagten über das Internet zwei Matratzen bestellt, die im Januar 2014 ausgeliefert und vom Kläger zunächst auch bezahlt worden waren. Unter Hinweis auf ein günstigeres Angebot eines anderen Anbieters und eine "Tiefpreisgarantie" des Verkäufers bat der Kläger um Erstattung des Differenzbetrags von 32,98 €, damit er von dem ihm als Verbraucher zustehenden Widerrufsrecht absehe. Zu einer entsprechenden Einigung kam es nicht. Nach Auffassung des Beklagten lagen die Voraussetzungen für das Eingreifen der Tiefpreisgarantie nicht vor. Der Kläger widerrief den Kaufvertrag daraufhin fristgerecht und sandte die Matratzen zurück. Ist der Widerruf wirksam?

#### I. Vorliegen eines Fernabsatzvertrages

Nach § 312 c BGB sind Fernabsatzverträge solche Verträge, bei denen der Unternehmer oder eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person und der Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.

Dies ist bei einer Bestellung über das Internet ohne weiteres der Fall.

#### II. Bestehen eines Widerrufsrechts

Nach § 312g BGB steht dem Verbraucher bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu.

#### III. Kein Ausschluss des Widerrufsrechts

Fraglich ist, ob der Kläger mit dem aufgrund eines Fernabsatzvertrages nach § 355 BGB bestehenden Widerrufsrechts deshalb ausgeschlossen ist, weil er den Widerruf nicht aufgrund eines negativen Ausgangs der Warenprüfung, sondern allein deshalb erklärt hat, um seine möglicherweise unberechtigten Forderungen aus der "Tiefpreisgarantie" durchzusetzen.

*„Der unter anderem für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass dem Kläger ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zusteht, da er den Kaufvertrag wirksam widerrufen hat. Dem steht nicht entgegen, dass es dem Kläger darum ging, einen günstigeren Preis für die Matratzen zu erzielen.“*

*Für die **Wirksamkeit des Widerrufs** eines im Internet geschlossenen Kaufvertrags **genügt allein**, dass der **Widerruf fristgerecht erklärt** wird. Die Vorschriften über den Widerruf sollen dem Verbraucher ein effektives und einfach zu handhabendes Recht zur Lösung vom Vertrag geben. Einer **Begründung** des Widerrufs **bedarf es** nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung **nicht**. Deshalb ist es grundsätzlich ohne Belang, aus welchen Gründen der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht.“* (BGH aaO.)

Ein Ausschluss dieses von keinen weiteren Voraussetzungen abhängenden Widerrufsrechts wegen eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Verbrauchers kommt nach Auffassung des BGH nur in Ausnahmefällen in Betracht, in denen der Unternehmer besonders schutzbedürftig ist.

*„Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn ein **Verbraucher arglistig** handelt, etwa indem er eine **Schädigung des Verkäufers beabsichtigt** oder **schikanös** handelt. Damit ist der vorliegende Fall jedoch nicht vergleichbar. Dass der Kläger Preise verglichen und der Beklagten angeboten hat, den Vertrag bei Zahlung der Preisdifferenz nicht zu widerrufen, stellt kein rechtsmissbräuchliches Verhalten dar. Das ist vielmehr Folge der sich aus dem grundsätzlich einschränkungslos gewährten Widerrufsrecht ergebenden Wettbewerbssituation, die der Verbraucher zu seinem Vorteil nutzen darf.“* (BGH aaO.)

## Entscheidungen materielles Recht

RL 2003/88  
Art. 2 Nr. 1

### Fahrzeit zum Kunden als Arbeitszeit Bei Fehlen eines festen Arbeitsortes

SR BT

(EuGH in NJW 2016, 145; Urteil vom 10.09.2015 – C - 266/14)

Art. 2 Nr. 1 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG ist dahin auszulegen, dass unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens, unter denen die Arbeitnehmer **keinen festen oder gewöhnlichen Arbeitsort** haben, die **Fahrtzeit**, die diese Arbeitnehmer für die täglichen Fahrten zwischen ihrem Wohnort und dem Standort des ersten und des letzten von ihrem Arbeitgeber bestimmten Kunden aufwenden, „**Arbeitszeit**“ im Sinne dieser Bestimmung darstellt.

**Fall:** Das Urteil betrifft die Auslegung von Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. 2003 L 299, 9; im Folgenden: RL 2003/88). Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (CC.OO.) einerseits und der Tyco Integrated Security SL und der Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA (im Folgenden zusammen: Tyco) andererseits über die Weigerung von Tyco, die Zeit, die ihre Angestellten für die täglichen Fahrten zwischen ihrem Wohnort und dem Standort des ersten und des letzten von ihrem Arbeitgeber bestimmten Kunden (im Folgenden: Fahrtzeit Wohnort – Kunden) aufwenden, als „Arbeitszeit“ i.S.v. Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie anzusehen.

Tyco ist in den meisten Provinzen Spaniens in der Installation und Wartung von Sicherheitssystemen zur Erkennung von Einbrüchen und zur Verhinderung von Einbruchsdiebstählen tätig. Im Jahr 2011 schloss Tyco ihre Büros in den Provinzen (im Folgenden: Regionalbüros) und wies sämtliche ihrer Angestellten dem Zentralbüro in Madrid zu.

Die bei Tyco angestellten Techniker installieren und warten Sicherheitsvorrichtungen in Häusern sowie industriellen und gewerblichen Einrichtungen in dem ihnen zugewiesenen Gebiet, das die ganze Provinz oder einen Teil davon oder gelegentlich mehrere Provinzen umfasst. Diesen Arbeitnehmern steht ein Firmenfahrzeug zur Verfügung, mit dem sie täglich von ihrem Wohnort zu den Standorten fahren, an denen sie die Installation oder Wartung der Sicherheitsvorrichtungen auszuführen haben. Dieses Fahrzeug benutzen sie auch, um am Ende des Tages zu ihrem Wohnort zurückzukehren. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts kann die Entfernung zwischen dem Wohnort der Arbeitnehmer und ihren Einsatzorten beträchtlich variieren und manchmal über 100 km betragen. Das vorlegende Gericht nennt als Beispiel einen Fall, in dem die Fahrtzeit Wohnort – Kunden auf Grund des Verkehrsaufkommens drei Stunden betragen habe. Die Arbeitnehmer müssen sich außerdem ein- oder mehrmals pro Woche in die Büros einer Transportlogistikagentur in der Nähe ihres Wohnorts begeben, um Materialien, Apparate und Ersatzteile abzuholen, die sie für ihre Einsätze benötigen. Zur Durchführung ihrer Aufgaben verfügen die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Arbeitnehmer jeweils über ein Mobiltelefon, mit dem sie aus der Ferne mit dem Zentralbüro in Madrid kommunizieren können. Durch eine auf ihrem Telefon installierte Anwendung können sie am Vortag ihres Arbeitstags einen Fahrplan mit den verschiedenen Standorten, die sie an dem Tag in ihrem Gebiet aufsuchen müssen, und die Uhrzeiten der Termine mit den Kunden abrufen. Mit einer weiteren Anwendung erfassen die Arbeitnehmer die Daten über die durchgeführten Einsätze und übermitteln sie an Tyco zur Speicherung der aufgetretenen Vorfälle und der ausgeführten Tätigkeiten.

Das vorlegende Gericht weist darauf hin, dass Tyco die Fahrtzeit Wohnort – Kunden nicht als Arbeitszeit anrechne, sondern als Ruhezeit betrachte. Tyco berechne die tägliche Arbeitszeit, indem sie auf die Zeit zwischen der Ankunft des Arbeitnehmers am Standort des ersten Kunden des Tages und seiner Abreise vom Standort des letzten Kunden abstelle, wobei ausschließlich die Einsatzzeiten an den Standorten und die Fahrzeiten von einem Kunden zum anderen berücksichtigt würden. Vor der Schließung der Regionalbüros habe Tyco die tägliche Arbeitszeit ihrer Angestellten hingegen ab der Ankunft in diesen Büros, um das ihnen zur Verfügung gestellte Fahrzeug, die Kundenliste und den Fahrplan entgegenzunehmen, bis zur Rückkehr am Abend, um das Fahrzeug abzugeben, berechnet. Ist die Fahrtzeit als Arbeitszeit zu berücksichtigen?

Der EuGH hat nach Anhörung des Generalanwalts Bot befunden, dass die in Streit stehende Zeit als Arbeitszeit zu qualifizieren ist.

#### I. Regelungsgehalt der RL 2003/88

In der RL 2003/88 sind Mindestvorschriften festgelegt, die dazu bestimmt sind, die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer durch eine Angleichung namentlich der innerstaatlichen Arbeitszeitvorschriften zu verbessern.

*„Diese Harmonisierung der Arbeitszeitgestaltung auf der Ebene der Europäischen Union soll einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer durch Gewährung von – unter anderem täglichen und*

wöchentlichen – **Mindestruhezeiten** und **angemessenen Ruhepausen** sowie die Festlegung einer durchschnittlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden, bezüglich deren ausdrücklich klargestellt ist, dass sie auch die Überstunden einschließt, gewährleisten (vgl. EuGH, BeckRS 2004, 74679 Rn. 37 f. – BECTU; EuGH, NJW 2003, 2971 – Jaeger; EuGH, BeckRS 2011, 80562 Rn. 40 – Grigore).

Die verschiedenen Bestimmungen, die diese Richtlinie in Bezug auf die Höchstdauer der Arbeit und die Mindestruhezeit enthält, sind **besonders wichtige Regeln des Sozialrechts** der Union, die jedem Arbeitnehmer als ein zum Schutz seiner Sicherheit und seiner Gesundheit bestimmter Mindestanspruch zugutekommen müssen (EuGH, EuZW 2006, 121 Rn. 49 m.w.N. – Dellas u.a.; EuGH, BeckRS 2011, 80562 Rn. 41 – Grigore).“ (EuGH aaO.)

## II. Begriff der Arbeitszeit

Nach den Entscheidungen des EuGH zum Begriff „Arbeitszeit“ i.S.v. Art. 2 Nr. 1 der RL 2003/88 definiert die Richtlinie diesen Begriff als jede **Zeitspanne** definiert, während deren ein **Arbeitnehmer** gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten **arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt** oder seine Aufgaben wahrnimmt, und dass dieser Begriff im Gegensatz zur Ruhezeit zu sehen ist, da beide Begriffe einander ausschließen (EuGH, NJW 2003, 2971– Jaeger; EuGH, EuZW 2006, 121 Rn. 42 – Dellas u.a.; EuGH, BeckEuRS 2007, 441152 Rn. 24 – Vorel; EuGH, BeckRS 2011, 80562 Rn. 42 – Grigore).

„In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass die genannte Richtlinie **keine Zwischenkategorie zwischen den Arbeitszeiten und den Ruhezeiten** vorsieht (vgl. i.d.S. EuGH, EuZW 2006, 121 Rn. 43 – Dellas u.a.; EuGH, BeckEuRS 2007, 441152 Rn. 25 – Vorel; EuGH, BeckRS 2011, 80562 Rn. 43 – Grigore).

Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich insoweit, dass die Begriffe „**Arbeitszeit**“ und „**Ruhezeit**“ im Sinne der RL 2003/88 **unionsrechtliche Begriffe** darstellen, die anhand **objektiver Merkmale** unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs und des Zwecks der Richtlinie zu bestimmen sind, der darin besteht, **Mindestvorschriften zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer** aufzustellen. Denn nur eine solche autonome Auslegung kann die volle Wirksamkeit dieser Richtlinie und eine einheitliche Anwendung der genannten Begriffe in sämtlichen Mitgliedstaaten sicherstellen (vgl. EuGH, EuZW 2006, 121 Rn. 44 u. 45– Dellas u.a.; EuGH, BeckEuRS 2007, 441152 Rn. 26 – Vorel; EuGH, BeckRS 2011, 80562 Rn. 44 – Grigore).

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass Art. 2 der Richtlinie **nicht zu den Vorschriften** dieser Richtlinie gehört, **von denen abgewichen werden darf** (vgl. EuGH, BeckRS 2011, 80562 Rn. 45 – Grigore).“ (EuGH aaO.)

## III. Rechtliche Einordnung der Fahrtzeit als Arbeitszeit oder Ruhezeit

Es kommt daher darauf an, ob die genannten Bestandteile des Begriffs „Arbeitszeit“ während der **Fahrtzeit Wohnort – Kunden** vorliegen oder nicht und ob diese Zeit damit als Arbeitszeit oder als Ruhezeit anzusehen ist.

### 1. Ausübung der Tätigkeit / Wahrnehmung der Aufgaben

Zunächst müsste die Fahrt als Tätigkeitsausübung oder Aufgabenwahrnehmung einzuordnen sein.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass Tyco vor ihrer Entscheidung, die Regionalbüros zu schließen, die Fahrtzeit ihrer Arbeitnehmer zwischen diesen Büros und dem Standort des ersten und des letzten Kunden des Tages als Arbeitszeit betrachtete, die Fahrtzeit zwischen dem Wohnort und den Regionalbüros zu Beginn und am Ende des Tages dagegen nicht. Außerdem begaben sich die Arbeitnehmer vor dieser Entscheidung täglich zu den Regionalbüros, um die ihnen von Tyco bereitgestellten Fahrzeuge abzuholen und ihren Arbeitstag zu beginnen. Diese Arbeitnehmer beendeten ihren Arbeitstag auch in diesen Büros.

„Nach Ansicht von Tyco kann die **Fahrtzeit Wohnort – Kunden** der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Arbeitnehmer nicht als Arbeitszeit im Sinne der genannten Bestimmung betrachtet werden, weil die **Tätigkeit und die Aufgaben** dieser Arbeitnehmer, obwohl sie eine Fahrt durchzuführen hätten, um sich zu den von ihr bestimmten Kunden zu begeben, darin bestünden, **bei diesen Kunden Sicherheitssysteme zu installieren und zu warten**. Während der **Fahrtzeit Wohnort – Kunden** übten die Arbeitnehmer daher weder ihre Tätigkeit aus noch nahmen sie ihre Aufgaben wahr.

Dem kann nicht gefolgt werden. [Die] **Fahrten** von Arbeitnehmern, die eine Beschäftigung wie die des Ausgangsverfahrens ausüben, zu den von ihrem Arbeitgeber bestimmten Kunden [sind] das **notwendige Mittel**, damit diese Arbeitnehmer bei den Kunden **technische Leistungen erbringen können**. Diese Fahrten nicht zu berücksichtigen, liefe darauf hinaus, dass ein Arbeitgeber wie Tyco geltend machen könnte, dass nur die für die **Tätigkeit der Installation und Wartung der Sicherheitssysteme** aufgewandte Zeit unter den Begriff „Arbeitszeit“ i.S.v. Art. 2 Nr. 1 der RL 2003/88 falle, was zur Folge hätte, dass dieser Begriff verfälscht und das Ziel des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer beeinträchtigt würde.

Dass Tyco vor der Schließung der Regionalbüros die Fahrten der betreffenden Arbeitnehmer zu Beginn und am Ende des Tages zu oder von den Kunden als Arbeitszeit betrachtete, zeigt im Übrigen, dass die Aufgabe, ein Fahrzeug von einem Regionalbüro zum ersten Kunden und vom letzten Kunden zu diesem Büro zu führen, zuvor zu den Aufgaben und zur Tätigkeit dieser Arbeitnehmer gehörte. Am Wesen dieser Fahrten hat sich aber seit der Schließung der Regionalbüros nichts geändert. Nur der Ausgangspunkt der Fahrten wurde geändert.“ (EuGH aaO.)

Daher ist bei Arbeitnehmern, die sich in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens befinden, anzunehmen, dass sie während der **Fahrtzeit** Wohnort – Kunden ihre **Tätigkeiten ausüben oder ihre Aufgaben wahrnehmen**.

## 2. Verfügbarkeit des Arbeitnehmers

Zudem muss der Arbeitnehmer während dieser Zeit dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen.

### a) Begriff der Verfügbarkeit

„[Hierbei ist] der Umstand entscheidend, dass der **Arbeitnehmer verpflichtet** ist, sich an einem vom Arbeitgeber **bestimmten Ort aufzuhalten** und sich zu dessen Verfügung zu halten, um gegebenenfalls sofort seine Leistungen erbringen zu können (vgl. i.d.S. EuGH, EuZW 2006, 121 Rn. 48 – Dellas u.a.; EuGH, BeckEuRS 2007, 441152 Rn. 28 – Vorel; EuGH, BeckRS 2011, 80562 Rn. 63 – Grigore).

Ein Arbeitnehmer steht also nur dann seinem Arbeitgeber zur Verfügung, wenn er sich in einer Lage befindet, in der er **rechtlich verpflichtet** ist, den **Anweisungen seines Arbeitgebers Folge zu leisten** und seine Tätigkeit für ihn auszuüben.

Dagegen spricht es nach der Rechtsprechung des EuGH dafür, dass der betrachtete Zeitraum keine Arbeitszeit im Sinne der RL 2003/88 ist, wenn die Arbeitnehmer **ohne größere Zwänge über ihre Zeit verfügen** und ihren **eigenen Interessen nachgehen** können (vgl. i.d.S. EuGH, BeckRS 2004, 76174 Rn. 50 – Simap).“ (EuGH aaO.)

### b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, wie die Fahrtzeit im vorliegenden Fall zu werten ist. Die Tyco gibt den Arbeitnehmern eine einzuhaltende Liste vor und legt die Reihenfolge der Kunden sowie die Uhrzeit der Kundentermine festlegt. Den Arbeitnehmern wird zwar am Vortag des Arbeitstags ihre Route mitgeteilt, sie sind aber nicht verpflichtet, die jeweilige Route zum festgelegten Kunden auch zu wählen, sondern können die Fahrtzeit so organisieren könnten, wie sie wollen.

„Insoweit ist festzustellen, dass die Arbeitnehmer, die sich in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens befinden, **während der Fahrtzeit** Wohnort – Kunden **über eine gewisse Freiheit** verfügen, über die sie während eines Einsatzes bei einem Kunden nicht verfügen, sofern sie bei dem bezeichneten Kunden zu der von ihrem Arbeitgeber vereinbarten Uhrzeit ankommen. Aus den dem EuGH vorliegenden Akten geht jedoch hervor, dass diese **Freiheit bereits vor der Schließung der Regionalbüros bestand**, als die Fahrtzeit ab dem Zeitpunkt der Ankunft in diesen Büros als Arbeitszeit gezählt wurde und sich allein der Ausgangspunkt der Fahrt zu diesem Kunden geändert hat. Diese **Änderung berührt jedoch nicht die Rechtsnatur der Pflicht dieser Arbeitnehmer**, den Anweisungen ihres Arbeitgebers Folge zu leisten. Während dieser Fahrten unterstehen die Arbeitnehmer den Anweisungen ihres Arbeitgebers, der die Kundenreihenfolge ändern oder einen Termin streichen oder hinzufügen kann. Jedenfalls haben die Arbeitnehmer **während der erforderlichen Fahrtzeit**, die sich zumeist nicht verkürzen lässt, **nicht die Möglichkeit, frei über ihre Zeit zu verfügen und ihren eigenen Interessen nachzugehen**, so dass sie demnach ihren Arbeitgebern zur Verfügung stehen.“ (EuGH aaO.)

Die Arbeitnehmer stehen daher auch während der Fahrten im Rechtssinne dem Arbeitgeber zur Verfügung. Hieran ändert auch die Befürchtung nicht, dass solche Arbeitnehmer **zu Beginn und am Ende des Tages** ihren persönlichen Beschäftigungen nachgehen könnten.

„Eine solche Befürchtung kann jedoch keine Auswirkung auf die rechtliche Einstufung der Fahrtzeit haben. In einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens ist es Sache des Arbeitgebers, **die zur Verhinderung etwaiger Missbräuche erforderlichen Kontrollinstrumente einzurichten**.

Zum einen war es nämlich **bereits vor der Schließung der Regionalbüros möglich**, zu Beginn und am Ende des Arbeitstags während der Fahrten zwischen den Standorten der Kunden und diesen Büros solchen Beschäftigungen nachzugehen. Zum anderen dürfen die Ziele der RL 2003/88, wie aus ihrem vierten Erwägungsgrund hervorgeht, **keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden**.“ (EuGH aaO.)



### 3. Ausführung von Arbeit während der Fahrzeit

Der Arbeitnehmer muss auch während der betrachteten Zeitspanne arbeiten.

*„[Insofern] ist festzustellen, dass bei einem Arbeitnehmer, der keinen festen Arbeitsort mehr hat und der seine Aufgaben während der Fahrt zu oder von einem Kunden wahrnimmt, auch davon auszugehen ist, dass er während dieser Fahrt arbeitet. Denn die Fahrten gehören untrennbar zum Wesen eines Arbeitnehmers, der keinen festen oder gewöhnlichen Arbeitsort hat, so dass der Arbeitsort solcher Arbeitnehmer nicht auf die Orte beschränkt werden kann, an denen sie bei den Kunden ihres Arbeitgebers physisch tätig werden.*

*An dieser Feststellung kann auch der Umstand nichts ändern, dass Arbeitnehmer in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens diese Fahrten an ihrem Wohnort beginnen und beenden, da dies eine unmittelbare Folge der Entscheidung ihres Arbeitgebers ist, die Regionalbüros zu schließen und nicht Ausdruck ihres eigenen Willens. Da diesen Arbeitnehmern die Möglichkeit genommen wurde, die Entfernung zwischen ihrem Wohnort und dem gewöhnlichen Ort des Beginns und des Endes ihres Arbeitstags frei zu bestimmen, kann ihnen nicht auferlegt werden, die Folgen der Entscheidung ihres Arbeitgebers, diese Büros zu schließen, zu tragen.*

*Ein solches Ergebnis liefe auch dem mit der RL 2003/88 verfolgten Ziel des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zuwider, das die Notwendigkeit einschließt, den Arbeitnehmern eine Mindestruhezeit zu gewährleisten. Es stünde nämlich im Widerspruch zu dieser Richtlinie, wenn die Ruhezeit von Arbeitnehmern, die keinen gewöhnlichen oder festen Arbeitsort haben, auf Grund des Ausschlusses der Fahrtzeit Wohnort – Kunden vom Begriff „Arbeitszeit“ i.S.v. Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie verkürzt würde.“ (EuGH aaO.)*

### IV. Ergebnis

Es ist bei Arbeitnehmern, die unter Umständen wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden ein Firmenfahrzeug benutzen, um sich von ihrem Wohnort zu einem von ihrem Arbeitgeber bestimmten Kunden zu begeben bzw. vom Standort eines solchen Kunden zu ihrem Wohnort zurückzukehren und um sich während ihres Arbeitstags vom Standort eines Kunden zu einem anderen zu begeben, davon auszugehen, dass sie während dieser Fahrten i.S.v. Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie „arbeiten“.

BGB Rückforderungsansprüche der Schwiegereltern SR BT  
§§ 195, 199, 313 Beginn der Verjährungsfrist

(BGH in NJW 2016, 629; Beschluss vom 16.12.2015 – XII ZB 516/14)

1. Der Rückforderungsanspruch, der Schwiegereltern im Fall einer **Schwiegerelternschenkung** nach **Scheitern der Ehe** gegenüber dem Schwiegerkind wegen Störung der Geschäftsgrundlage zustehen kann, unterliegt der **dreijährigen Verjährungsfrist** des § 195 BGB, es sei denn, der Anspruch ist auf Vertragsanpassung nach einer Grundstückschenkung gerichtet, für den die Verjährungsfrist nach § 196 BGB gilt.
2. Da das **Scheitern der Ehe** regelmäßig **spätestens mit der Zustellung des Scheidungsantrags** zum Ausdruck kommt, liegt die für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist erforderliche Kenntnis der Schwiegereltern vom Scheitern der Ehe ihres Kindes jedenfalls dann vor, wenn sie von der **Zustellung des Scheidungsantrags Kenntnis erlangt haben oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätten erlangen müssen**.
3. Der Beginn der Verjährungsfrist für Rückforderungsansprüche der Schwiegereltern war nicht bis zur **Veröffentlichung des BGH-Urteils vom 03.02.2010** hinausgeschoben.

(vgl. zu BGH NJW 2010, 2884; Urteil vom 21.07.2010 – XII ZR 180/09 auch Besprechung in ZA 11/2010, S. 5 ff.)

**Fall:** Die Ast. sind die früheren Schwiegereltern des Ag. Sie begehren nach Scheitern der Ehe ihrer Tochter mit dem Ag. die Rückgewähr von Geldzuwendungen. Der Ag. und die Tochter der Ast. schlossen 1988 die Ehe. Spätestens Anfang des Jahres 2006 trennten sich die Ehegatten. Auf den noch im Jahr 2006 vom Ag. eingereichten Antrag wurde die Ehe durch Beschluss vom 26.11.2012 geschieden. Die Ast. behaupten, im Zeitraum von 1989 bis 2001 zunächst zur Errichtung eines Eigenheims und später zur Abzahlung von Krediten sowie zur finanziellen Ausstattung der Familie an ihre Tochter und den Ag. insgesamt mindestens 58.944,28 € bezahlt zu haben. Mit ihrem am 23.04.2012 bei Gericht eingegangenen Antrag nehmen die Ast. den Ag. auf anteilige Erstattung der geleisteten Zuwendungen i.H.v. 14.736 € in Anspruch. Der Ag. hat unter anderem die Einrede der Verjährung erhoben. Besteht der geltend gemachte Anspruch?

Die Ast. könnten gegen den Beklagten einen Anspruch auf Rückgewähr des Zuwendungsbetrages nach §§ 516 I, 313 BGB wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage haben.

### I. Anwendbarkeit von §§ 516 I, 313 BGB

„Nach der neueren Rechtsprechung des Senats sind **unentgeltliche schwiegerelterliche Zuwendungen rechtlich als Schenkungen zu qualifizieren**. Sie erfüllen auch dann sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen des § 516 I BGB, wenn sie um der Ehe des eigenen Kindes willen erfolgen. Insbesondere fehlt es nicht an einer Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung (Senat, BGHZ 184, 190 = NJW 2010, 2202 = FamRZ 2010, 958 Rn. 21).

Auch wenn danach schwiegerelterliche Zuwendungen als Schenkung zu werten sind, sind auf sie die **Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 I BGB anwendbar** (Senat, BGHZ 184, 190 = NJW 2010, 2202 = FamRZ 2010, 958 Rn. 25 ff. m.w.N.; NJW 2010, 2884 = FamRZ 2010, 1626 Rn. 13 und NJW 2012, 523 = FamRZ 2012, 273 Rn. 21). Deshalb kann Schwiegereltern, die in der Vorstellung, die eheliche Lebensgemeinschaft des von ihnen beschenkten Schwiegerkindes mit ihrem Kind werde Bestand haben und ihre Schenkung demgemäß auch dem eigenen Kind dauerhaft zugutekommen, dem Schwiegerkind eine Zuwendung gemacht haben, ein Anspruch auf Vertragsanpassung gem. § 313 I BGB zustehen, wenn ihnen nach dem Scheitern der Ehe von Kind und Schwiegerkind ein Festhalten an der Schenkung nicht zumutbar ist (vgl. Senat, NJW 2015, 1014 = NZFam 2015, 268 = NZM 2015, 227 = FamRZ 2015, 393 Rn. 18 f.).“ (BGH aaO.)

### II. Anwendbare Verjährungsfrist

„Dieser Anspruch auf Vertragsanpassung unterliegt der **regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB** (MüKo-BGB/Finkenauer, 7. Aufl., § 313 Rn. 109; BeckOK BGB/Unberath, 01.03.2011, § 313 Rn. 95; Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 6. Aufl., Rn. 571 g), es sei denn, der Anspruch ist auf **Vertragsanpassung nach einer Grundstücksschenkung** von Schwiegereltern gerichtet. In diesem Fall bestimmt sich die **Verjährungsfrist nach § 196 BGB** (Senat, NJW 2015, 1014 = NZFam 2015, 268 = NZM 2015, 227 = FamRZ 2015, 393 Rn. 35 ff.).“ (BGH aaO.)

### III. Beginn der Verjährungsfrist

„Der Lauf der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB **beginnt grundsätzlich mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist** (§ 199 I Nr. 1 BGB) und der Gläubiger **von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste** (§ 199 I Nr. 2 BGB). Dabei setzt der Verjährungsbeginn aus Gründen der Rechtssicherheit und Billigkeit

nur die **Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstände** voraus. Nicht erforderlich ist in der Regel, dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht (st. Rspr., vgl. etwa BGH NJW 2014, 3713 Rn. 35 m.w.N.; BGH NJW 2009, 2046 Rn. 47 m.w.N.; BGH, NJW 2013, 1077 Rn. 47 m.w.N. und NJW-RR 2008, 1237 Rn. 7 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

## 1. Aufschieben des Verjährungsbeginns wegen Vorliegens eines familienrechtlichen Anspruchs

Dieser Anspruch könnte allerdings ein familienrechtlicher Anspruch sein. Als die Schenkung 2006 erfolgt war, unterlagen familienrechtliche Ansprüche nach § 197 I Nr. 2 BGB in der bis zum 31.12.2009 geltenden Fassung einer 30-jährigen Verjährungsfrist, so dass die Verjährung nach der Übergangsregelung des Art. 229 § 23 II 1 EGBGB erst am 01.01.2010 begonnen haben könnte.

„Der **Senat** hat nach Erlass des angegriffenen Beschlusses entschieden, dass ein Rückgewähranspruch, der Schwiegereltern bei Störung der Geschäftsgrundlage gegen das Schwiegerkind zustehen kann, **kein familienrechtlicher Anspruch** i.S.d. § 197 I Nr. 2 BGB in der bis zum 31.12.2009 geltenden Fassung ist (Senat, NJW 2015, 1014 = NZFam 2015, 268 = NZM 2015, 227 = FamRZ 2015, 393 Rn. 32). Schwiegereltern stehen **außerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft** und sind nicht in die Wirtschafts- und Risikogemeinschaft der Ehegatten einbezogen. Ihren Zuwendungen liegt **kein familienrechtliches Verhältnis eigener Art** zu Grunde, sondern sie sind als Schenkungen i.S.d. § 516 BGB zu qualifizieren. Der Bestand der Ehe stellt lediglich die Motivation für die Schenkung dar und kann die Geschäftsgrundlage bilden, deren Störung die Anpassung des schuldrechtlichen Vertragsverhältnisses erfordern kann. Für die Annahme eines familienrechtlichen Anspruchs bleibt daher kein Raum. Die Situation der Schwiegereltern unterscheidet sich insoweit nicht von derjenigen anderer, gänzlich familienfremder Schenkenden, hinsichtlich deren Schenkung die Geschäftsgrundlage gestört ist. Dass § 266 I Nr. 3 FamFG Verfahren, die solche Ansprüche betreffen, zu sonstigen Familiensachen erklärt, ändert an der materiell-rechtlichen Einordnung nichts, zumal der Gesetzgeber in § 207 I BGB und damit verjährungsrechtlich für die Ansprüche von Schwiegereltern keine Hemmung aus familiären Gründen vorgesehen hat (Senat, NJW 2015, 1014 = NZFam 2015, 268 = NZM 2015, 227 = FamRZ 2015, 393 Rn. 34 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

## 2. Aufschieben des Verjährungsbeginns wegen unsicherer Rechtslage

Allerdings könnte angesichts dieser geänderten Rechtsprechung der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist § 195 BGB bis zur Veröffentlichung der Senatsentscheidung vom 03.02.2010 (BGH NJW 2010, 2202) hinausgeschoben gewesen sein.

„Nur **ausnahmsweise** kann die Rechtsunkenntnis des Gläubigers den Verjährungsbeginn hinausschieben, wenn eine **unsichere und zweifelhafte Rechtslage** vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag. In diesen Fällen **fehlt es an der Zumutbarkeit** der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn (vgl. BGH NJW 2014, 3713 Rn. 35 m.w.N.; BGH NJW 2009, 2046 Rn. 47 m.w.N.; BGH, NJW 2014, 3092 Rn. 23 m.w.N. und NJW-RR 2008, 1237 Rn. 7 m.w.N.).

Da § 199 I Nr. 2 BGB den Beginn der Verjährungsfrist nur an die **Kenntnis der tatsächlichen Umstände** knüpft, weist das Gesetz das Risiko einer späteren Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die sein Prozessrisiko verringern würde, grundsätzlich dem Gläubiger zu (vgl. Bitter/Alles, NJW 2011, 2081 [2083]). Dementsprechend hat es der BGH für die Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände i.S.v. § 199 I Nr. 2 BGB für **unerheblich** gehalten, wenn in der höchstrichterlichen Rechtsprechung später Beweiserleichterungen entwickelt wurden, durch die sich die **Erfolgsaussichten einer Klage für den Anspruchsinhaber verbessert** hatten (vgl. BGH, NJW 2008, 2576 Rn. 28 und NJW-RR 2008, 1495 Rn. 36).“ (BGH aaO.)

Ob nach diesen Maßstäben Unzumutbarkeit wegen der betreffenden Senatsentscheidung anzunehmen ist, ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum **umstritten**.

### a) Hinausschieben des Verjährungsbeginns

„**Zum Teil** wird dies mit der Begründung bejaht, bis zu diesem Zeitpunkt sei den Schwiegereltern eine **gerichtliche Geltendmachung dieses Anspruchs unzumutbar** gewesen, weil die Rechtsverfolgung auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Senats aussichtslos gewesen sei (vgl. OLG Düsseldorf, NJOZ 2013, 1651 = FamRZ 2014, 161 [164]; Haußleiter/Schulz Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., Kap. 7 Rn. 41; Klein, Familienvermögensrecht, Kap. 5 Rn. 31; Hoppenz, FamRZ 2013, 991 [992]; Schulz, FamRZ 2011, 12 [14]; Büte, FuR 2011, 664 [668]).“ (BGH aaO.)

### b) Kein Hinausschieben des Verjährungsbeginns

„**Nach anderer Ansicht** ist ein Hinausschieben des Verjährungsbeginns nicht veranlasst, weil die **Rechtslage** bis zur Veröffentlichung der Senatsentscheidung vom 03.02.2010 **nicht unsicher oder zweifelhaft**, sondern für Schwiegereltern **lediglich nachteilig** gewesen sei. Dies führe aber nicht zur Unzumutbarkeit der gerichtlichen Geltendmachung eines etwaigen Erstattungsanspruchs gegen das

Schwiegerkind (vgl. OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2013, 988 [990] = BeckRS 2013, 10494; OLG Köln, FamRZ 2013, 822 = BeckRS 2012, 21339; Kogel, FuR 2014, 19 [21 f.]; Wever, 6. Aufl., Rn. 571 h; v. Heintschel-Heinegg in FA-FamR, 9. Aufl., Kap. 10 Rn. 86).“ (BGH aaO.)

### c) Auffassung des BGH

„**Zumutbar** ist die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs nach allgemeinen Grundsätzen, sobald sie **hinreichende Aussicht auf Erfolg** hat. Nicht erforderlich ist, dass die Rechtsverfolgung risikolos möglich ist (st. Rspr., vgl. nur BGH NJW 2014, 3713 Rn. 56 m.w.N.; BGH, NJW 2014, 3092 Rn. 22 und NJW 2013, 1077 Rn. 52).“ (BGH aaO.)

Für den Fall der Einforderung von Rückzahlungen wegen Schwiegerelternzuwendungen stellt sich daher die Frage, ob deren Geltendmachung vor Veröffentlichung der Senatsentscheidung vom 03.02.2010 hinreichende Aussicht auf Erfolg hatte.

„Bereits seit dem Urteil vom 12.04.1995 (BGH NJW 1995, 1889) bestand eine **gefestigte Rechtsprechung des Senats zum Ausgleich von schwiegerelterlichen Zuwendungen** (vgl. Senat, FamRZ 1998, 669; FamRZ 1999, 365 und FamRZ 2006, 394). Danach waren Zuwendungen, die Schwiegereltern an den Ehepartner des leiblichen Kindes mit Rücksicht auf dessen Ehe mit ihrem Kind und zur Begünstigung des ehelichen Zusammenlebens machen, nicht als Schenkungen, sondern regelmäßig als ein **Rechtsverhältnis eigener Art** zu qualifizieren, das mit den ehebezogenen Zuwendungen unter Ehegatten vergleichbar ist. Scheiterte die Ehe des eigenen Kindes mit dem Schwiegerkind, konnte auch **nach der früheren Rechtsprechung** des Senats die **Geschäftsgrundlage für die Zuwendung entfallen**. [wird ausgeführt]

Da sich die **obergerichtliche Rechtsprechung** (vgl. OLG Brandenburg, NJW-RR 2009, 1444; OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2009, 1065 [1066]; OLG Köln, NJW 2009, 1005 [1007]; KG, NJW-RR 2007, 365 [366 f.]; OLG Koblenz, NJW-RR 2006, 437, 412 [413]; OLG München, FamRZ 2004, 196; OLG Celle, FamRZ 2003, 1657 [1658]; OLG Dresden, FamRZ 1997, 739) **und das Schrifttum** (vgl. etwa Wever, 5. Aufl., Rn. 567; Schwab/Borth, H.d.B. des Scheidungsrechts, 4. Aufl., Teil IX Rn. 92; Hoppenz, Familiensachen, 9. Aufl., § 1372 BGB Rn. 48) **dieser Rechtsprechung** des Senats **angeschlossen** hatten, bestand bis zur Veröffentlichung der Senatsentscheidung vom 03.02.2010 **keine Rechtsunsicherheit**, die es den Ast. aus diesem Grunde unzumutbar gemacht hat, rechtzeitig Maßnahmen zu ergreifen, um die Verjährung zu hemmen.“ (BGH aaO.)

Ein gerichtliches Verfahren, in dem Schwiegereltern nach dem Scheitern der Ehe ihres eigenen Kindes Rückforderungsansprüche gegen das Schwiegerkind geltend gemacht haben, war auch vor der Änderung der Senatsrechtsprechung zur Rechtsnatur von Schwiegerelternschenkungen nicht ohne hinreichende Aussicht auf Erfolg und daher den Schwiegereltern zumutbar.

„Denn schon auf der Grundlage der **früheren Rechtsprechung des Senats** kamen Ansprüche der Schwiegereltern gegen das Schwiegerkind wegen Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht, wenn der **Fortbestand** der durch die Zuwendung herbeigeführten **Vermögenslage** nach dem Scheitern der Ehe den Schwiegereltern **nicht zumutbar** war, weil das eigene **Kind** durch den güterrechtlichen Ausgleich zwischen den Ehegatten **nicht angemessen an der Zuwendung teil** hatte, die Schwiegereltern mit der Zuwendung **ein in die Zukunft gerichtetes Eigeninteresse verfolgt** hatten (Senat, BGHZ 129, 259 = NJW 1995, 1889 = FamRZ 1995, 1060 [1061]) oder ein schützenswertes **Interesse an der gegenständlichen Rückgewähr** des an das Schwiegerkind überlassenen Vermögensgegenstands bestand. Schließlich hielt der Senat grundsätzlich auch eine Rückabwicklung schwiegerelterlicher Zuwendungen nach § 812 I 2 Var. 2 BGB für möglich (vgl. Senat, BGHZ 129, 259 = NJW 1995, 1889 = FamRZ 1995, 1060 [1061]).“ (BGH aaO.)

Die Änderung der Senatsrechtsprechung hat daher nicht dazu geführt, dass Schwiegereltern erstmals Rückforderungsansprüche gegen das Schwiegerkind erfolgreich gerichtlich geltend machen können. #

„Durch den **Wegfall der Verknüpfung** des möglichen Ausgleichsanspruchs wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB **mit dem güterrechtlichen Ausgleich** zwischen Kind und Schwiegerkind haben sich lediglich die Erfolgsaussichten **zu Gunsten der Schwiegereltern verbessert**. Dies allein kann einen Aufschub des Verjährungsbeginns jedenfalls nicht rechtfertigen.

Mit der **Einführung der dreijährigen Regelverjährungsfrist** verfolgte der Gesetzgeber die Absicht, in einem überschaubaren Zeitraum **Rechtsfrieden und Rechtssicherheit** zu schaffen (vgl. MüKo-BGB/Grothe, 7. Aufl., vor § 194 Rn. 7 m.w.N.; BeckOK BGB/Henrich/Spindler, 01.08.2015, § 199 Rn. 17 m.w.N.). Gleichzeitig dient die Verjährung dem **Schutz des Schuldners vor der Inanspruchnahme aus unbegründeten, unbekanntem oder unerwarteten Forderungen** (MüKo-BGB/Grothe, vor § 194 Rn. 6 m.w.N.). Bei der Anwendung von Verjährungsvorschriften kommt dem Wortlaut des Gesetzes daher besondere Bedeutung zu. Das Verjährungsrecht erfordert angesichts seines Schutzzwecks eindeutige Regeln und eine Auslegung, die die gebotene Rechtssicherheit gewährleistet (vgl. BGH, NJW 2013, 1228 = NZBau 2013, 30 Rn. 24). Deshalb ist es **grundsätzlich erforderlich**, sich bei der Anwendung solcher Vorschriften **eng an deren Wortlaut** zu halten. Mit Rücksicht auf den formalen Charakter

*der Verjährungsvorschriften sind an die Rechtfertigung einer über den Wortlaut der Normen hinausgehenden Anwendung besonders strenge Anforderungen zu stellen (vgl. BGH NJW 2004, 1167 m.w.N.; BGH, NJW-RR 1993, 1059 [1060] m.w.N.). Eine **Verschiebung des Beginns** der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB kann daher **nur in eng begrenzten Ausnahmefällen** angenommen werden. Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor, wenn sich durch die Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung die **Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung** – wie hier – **lediglich verbessern**.*

Ein Hinausschieben des Verjährungsbeginns wegen der geänderten BGH-Rechtsprechung kommt daher nicht in Betracht.

### **3. Kenntnis von den maßgeblichen Anspruchstatsachen**

§ 199 I Nr. 2 BGB stellt nur auf die **Kenntnis der tatsächlichen Umstände** ab, mithin des Lebenssachverhalts, der die Grundlage des Anspruchs bildet (Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 14. Aufl., § 199 Rn. 21). Das Risiko der fehlerhaften rechtlichen Bewertung eines Sachverhalts wird daher vom Gesetz grundsätzlich dem Anspruchsinhaber auferlegt (vgl. Mansel/Stürner in NK-BGB, 2. Aufl., § 199 Rn. 63; Bitter, JZ 2015, 170 [174]).

*“Da die von den Schwiegereltern an das Schwiegerkind erbrachte Schenkung ihre Geschäftsgrundlage im Fortbestand der Ehe des eigenen Kindes mit dem Schwiegerkind findet, **entsteht** der auf Vertragsanpassung gerichtete **Anspruch** der Schwiegereltern wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 I BGB **in dem Zeitpunkt, in dem diese Ehe gescheitert** ist. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde (vgl. dazu auch den Hinweisbeschluss des OLG Köln, FamRZ 2015, 1333) ist hierbei **nicht der Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung** maßgeblich. Nach der Rechtsprechung des Senats kommt das Scheitern einer Ehe regelmäßig **spätestens mit der Zustellung des Scheidungsantrags** zum Ausdruck (vgl. Senat, BGH NJW 2010, 2202; NJW 2007, 1744), so dass auch spätestens in diesem Zeitpunkt der **Rückforderungsanspruch** der Schwiegereltern i.S.v. § 199 I Nr. 1 BGB **entsteht**. Die für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB erforderliche **Kenntnis** (§ 199 I Nr. 2 BGB) der Schwiegereltern vom Scheitern der Ehe ihres Kindes liegt damit jedenfalls dann vor, wenn sie **von der Zustellung des Scheidungsantrags Kenntnis erlangt haben oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätten erlangen müssen**. Soweit dem Senatsurteil vom 20.07.2011 (NJW 2012, 523) etwas anderes entnommen werden könnte, hält der Senat hieran nicht fest.*

*Nach den getroffenen und von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffenen Feststellungen des BeschwGer. haben die Ast. bereits **mit der Einreichung des Scheidungsantrags im Jahr 2006 Kenntnis vom Scheitern der Ehe** ihrer Tochter mit dem Ag. erlangt, so dass mit Schluss dieses Jahres die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB zu laufen begonnen hat. Der verfahrensgegenständliche Antrag ist am 23.04.2012 und daher erst nach Ablauf der am 31.12.2009 endenden Verjährungsfrist bei Gericht eingegangen.“ (BGH aaO.)*

### **IV. Ergebnis**

Damit steht die Einrede der Verjährung der Durchsetzbarkeit des Anspruchs entgegen.

**Erforderlichkeit der Notwehrhandlung  
Einschränkung des Notwehrrechts**

(BGH in NStZ-RR 2015, 303; Urteil vom 02.07.2015 – 4 StR 509/14)

1. Eine in einer **objektiven Notwehrlage** verübte Tat ist nach § 32 II StGB gerechtfertigt, wenn es sich bei ihr um das **mildeste zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr** des Angriffs führende Mittel handelt, das dem Angegriffenen oder seinem Helfer in der konkreten Situation zur Verfügung stand. Ob dies der Fall ist, muss auf der Grundlage einer objektiven **ex-ante-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung** beurteilt werden.
2. Nach der Rspr. des BGH erfährt das Notwehrrecht unter dem Gesichtspunkt der **Gebotenheit der Verteidigung** u.a. dann eine Einschränkung, wenn der Verteidiger gegenüber dem Angreifer ein **pflichtwidriges Vorverhalten** an den Tag gelegt hat, das bei vernünftiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalles den folgenden Angriff als eine **adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung** des Angegriffenen erscheinen lässt.
3. In einem solchen Fall muss der Verteidiger dem **Angriff** unter Umständen **auszuweichen suchen** und darf zur lebensgefährlichen **Trutzwehr** nur übergehen, wenn andere **Abwehrmöglichkeiten erschöpft** oder mit Sicherheit aussichtslos sind.
4. Darüber hinaus vermag auch bereits ein sozialetisch zu **missbilligendes Vorverhalten** das **Notwehrrecht einzuschränken**, wenn zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang besteht und es nach Kenntnis des Täters auch geeignet ist, einen Angriff zu provozieren.

**A. Prüfungswissen: Klassische Fallgruppen der Notwehreinschränkung (vgl. Rönau: Grundwissen – Strafrecht: „Sozialetische“ Einschränkungen der Notwehr JuS 2012, 404)**

In der Diskussion, die unter dem Stichwort der „**sozialetischen Notwehreinschränkungen**“ geführt wird, haben sich **vier Fallgruppen** herausgebildet, die als klassische Einschränkungsgründe weitgehend anerkannt sind und im Folgenden grob skizziert werden sollen.

**I. Bagatellangriffe / krasse Missverhältnis**

Soweit **Rechtsgutseinbußen** drohen, die zwar als **Belästigung** aufgefasst werden können, sich aber **noch an der Grenze des sozial Üblichen** bewegen (Anleuchten mit der Taschenlampe, lautes Telefonieren), fehlt es vielfach schon an einem Angriff i. S.d. § 32. Handelt es sich dagegen nicht um einen „Bagatellangriff“, sondern sind nennenswerte Rechtsgutsbeeinträchtigungen zu erwarten, soll das Notwehrrecht dennoch ausscheiden, wenn die beim Angreifer **voraussichtlich eintretende Rechtsgutsverletzung zum verteidigten Gut in einem krassem Missverhältnis** steht. Angesprochen sind hier Konstellationen, in denen Angriffe auf Sachwerte, das Hausrecht, die allgemeine Handlungsfreiheit und verbale Ehrangriffe mit tödlicher oder erheblich gesundheitsverletzender Verteidigung abgewehrt werden.

Hierbei muss das Missverhältnis deutlich jenseits der Grenze der Unverhältnismäßigkeit liegen und ein außergewöhnlich grobes sein. Für diese Einschränkung spricht, dass die Rechtsordnung bei geringfügigen Rechtsgutsangriffen nicht im gleichen Maße in Frage gestellt und bewährt werden muss wie im „Normalfall“ und dass bedrohte Individualinteressen auch nicht stärker als nach Notstandsregeln verteidigt werden dürfen.

**II. Angriffe im Zustand fehlender oder erheblich geminderter Schuld**

Der Verlust des vollen Notwehrrechts lässt sich bei **Angriffen von schuldlos Handelnden** (insbesondere Kinder, Geistesranke, Volltrunkene) noch am leichtesten begründen: Dort, wo das Recht auf Sanktionierung des rechtswidrigen Verhaltens ganz verzichtet (vgl. §§ 19, 20, 33, 35 StGB), nimmt auch das **Rechtbewährungsinteresse** erheblich ab, da die Geltung der Rechtsordnung nicht oder nur unwesentlich in Frage gestellt wird.

Das Notwehrrecht schmilzt hier im Kern auf die **Befugnis zur Selbstverteidigung** zusammen mit der Folge, dass über das Merkmal der Gebotenheit die Eingriffsbefugnisse denen des **Defensivnotstands** (§ 228 BGB) angeglichen werden. Der Verteidiger muss also **nach Möglichkeit schuldlosen Angriffen ausweichen** und fremde Hilfe in Anspruch nehmen. Außerdem hat er leichtere Einbußen an seinen Rechtsgütern hinzunehmen, wenn er sie nur durch eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung von Rechtsgütern des Angreifers abwehren kann.

### III. Notwehr in engen persönlichen Beziehungen

Ein Rückschnitt des Notwehrrechts wird von der h. M. auch dort befürwortet, wo Angreifer und Angegriffener in einer engen persönlichen Beziehung zueinanderstehen, die **gegenseitige Beschützergarantenpflichten** entstehen lässt (Ehegatten, Partner eheähnlicher Lebensgemeinschaften, Eltern-Kind-Beziehung). Im typischen Fall schlägt der Ehemann seine Ehefrau. Begründet wird die Einschränkung überwiegend mit einem **verminderten Rechtsbewährungsinteresse** (im engen Familienkreis), teilweise mit der solche Verhältnisse kennzeichnenden **gegenseitigen Solidarität**, die es gebieten, auf eine lebensgefährliche Gegenwehr trotz Erforderlichkeit dann zu verzichten, wenn damit lediglich eine einfache Tötlichkeit verhindert werden soll. Von vielen wird die Beschneidung der Verteidigungsbefugnisse auch ganz abgelehnt, u. a. mit dem Argument, anderenfalls würden sinnwidrig die Rollen vertauscht: Nicht vom Angegriffenen müsse Zurückhaltung erwartet werden, sondern vom Angreifer, der seinen Ehepartner schon gar nicht attackieren darf. Erscheint einerseits in einer ansonsten intakten Beziehung die Berechtigung zur uneingeschränkten („scharfen“) Gegenwehr fragwürdig, soll jedoch andererseits kein Freibrief für Misshandlungen im engeren Familienkreis ausgestellt werden, spricht viel für eine gemäßigte Einschränkung des Notwehrrechts. Danach ist der Notwehübende verpflichtet, fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen oder dem Angriff auszuweichen; Körperverletzungen – auch leichtere – erdulden muss er aber nicht.

### IV. Provozierte Angriffe

Die stark diskutierte Fallgruppe der **Notwehrprovokation** weist gegenüber den bisher behandelten eine besondere Struktur auf: Anders als in den Fällen eines krassten Missverhältnisses, der Ehegattennotwehr usw., in denen stets nur die Notwehrsituation als solches (d.h. die Angriffs-Verteidigungs-Interaktion) in den Blick gerät, wird in Konstellationen einer Angriffsprovokation auch das vor der Angriffshandlung liegende provozierende Verhalten für die rechtliche Behandlung bedeutsam. Auszuklammern sind dabei von vornherein Verhaltensweisen, die sich als gegenwärtiger und rechtswidriger Angriff entpuppen, da hierauf mit der erforderlichen Notwehr reagiert werden darf. Als provozierter Notwehrangriff einschlägig sind vielmehr typischerweise Situationen, in denen die Provokation kein gegenwärtiger Angriff mehr ist.

Die Provokationsfälle, in denen beide Beteiligten für das Geschehen Verantwortung tragen, werden herkömmlich in zwei Gruppen aufgeteilt, für die zumindest teilweise unterschiedliche Regeln gelten sollen: die **Absichtsprovokation** einerseits und **sonst vorsätzliche sowie fahrlässige Provokationen** andererseits. Die Justizpraxis beschäftigt fast ausschließlich die letzte Provokationsform, da sich Absichtsprovokationen kaum jemals beweisen lassen.

#### a) Sonst schuldhafte Provokation

Um als „**sonst schuldhafte Provokation**“ eine Notwehreinschränkung auslösen zu können, muss das Vorverhalten eine **bestimmte objektive Qualität** aufweisen. Sicher ist zum einen, dass **rechtlich erlaubtes oder sozial übliches Tun** die Verteidigungsbefugnisse nicht begrenzt, da anderenfalls die Handlungsfreiheit unangemessen eingeschränkt würde. Zum anderen muss – auch insoweit besteht Konsens – ein **rechtswidriges (zumindest sorgfaltswidriges) Provokationsgebaren** ausreichen.

## b) Absichtsprovokation

Im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Diskussion der Provokationsfälle steht die Absichtsprovokation. Hier reizt der spätere Verteidiger durch rechtswidriges Verhalten (str.) sein Gegenüber mit direktem Vorsatz (1. und wohl auch 2. Grades), um den daraufhin Angreifenden „unter dem Deckmantel“ der Notwehr an seinen Rechtsgütern zu verletzen.

Für eine Notwehreinschränkung spricht beim ersten Zugriff das Rechtsgefühl, kann man es dem Verteidiger doch nicht durchgehen lassen, Vorteile aus einer von ihm bewusst manipulierten Notwehrsituation zu schlagen. Dementsprechend will die **h. M.** bei einer Absichtsprovokation das **Notwehrrecht versagen**. Im bunten Strauß an Argumenten dafür findet sich häufig der Hinweis auf ein **Zurücktreten des Rechtsbewährungsinteresses** (Wer den Konflikt planmäßig und gewollt suche, sei ungeeignet, als Bewahrer der Rechtsordnung aufzutreten!) und auch auf das **Verbot des Rechtsmissbrauchs**. Weiterhin gibt es neben den Autoren, die jegliche Notwehreinschränkungen ablehnen, da der letztlich in fremde Rechtsgüter rechtswidrig Eingreifende der Provokation standhalten müsse, eine stattliche Zahl von Autoren, die auch bei der Absichtsprovokation dem Verteidiger ein **gestaffeltes Notwehrrecht** zubilligen.

## B. Umfang des Notwehrrechts bei proviertem Angriff (vgl. BGH in NStZ-RR 2015, 303)

**Fall:** Gegenstand des Verfahrens sind Gewalttätigkeiten, die auf dem Bahnhof in Be von den ursprünglich 9 Angekl. gegen den türkischstämmigen Imbissbesitzer E, dessen Lebensgefährtin Ste und dessen Bekannten Si begangen wurden.

Die 9 Angekl., die der rechtsextremen Szene angehören, feierten am 21.09.2013 den Junggesellenabschied des Angekl. St. Abends fuhren sie mit dem Zug nach Be, um dort eine Gaststätte aufzusuchen. Während sie noch auf dem Bahnsteig standen, betrat der Nebenkl. E, der in der Bahnhofshalle einen Imbissbetrieb, mit seiner Lebensgefährtin den Bahnsteig, um die Fenster zu kontrollieren und die Türen der Bahnhofshalle zu verschließen. Als er die beiden Angekl. B und M ansprach, beleidigte ihn M mit den Worten „Verschwinde, dreckiger Ausländer“ oder „Scheiß-Kanakenstück, mach Abstand von mir“, während Frau Ste in ein Wortgefecht mit dem Angekl. R geriet, der sie als „Schlampe“, „du Tussi“ und „du Dumme“ beschimpfte. Als der Nebenkl. E dies hörte, fasste er ihm an den Unterarm und sagte: „Zu einer Frau sagt man das nicht, bisschen mehr Respekt“. R schüttelte seine Hand ab und rief „Fass mich nicht an, du Scheißvieh!“ Möglicherweise holte sich der Nebenkl. E daraufhin einen 40 bis 50 cm langen Stock aus seinem Imbiss und begann, schlagende Bewegungen in die Luft auszuführen, um R zu vertreiben und ihm vor Augen zu führen, was passieren kann, wenn er seine Beleidigungen fortsetzen würde. R trat einen Schritt zurück und warf dem Nebenkl. E mit bedingtem Tötungsvorsatz eine fast volle Bierflasche aus nächster Nähe mit großer Wucht an den Kopf, so dass er eine Impressionsfraktur an der Schläfe erlitt. Der Nebenkl. wollte R für den Flaschenwurf zur Rechenschaft ziehen und setzte ihm mit dem Stock nach. Spätestens jetzt wurden die anderen Angekl. auf die Auseinandersetzung aufmerksam. Einige von ihnen, u.a. der Angekl. S, warfen ungezielt mit Flaschen, um den Nebenkl. von der Verfolgung abzuhalten und ihn zu entwaffnen. Alle bildeten einen Ring um den Nebenkl. E, schlugen und traten ihn, um ihn von Schlägen mit dem Stock abzuhalten. Nachdem sie ihn entwaffnet hatten, geriet der Nebenkl. ins Straucheln und schlug mit dem Kopf auf den Boden auf. Während die anderen Angekl. zurückwichen, schlugen und traten die Angekl. R, M, B und La mit großer Wucht weiter auf ihn ein, wobei sie seinen Tod billigend in Kauf nahmen. Der Nebenkl. Si kam unterdessen mit einem Messer auf den Bahnsteig gelaufen und fuchtelte damit in Richtung der Angekl. L und S herum. Er wurde zu Boden gebracht, wobei er Prellungen erlitt. Frau Ste gelang es schließlich, sich schützend über den Körper des Nebenkl. E zu werfen und die Polizei zu rufen, nachdem sie zuvor einer der Angekl. vom Nebenkl. weggezogen hatte und sie deshalb zu Boden gestürzt war.

Sind die Angekl. durch Notwehr bzw. Nothilfe gerechtfertigt?

Der Angriff der Angekl. auf die Nebenkl. könnte durch Notwehr oder Nothilfe gerechtfertigt sein, wenn der Angriff des Nebenkl. E nicht seinerseits durch Notwehr gerechtfertigt war.

### I. Bestehen einer Notwehrlage

Dann müsste sich der Angekl. R in einer Notwehrlage befunden haben. Er muss also eines gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriffs ausgesetzt gewesen sein.

#### 1. Gegenwärtiger Angriff

Das Schwingen des Stocks durch den Nebenkl. E und der Umstand, dass er damit dem Angekl. R nachsetzt, stellt einen gegenwärtigen Angriff auf den Angekl. R dar.



## 2. Rechtswidriger Angriff

Dieser Angriff des Nebenkl. E müsste auch rechtswidrig sein. Dies wäre nicht der Fall, wenn der Nebenkl. E seinerseits in Notwehr gehandelt hat, weil er sich einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs ausgesetzt sah.

E wurde durch den Angekl. R beleidigt. Hierin ist ein Angriff zu sehen. Fraglich ist jedoch, ob diese noch gegenwärtig war.

*„Der rechtswidrige Angriff des Angekl. R auf die Ehre des Nebenkl. E war **beendet**, als dieser ihn – nicht ausschließbar – mit dem Stock verfolgte. Denn der Nebenkl. holte – nicht ausschließbar – **nach der zweiten Beleidigung** zunächst noch **den Stock aus dem Imbiss** und betrat erst anschließend wieder den Bahnsteig, auf dem sich die Angekl. aufhielten. Dabei bewaffnete er sich nicht, um einen Angriff auf seine Ehre abzuwehren, sondern weil der Angriff auf seine Ehre und die seiner Freundin „nicht folgenlos bleiben“ durfte und er den Angekl. R vertreiben und vor Augen führen wollte, was passieren kann, wenn dieser die Beleidigungen fortsetzt. Daher befand sich der **Angekl. R in einer Notwehrsituation**, als ihm der Nebenkl. E mit dem Stock nachsetzte.“ (BGH aaO.)*

## II. Notwehrhandlung

### 1. Umfang der Notwehrhandlung

*„Eine in einer objektiven Notwehrlage verübte Tat ist nach § 32 II StGB gerechtfertigt, wenn es sich bei ihr um das **mildeste zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führende Mittel** handelt, das dem Angegriffenen oder seinem Helfer in der konkreten Situation zur Verfügung stand (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 21.03.1996 – 5 StR 432/95 = BGHSt 42, 97 [100] = NJW 1996, 2315 = NSTz 1996, 380 m.w.N.). Ob dies der Fall ist, muss auf der **Grundlage einer objektiven ex-ante-Betrachtung** der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung beurteilt werden (BGH, Beschl. v. 21.08.2013 – 1 StR 449/13 = NJW 2014, 1121 = NSTz 2014, 30 = StraFo 2014, 29; Beschl. v. 21.11.2012 – 2 StR 311/12 = NSTz-RR 2013, 105 [106]; Urt. v. 27.09.2012 – 4 StR 197/12 = NSTz-RR 2013, 139 [140] m.w.N.).“ (BGH aaO.)*

### 2. Anwendung auf den Fall

*„An diesen Maßstäben gemessen weist die Annahme des LG, die **ungezielten Würfe mit Bierflaschen, Schläge und Tritte** der Angekl. F, S, St, L und F seien die erforderliche Verteidigungshandlung gegen den mit einem Stock bewaffneten Nebenkl. E gewesen, keinen Rechtsfehler auf. Es kann dahinstehen, ob der Angekl. R angesichts des von ihm provozierten Angriffs berechtigt war, sich aus kurzer Entfernung mit einem gezielten Flaschenwurf an den Kopf des Nebenkl. zu verteidigen. Nach der Rspr. des BGH erfährt das **Notwehrrecht** unter dem Gesichtspunkt der Gebotenheit der Verteidigung u. a. dann eine **Einschränkung**, wenn der **Verteidiger** gegenüber dem Angreifer ein **pflichtwidriges Vorverhalten** an den Tag gelegt hat, das bei vernünftiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalles den folgenden Angriff als eine **adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung** des Angegriffenen erscheinen lässt. In einem solchen Fall muss der Verteidiger dem Angriff unter Umständen auszuweichen suchen und darf **zur lebensgefährlichen Trutzwehr nur übergehen**, wenn andere Abwehrmöglichkeiten erschöpft oder mit Sicherheit aussichtslos sind (BGH, Urt. v. 15.05.1975 – 4 StR 71/75 = BGHSt 26, 143 [145] = NJW 1975, 1423). Darüber hinaus vermag auch bereits ein **sozialethisch zu missbilligendes Vorverhalten das Notwehrrecht einzuschränken**, wenn zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang besteht und es nach Kenntnis des Täters auch geeignet ist, einen Angriff zu provozieren (vgl. BGH, Urt. v. 21.03.1996 – 5 StR 432/95 = BGHSt 42, 97 [100] = NJW 1996, 2315 = NSTz 1996, 380).*

*Ein insoweit möglicherweise vorliegender (weiterer) rechtswidriger Angriff des Angekl. R war aber ebenfalls beendet, als ihm der Nebenkl. E weiter mit dem Stock nachsetzte und die anderen Angekl. eingriffen. In dieser Situation waren die Angekl. S, F, St, L und F auch mit Blick auf ein möglicherweise eingeschränktes Notwehrrecht infolge einer vorangegangenen Provokation berechtigt, den Nebenkl. E mit der eingesetzten körperlichen Gewalt von der Verfolgung des Angekl. R abzuhalten.“ (BGH aaO.)*

StGB

**Organisationsdelikte und Begleitaten**

Str BT

§§ 129 I, 129 a I, 52 I, 53 I Rechtsprechungsänderung zu Konkurrenzverhältnissen

(BGH in NJW 2016, 657; Beschluss vom 09.07.2015 – 3 StR 537/14)

1. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung können **mehrere an sich getrennt verwirklichte Straftaten durch ein drittes Delikt – hier § 129 StGB – zu einer Tat verbunden** werden, wenn zwischen diesem und wenigstens einem der verbundenen Delikte zumindest eine annähernde Wertgleichheit besteht oder das verbindende Delikt das schwerste ist.
2. Der BGH **gibt seine bisherige Rechtsprechung auf**, wonach **alle mitgliedschaftlichen Beteiligungsakte** an einer kriminellen (oder terroristischen) Vereinigung **zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit** zusammengefasst werden.
3. Für das Konkurrenzverhältnis zwischen der als Mitglied begangenen sonstigen **Straftat und weiteren mitgliedschaftlichen Beteiligungsakten** kommt es daher maßgeblich darauf an, in welchem Verhältnis diese untereinanderstehen. Nach **überkommener Auffassung** bilden mehrere mitgliedschaftliche Beteiligungsakte grundsätzlich eine tatbestandliche **Handlungseinheit**.

**Fall:** Die Angekl. sowie zeitweise weitere Personen, die allesamt eine rechtsextreme Gesinnung einte, bildeten spätestens ab April 2011 den „Freundeskreis Ra.“. In diesem Rahmen verfolgten sie das Ziel, Personen mit Migrationshintergrund und Andersdenkende aus „ihrem Revier“ – Ra. und die angrenzenden Ortschaften – zu vertreiben oder zumindest erheblich einzuschüchtern. Die Angekl. fühlten sich gegenseitig verpflichtet, sich an den gemeinsamen Aktionen – Demonstrations- und Konzertbesuche – sowie an regelmäßigen Treffen zu beteiligen und erwarteten dies auch untereinander von den anderen Mitgliedern. Sie waren des Weiteren der Auffassung, dass die gemeinsamen „höheren“ Ziele absoluten Vorrang und andere Belange, insbesondere persönliche Neigungen hinten anzustehen hatten. Diese Ziele wollten die Angekl. einerseits dadurch erreichen, dass sie ihre Gegner im öffentlichen Raum so bedrohten, einschüchterten und misshandelten, dass diese in ihrem Sicherheitsgefühl erheblich gestört würden. Dazu beabsichtigten sie, auch Waffen bzw. gefährliche Gegenstände einzusetzen und sich durch Vermummung vor Strafverfolgung zu schützen. Daneben betrieb der „Freundeskreis“ eine eigene Internetseite, mit der eine aggressive Stimmung gegen Ausländer und Andersdenkende erzeugt und über Veranstaltungen berichtet werden sollte, die der Gesinnung der Teilnehmer entsprachen. Schließlich gestalteten die Angekl. Plakate und Aufkleber zur Hetze gegen und zur Einschüchterung Andersdenkende(r) und Ausländer, um diese in „ihrem Revier“ anzubringen. Zwischen April 2011 und März 2012 kam es zu den im Einzelnen abgeurteilten Taten, ganz überwiegend Körperverletzungs- und Nötigungsdelikte, die das LG – mit Ausnahme der abgeurteilten Volksverhetzung durch den Angekl. R – jeweils als Ausfluss dieser Zielsetzung gewertet hat. Dabei kam dem Angekl. R eine Führungsposition zu. Als geistiger Kopf der Gruppe war er Ansprechpartner und Berater für die übrigen Mitglieder. Er koordinierte Aktionen, insbesondere auch den Rückzug der Gruppe aus der Öffentlichkeit im April 2012 in der Folge der Verhaftungen von Mitgliedern des so genannten „Braunen Hauses“ in K. im Vormonat. Die übrigen Angekl. nahmen neben ihrer Beteiligung an einzelnen Taten jeweils an den regelmäßigen Treffen teil. Darüber hinaus zeichnete der Angekl. Ko für die Pflege der Internetseite verantwortlich, wofür ihm von den Angekl. H und Ku Bildmaterial zur Verfügung gestellt wurde. Der Angekl. D warb und betreute neue Mitglieder.

Das LG Köln hat mit Urteil vom 27.01.2014 die Angekl. – jeweils unter Freispruch im Übrigen – wie folgt verurteilt, wobei es die Vollstreckung aller Haftstrafen bis zu zwei Jahren zur Bewährung ausgesetzt hat: (1) den Angekl. R wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung „als Rädelsführer“ in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung sowie wegen Volksverhetzung zu der Einheitsjugendstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten; (2) den Angekl. Ko wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung in zwei Fällen, in einem Fall in Tateinheit mit Sachbeschädigung und im anderen Fall in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu der Einheitsjugendstrafe von einem Jahr; (3) den Angekl. D wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung in drei Fällen, in zwei Fällen in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, im dritten Fall in Tateinheit mit Nötigung, zu der Einheitsjugendstrafe von einem Jahr und sechs Monaten; (4) den Angekl. H wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung zu der Jugendstrafe von neun Monaten; (5) den Angekl. S wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung in Tateinheit mit Nötigung in zwei Fällen, in einem Fall in weiterer Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung, im anderen Fall in weiterer Tateinheit mit Körperverletzung, zu der Einheitsjugendstrafe von einem Jahr; (6) den Angekl. Ku wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung unter Einbeziehung zweier Geldstrafen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten. Sind die Konkurrenzverhältnisse richtig erfasst?

Das Gericht hat hier sowohl die Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung als auch die zur Förderung von deren Zwecken begangenen Straftaten untereinander als tateinheitliche angesehen. Fraglich ist, ob dies einer Prüfung standhält.

**I. Problemstellung**

Es sind hier verschiedene Konkurrenzverhältnisse zu betrachten.

Verwirklicht die Beteiligungshandlung an der kriminellen Vereinigung einen Straftatbestand, so stellt sich die Frage, ob die Beteiligung und die zu ihrem Zweck begangene (weitere) Straftat im Verhältnis von Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit stehen.

Kommt es zu mehreren Beteiligungshandlungen so ist das Konkurrenzverhältnis dieser strafbaren Beteiligungen untereinander zu klären.

Da letztlich aber die verschiedenen Beteiligungshandlungen selbst auch noch (andere) Straftatbestände verwirklichen können, kommt es darauf an, wie diese verschiedenen Straftaten dann zueinanderstehen.

## II. Tateinheit zwischen zielverfolgender Straftat und Beteiligung an krimineller Vereinigung

„Zwischen einer Straftat, die ein **Mitglied einer kriminellen Vereinigung in Verfolgung deren Ziele** begeht und dem **darin liegenden Verstoß gegen § 129 I Var. 2 StGB** besteht **Tateinheit** (BGH, NJW 1980, 1533 – juris Rn. 26; BGH NStZ 1981, 72; BGH, NJW 1980, 2029; Beschl. v. 08.05.1980 – 3 StR 170/80, BeckRS 1980, 02989; NStZ 1982, 517 [518]; NStZ 2010, 445 [446 f.] LK-StGB/Krauß, 12. Aufl., § 129 Rn. 194; SK-StGB/Rudolphi/Stein, 63. Lfg., § 129 Rn. 34; Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 129 Rn. 27; Krauth, FS Kleinknecht, 1985, 215 [218]; Cording, Der Strafklageverbrauch bei Dauer- und Organisationsdelikten, 1993, 112).

**Gegenteilige Auffassungen**, die untereinander insoweit divergieren, als die einen stets von **Tatmehrheit** ausgehen (so Meyer, JR 1978, 35; Dreher/Tröndle, StGB, 41. Aufl., § 129 Rn. 9 a; Herdegen, MDR 1980, 439), die anderen nur in den Fällen, in denen die Straftat der Erreichung des Zwecks der Vereinigung dienen soll, wohingegen bei Taten, die gerade einen Beitrag zur organisatorischen Arbeit der Vereinigung leisten sollen, Tateinheit anzunehmen sei (so OLG Karlsruhe, NJW 1977, 2222; Gössel, JR 1982, 111 [112], haben sich zu Recht **nicht durchgesetzt**. Denn gerade in der Begehung einer Straftat, die der Zwecksetzung der Vereinigung entspricht oder sonst ihren Interessen dienlich ist, liegt eine **gesteigerte Förderung des Verbands** durch das Mitglied (ebenso Haberstumpf, MDR 1979, 977 [980]; Werle, JR 1979, 93 [96]). Dann aber folgt die Annahme von Tateinheit unmittelbar aus § 52 I Alt. 1 StGB. Denn es ist **dieselbe Handlung im natürlichen Sinne**, die einerseits die Voraussetzungen des als Mitglied begangenen Delikts erfüllt und sich andererseits als mitgliedschaftliche Beteiligung i.S.v. § 129 I Var. 2 StGB darstellt. Es geht mithin nicht um die bloße Gleichzeitigkeit von Geschehensabläufen (so aber Herdegen, MDR 1980, 439 in Kritik an einer Formulierung in BGH, NJW 1980, 1533), sondern um Handlungsideutlichkeit. Diese wird durch den Umstand, dass mitgliedschaftliche Beteiligung auch in einer Art und Weise begangen werden kann, die keinen weiteren Straftatbestand erfüllt, nicht aufgelöst (zutr. Grünwald, FS Bockelmann, 1973, 737 [740] gegen OLG Karlsruhe, NJW 1977, 2222 = JR 1978, 34) und setzt darüber hinaus eine Identität von Tatbestandsmerkmalen nicht voraus (so aber Meyer, JR 1978, 35; hiergegen zu Recht Werle, JR 1979, 93 [96]).“ (BGH aaO.)

## III. Konkurrenzverhältnis zwischen den verschiedenen Beteiligungsakten

Begeht ein Mitglied mehrfach Straftaten so liegen verschiedene Beteiligungsakte im Sinne des § 129 I Var. 2 StGB vor. Fraglich ist, in welchem Verhältnis diese zueinanderstehen.

„Für das Konkurrenzverhältnis zwischen der als Mitglied begangenen sonstigen **Straftat und weiteren mitgliedschaftlichen Beteiligungsakten** kommt es daher maßgeblich darauf an, in welchem Verhältnis diese untereinander stehen. Nach **überkommener Auffassung** bilden mehrere mitgliedschaftliche Beteiligungsakte grundsätzlich eine tatbestandliche **Handlungseinheit** (BVerfG, NJW 1981, 1433 [1435]; BGH, NStZ 2007, 401; MüKo-StGB/Schäfer, 2. Aufl., § 129 Rn. 136; LK-StGB/Krauß, § 129 Rn. 189; LK-StGB/Rissing-van Saan, vor § 52 Rn. 24; Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, § 129 Rn. 27; Heger in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 129 Rn. 13).“ (BGH aaO.)

### 1. § 129 I Var. 2 StGB kein Dauerdelikt

Diese Idealkonkurrenz ist allerdings nicht die Folge der Einordnung von § 129 I Var. 2 StGB als Dauerdelikt. Ein Dauerdelikt liegt vor, wenn der Täter einen von ihm begründeten rechtswidrigen **Zustand aufrechterhält** oder **durch tatbestandserhebliche Handlungen weiter verwirklicht** (BGH NStZ 1997, 79 m.w.N.).

„Da es aber nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 129 I StGB für die Strafbarkeit nach dieser Vorschrift nicht ausreicht, bloß Mitglied in einer Vereinigung zu sein, begründet das Faktum der Mitgliedschaft keinen rechtswidrigen Zustand; vielmehr ist eine Beteiligung als Mitglied erforderlich, also eine **aktive Förderungshandlung**, in der sich die **Eingliederung des Täters in die Organisation** und seine Unterordnung unter deren Willen manifestiert (BGH NStZ 1981, 72; MüKo-StGB/Schäfer, § 129 Rn. 87; Haberstumpf, MDR 1979, 977 [978]). Sollten Formulierungen des Senats, wonach eine Beteiligung als Mitglied auch für Zeiten angenommen werden könne, in denen keine Tätigkeiten für die Vereinigung ausgeübt werden (etwa BGHSt 29, 114 [123] = NJW 1980, 462; vgl. hierzu Krauth, FS Kleinknecht, 215 [224 f.]; Cording, 71 f.), auf ein anderes Verständnis hindeuten können, **hält der Senat daran nicht fest**. Gegen die Annahme einer von aktiven Beteiligungshandlungen unabhängigen Tatbestandserfüllung spricht bereits, dass eine **bloß formale oder lediglich passive Mitgliedschaft** vom Tatbestand in seiner einschränkenden Auslegung durch die Rechtsprechung gerade **nicht erfasst** wird (BGHSt 29, 114 [121] = NJW 1980, 464; vgl. auch BGH, NStZ 2002, 328 [330]).“ (BGH aaO.)

## 2. Zusammenfassung mehrerer Tatbestandsverwirklichungen zu einer Tat

„Die **grundsätzliche Annahme einer tatbestandlichen Handlungseinheit** rechtfertigt sich dagegen aus der pauschalisierenden Handlungsbeschreibung (vgl. LK-StGB/Rissing-van Saan, vor § 52 Rn. 24) des § 129 I Var. 2 StGB. Der Tatbestand selbst, der vorrangig die **Allgemeinsrechtsgüter öffentliche Sicherheit und staatliche Ordnung** schützt (MüKo-StGB/Schäfer, § 129 Rn. 1 m.w.N.) und daher strukturbedingt keine Tatbestandsmerkmale enthält, die unmittelbar auf Individualrechtsgüter bezogene Angriffsobjekte, Angriffsarten oder Taterfolge umschreiben, lässt es angezeigt erscheinen, **mehrere Tatbestandsverwirklichungen rechtlich zu einer Tat zusammenzufassen**, um so zu einer sinnstiftenden Bestimmung des Einzeldelikts zu kommen (vgl. Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, 212 f.). Darüber hinaus ergibt sich aus der Verknüpfung zwischen den einzelnen, stoßweise begangenen (vgl. Werle, NJW 1980, 2671 [2674]) und für sich betrachtet strafrechtlich oftmals neutralen Beteiligungshandlungen mit der auf einen längeren Zeitraum angelegten Mitgliedschaft, in der sich die Eingliederung des Täters in die Organisation widerspiegelt und durch die die Tätigkeiten erst ihr Unwerturteil erhalten, dass eine Mehrzahl von Tätigkeiten zu einer Tatbestandsverwirklichung zusammengefasst werden soll (vgl. zur insoweit vergleichbaren Tatbestandsstruktur des § 99 I Nr. 1 StGB: BGHSt 42, 215 [217] = NJW 1996, 3424 = NSTz 1997, 79; vgl. Cording, 54).“ (BGH aaO.)

## IV. Verhältnis der Beteiligungsstraftaten selbst untereinander

Soweit die Beteiligungsakte selbst auch weitere Straftatbestände verwirklichen, stellt sich die Frage, ob auch diese untereinander im Verhältnis der Handlungseinheit stehen, also von einer umfassenden Klammerwirkung des § 129 I 2. Var StGB auszugehen ist.

### 1. Bisherige Rechtsprechung

„Allerdings hat der Senat **bislang** ohne weitere Begründung stets alle mitgliedschaftlichen Beteiligungsakte zusammengefasst und aus diesem Umstand auf **Idealkonkurrenz zwischen dem gesamten Organisationsdelikt** (zum Begriff MüKo-StGB/Schäfer, § 129 Rn. 5 m.w.N.; Cording, 122, 129 ff.) **und einer durch einen der Einzelakte begangenen anderen Straftat** geschlossen (BGH NSTz 1981, 72). Darauf hat – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zu anderen tatbestandlichen Handlungseinheiten, insbesondere Dauerdelikten (vgl. etwa BGH, BeckRS 1988, 31094281; NSTz 1989, 20; NJW 1989, 3230) – die Annahme einer Klammerwirkung des § 129 I Var. 2 StGB bezüglich mehrerer als Mitglied begangener sonstiger Straftaten aufgebaut (BGH NSTz 1981, 72; BGH, NSTz 2005, 46 [47]). Diese galt – wie bereits dargelegt – wegen ihrer ungerechten materiellen Konsequenzen (vgl. LK-StGB/Rissing-van Saan, § 52 Rn. 30: „die Verbindung würde der Täterschuld in solchen Fällen nicht gerecht und hätte das widersinnige Ergebnis ...“) allerdings auch bei § 129 I Var. 2 StGB nicht uneingeschränkt, sondern nur, wenn **zumindest eines der für die Verklammerung in Betracht kommenden Delikte nicht schwerer** wog als die durch dieses gleichzeitig verwirklichte mitgliedschaftliche Beteiligung i.S.v. § 129 I StGB.

Über diese aus den genannten Gründen der materiellen Gerechtigkeit gebotene materiell-rechtliche Ausnahme vom Grundsatz der Klammerwirkung hinaus hatte die Rechtsprechung des Senats in diesen Fallkonstellationen in strafprozessualer Hinsicht weitere Konsequenzen: Durch eine Verurteilung wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung nach § 129 I StGB trat **kein Strafklageverbrauch hinsichtlich eines mit dieser idealkonkurrierenden schwereren Delikts** ein, wenn Letzteres nicht von der früheren Anklage – auch nicht als mitgliedschaftlicher Beteiligungsakt – erfasst war (BGH NSTz 1981, 72). Damit wich der Senat von dem – im Übrigen allgemein anerkannten – Grundsatz ab, dass **materiell-rechtliche Idealkonkurrenz in aller Regel zur Annahme einer einheitlichen Tat im prozessualen Sinn** des § 264 StPO führt (vgl. Stuckenberg in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 264 Rn. 59 m.w.N.). Zudem konnte der Täter in einem neuen Prozess nur noch wegen des schwereren Delikts schuldig gesprochen werden. Die Verurteilung wegen der gleichzeitig verwirklichten mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung i.S.v. § 129 I StGB hatte hingegen wegen Strafklageverbrauchs auszuschneiden.“

### 2. Neuer Ansatz

Der BGH stellt hingegen in seinem neuen Ansatz darauf ab, dass unter bestimmten Voraussetzungen **Einzelakte tatmehrheitlich neben die eine verbleibende tatbestandliche Handlungseinheit** treten.

„Ausgangspunkt für die Bestimmung der Reichweite der tatbestandlichen Handlungseinheit ist ... der Umstand, dass es sich bei dieser **Rechtsfigur** um eine **Konstruktion** handelt, die maßgeblich auf rechtlichen Bewertungen beruht. Die für sich betrachtet **unnatürliche Zusammenfassung einzelner Handlungen zu einer Gesetzesverletzung** bedarf einer materiellen Rechtfertigung. Fehlt eine solche hinsichtlich einer Handlung im natürlichen Sinne, wird diese nicht Teil der Einheit.

Die **materielle Rechtfertigung** für eine Zusammenfassung kann mithin nur in der **Gleichwertigkeit verschiedener Handlungen** liegen, die anhand ihres jeweiligen Unrechts- und Schuldgehalts zu bestimmen ist. Geht es aber um eine derartige Bewertung einer Handlung, die den Tatbestand des Organisationsdelikts erfüllt, versteht es sich von selbst, dass auch in den Blick genommen werden muss, ob diese **daneben weitere Straftatbestände verwirklicht und so einen gesteigerten Unrechtsgehalt aufweist** (ebenso Werle, 171 ff.; Puppe, JR 1986, 205 [207]; ähnlich, allerdings bei anderem Ausgangspunkt, Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 213 ff.). Danach gilt:

Der Unrechts- und Schuldgehalt aller Tätigkeiten, die allgemein dem Zusammenhalt und der „Arbeit“ der Organisation dienen, **ohne für sich betrachtet strafbar** zu sein, liegt in der bloßen Steigerung der genannten Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und – mittelbar – noch unbestimmte (Individual-)Rechtsgüter. Sie sind einer weiteren Aufspaltung nicht zugänglich (Puppe, 215) und **deshalb zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit** zu verknüpfen.

Demgegenüber ist die **Begehung einer Straftat**, die gerade den **Zweck der Vereinigung** bildet, stets von entscheidender Relevanz für den Unrechts- und Schuldgehalt dieser Handlung. Denn die Verletzung eines Individualrechtsguts kann gegenüber dessen bloßer Gefährdung, der § 129 I StGB (auch) entgegenwirken will (vgl. MüKo-StGB/Schäfer, § 129 Rn. 1, 4), nicht untergeordnet sein (ebenso Werle, 187). Deshalb unterfällt die diesbezügliche Tätigkeit nicht der tatbestandlichen Handlungseinheit, sondern tritt – **idealkonkurrierend** mit der eigenständigen, isolierten Erfüllung des § 129 I Var. 2 StGB – **in Tatmehrheit** zu dieser.

Nichts anderes gilt – unabhängig von der Schwere des Unrechtsgehalts - auch für **jede sonstige**, lediglich den organisatorischen Zusammenhalt oder die Schlagkraft der Organisation **fördernde Handlung** durch ein Mitglied einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung, sofern dadurch ein **gesonderter Straftatbestand** verwirklicht wird; auch sie wird **nicht Teil der übrigen Handlungseinheit** (a.A. Werle, 174 ff.). Dafür spricht zudem, dass auf diesem Wege **Probleme bei der Schwerebestimmung** vermieden werden, wie sie bereits heute im Zusammenhang mit der Entklammerung auftreten (vgl. hierzu die Kritik bei Peters, JR 1993, 265 [267 f.] gegenüber BGHSt 33, 4 [6 f.] = NJW 1984, 2838).“ (BGH aaO.)

## V. Ergebnis

Nach alledem wären sämtliche Angekl. wegen Mitgliedschaft bzw. – der Angekl. R – Rädelsführerschaft in einer kriminellen Vereinigung in jeweiliger Tatmehrheit zu den begangenen Einzelataten zu verurteilen gewesen. Soweit es sich bei den Einzelataten um Taten der Vereinigung handelte, wären diese ihrerseits in Tateinheit mit Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung auszuurteilen gewesen. Dementsprechend ist keiner der Angekl. durch den gegen ihn ergangenen Schuldspruch beschwert.

## Veränderungssperre Anrechnung einer faktischen Zurückstellung

(VGH Mannheim in VBI-BW 2016, 27; Urteil vom 02.09.2015 – 3 S 276/15)

1. Die Gemeinde muss in die **Satzung über eine Veränderungssperre** nicht alle in § 14 I Nr. 1 und Nr. 2 BauGB genannten Tatbestände aufnehmen. Sie ist dementsprechend auch nicht daran gehindert, das in § 14 I Nr. 1 BauGB genannte **Verbot zur Durchführung von Vorhaben** im Sinne des § 29 BauGB **auf bestimmte Vorhaben zu beschränken**, wenn sie dies zur Sicherung ihrer Planungsziele für ausreichend erachtet.
2. Die in § 17 I 2 BauGB getroffene Anrechnungsregelung ist auf "**faktische Zurückstellungen**", d.h. Fälle, in denen ein Bauantrag **nicht hinreichend zügig** bearbeitet, sonst wie verzögert oder rechtswidrig abgelehnt wird, entsprechend anzuwenden.
3. Das gilt auch in Fällen, in denen der Bauantrag **aus anderen Gründen als zur Sicherung einer beabsichtigten Bauleitplanung** nicht beschieden oder abgelehnt wurde.

**Fall:** Die Klägerin begehrt eine Baugenehmigung zur Erweiterung der Verkaufsfläche ihres Lebensmittelmarkts. Diese wurde mit Bescheid vom 04.07.2012, zugestellt am 07.07.2012 wegen des Fehlens der planungsrechtlichen Voraussetzungen abgelehnt.

Das Grundstück der Klägerin liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans "Salmenkopf-Viehgrund-Kirchkopf" der Beigeladenen vom 10.07.2006, der einen großen, das Grundstück der Klägerin einschließenden Teil des von ihm erfassten Gebiets als Industriegebiet ausweist. Mit den Festsetzungen dieses Plans ist das Vorhaben der Klägerin nicht vereinbar. Allerdings beruft sich die Klägerin darauf, dass der Bebauungsplan wegen Verstoßes gegen § 17 I BauNVO unwirksam ist.

Das Baugebiet entspricht den Vorgaben des § 34 BauGB für die Annahme eines unbeplanten Innenbereiches. Es gibt dort neben Gewerbe- und Industriebetrieben mehrere Einzelhandelsbetriebe, von denen zwei - einschließlich des bestehenden Lebensmittelmarkts der Klägerin - großflächige Einzelhandelsbetriebe im Sinne des § 11 III BauNVO sind.

Am 03.08.2015 hatte die Beigeladene eine bis 22.02.2016 gültige Veränderungssperre für den Geltungsbereich des (künftigen) Bebauungsplans "Einzelhandel am Glockenloch" erlassen.

Ist das Vorhaben planungsrechtlich zulässig?

Die Klägerin wird die begehrte Baugenehmigung nur erhalten, wenn ihr Vorhaben planungsrechtlich zulässig ist.

### I. Planungsrechtliche Zulässigkeit nach § 30 BauGB

Im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes richtet sich die Zulässigkeit von Vorhaben nach den planerischen Festsetzungen. Nach diesen wäre das Vorhaben nicht zulässig. Fraglich ist allerdings, ob der Bebauungsplan überhaupt wirksam ist.

#### 1. Vorliegen eines Verstoßes gegen § 17 I BauNVO

Hier kommt ein Verstoß gegen § 17 I BauNVO in Betracht. Nach § 17 I BauNVO dürfen bei der Bestimmung des **Maßes der baulichen Nutzung** bestimmte Obergrenzen nicht überschritten werden, auch wenn eine Geschossflächenzahl oder eine Baumassenzahl nicht festgesetzt wird. Die **Obergrenze für die Geschossflächenzahl beträgt bei der Festsetzung eines Industriegebiets 2,4**. Ob diese Obergrenze überschritten wird, ist bei nicht ausdrücklich festgesetzter Geschossflächenzahl auf der Grundlage des § 20 II bis IV BauNVO anhand der übrigen Festsetzungen des Bebauungsplans und sonstiger einschlägiger baurechtlicher Vorschriften, insbesondere derjenigen des Landesbaurechts, zu ermitteln (BVerwG, Urt. v. 25.11.1999 - 4 CN 17.98 - NVwZ 2000, 813). Dabei kommt es nicht auf die tatsächliche Ausnutzung, sondern allein auf die **zulässige Ausnutzbarkeit der Festsetzungen** an (BVerwG, Urt. v. 25.11.1999, aaO.).

*„Der Bebauungsplan "Salmenkopf-Viehgrund-Kirchkopf" setzt für den als Industriegebiet ausgewiesenen Teil des Plangebiets eine Grundflächenzahl von 0,7 und eine maximale Wandhöhe von 15 m fest. Im Rahmen dieser Festsetzungen sind bei einer Geschosshöhe von 2,5 m bis zu sechs Vollgeschosse, bei einer Geschosshöhe von 3 m fünf Vollgeschosse und bei einer Geschosshöhe von 3,75 m immer noch vier Vollgeschosse realisierbar. Ausgehend von der auf 0,7 festgesetzten Grundflächenzahl ist im zuletzt genannten Fall*

eine Geschossflächenzahl von 2,8 erreichbar. Im zuerst genannten Fall könnte sogar eine Geschossflächenzahl von 4,2 verwirklicht werden. Die **Obergrenze von 2,4** ist somit **deutlich überschritten**.“ (VGH Mannheim aaO.)

Nach § 17 II 1 BauNVO in ihrer bei der Aufstellung des Bebauungsplans noch geltenden Fassung vom 23.01.1990 (BauNVO 1990) können allerdings die in I genannten Obergrenzen überschritten werden, wenn - 1. - **besondere städtebauliche Gründe dies erfordern**, - 2. - die Überschreitungen durch Umstände ausgeglichen sind oder durch Maßnahmen ausgeglichen werden, durch die sichergestellt ist, dass die **allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse nicht beeinträchtigt**, nachteilige Auswirkungen auf die Umwelt vermieden und die Bedürfnisse des Verkehrs befriedigt werden, und - 3. - **sonstige öffentliche Belange** nicht entgegenstehen.

„Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts betont § 17 II BauNVO 1990 mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die **Erforderlichkeit aus städtebaulichen Gründen** den Zusammenhang mit § 1 III BauGB. Restriktionen für eine Überschreitung der Obergrenzen ergeben sich jedoch in erster Linie daraus, dass § 17 II BauNVO eine Ausnahme zulässt und damit auch **städtebauliche Ausnahmegründe für die Abweichung von § 17 I BauNVO** voraussetzt. Die Einhaltung der Maße des § 17 I BauNVO ist der städtebauliche Regelfall. Die Maßüberschreitung setzt deshalb eine **städtebauliche Situation** und eine durch den Bebauungsplan zu lösende Problematik voraus, die **nicht alltäglich und nicht in beliebiger örtlicher Lage** anzutreffen ist. Es muss sich somit um eine städtebauliche Ausnahmesituation handeln. Reguläre städtebauliche Gründe in einer Standardsituation reichen nicht aus (BVerwG, Urt. v. 25.11.1999, aaO.).

Für das Vorliegen einer städtebaulichen Ausnahmesituation in dem genannten Sinn ist im vorliegenden Fall nichts zu erkennen. Die Existenz einer solchen Situation wird auch weder von dem beklagten Land noch der Beigeladenen behauptet.“ (VGH Mannheim aaO.)

Ein Überschreiten der Maximalen Geschossflächenzahl ist daher nicht ausnahmsweise zulässig.

## 2. Folgen des Verstoßes

Fraglich ist, welche Folge dieser Verstoß gegen § 17 I BauNVO hat.

### a) Ansatz der Rechtsprechung des BVerwG

„Nach der Rechtsprechung des BVerwG führen Mängel, die einzelnen Festsetzungen eines Bebauungsplans anhaften, dann **nicht zu dessen (Gesamt-)Unwirksamkeit**, wenn - 1. - **die übrigen Regelungen, Maßnahmen oder Festsetzungen - für sich betrachtet - noch eine sinnvolle städtebauliche Ordnung im Sinne des § 1 III 1 BauGB** bewirken können und - 2. - die Gemeinde nach ihrem **im Planungsverfahren zum Ausdruck gelangten Willen im Zweifel auch eine Satzung dieses eingeschränkten Inhalts** beschlossen hätte (vgl. u. a. Beschl. v. 24.04.2013 - 4 BN 22.13 - BRS 81 Nr. 77; Beschl. v. 18.02.2009 - 4 B 54.08 - BauR 2009, 1102; Beschl. v. 29.03.1993 - 4 NB 10.91 - DVBl. 1993, 661; Beschl. v. 06.04.1993 - 4 NB 43.92 - ZfBR 1993, 238). Die dazu erforderlichen Ermittlungen können sich allerdings in aller Regel schon deshalb nicht auf Willensäußerungen stützen, die in der Planungsphase abgegeben worden sind, weil der Ortsgesetzgeber die Folgen einer (Teil-)Nichtigkeit gerade nicht bedacht hat. **Abzustellen** ist deshalb darauf, welche **Entscheidung mutmaßlich getroffen** worden wäre, **wenn die Gemeinde den Fehler, der dem Bebauungsplan anhaftet, erkannt hätte** (BVerwG, Beschl. v. 25.02.1997 - 4 NB 30.96 - NVwZ 1997, 896).“ (VGH Mannheim aaO.)

### b) Anwendung auf den Fall

„Dafür, dass die Beigeladene **bei Kenntnis von dem Verstoß** gegen § 17 I BauNVO auf **Festsetzungen** in Bezug auf das Maß der baulichen Nutzung **insgesamt verzichtet** und sich auf die bloße Ausweisung des hier interessierenden Teils des Plangebiets als Industriegebiet beschränkt hätte, sieht der Senat keine Anhaltspunkte.

Der danach anzunehmende Verstoß gegen § 17 I BauNVO hat auch nach Ansicht des Senats die **Gesamtwirksamkeit** jedenfalls des als Industriegebiet ausgewiesenen Teils des Bebauungsplans zur Folge.“ (VGH Mannheim aaO.)

## 3. Prüfungsansatz für Bebauungsplan

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des klägerischen Vorhabens beurteilt sich daher nicht nach § 30 BauGB und den Festsetzungen des Bebauungsplanes.

## II. Planungsrechtliche Zulässigkeit nach § 34 BauGB

Dar Vorhaben der Klägerin müsste nach den Vorgaben des § 34 BauGB planerisch zulässig sein.

## 1. Einfügen in die nähere Umgebung

Bei § 34 BauGB beurteilt sich das Einfügen in die nähere Umgebung nach § 34 II BauGB i.V.m. mit der BauNVO, wenn der Bebauungszusammenhang einem der Baugebiete der BauNVO entspricht.

*„Die nähere Umgebung des Baugrundstücks umfasst die Bebauung nördlich der Straße "Am Glockenloch" bis hin zu den Grundstücken Flst.Nrn. XXXXX und XXXXX, die südlich der Straße "Am Glockenloch" gelegenen Grundstücke Flst.Nrn. XXXX und XXX sowie die in diesem Bereich westlich und östlich der L87 liegende Bebauung. Auf den genannten Grundstücken befinden sich außer einem Gewerbe- bzw. Industriebetrieb mehrere Einzelhandelsbetriebe, von denen zwei - einschließlich des bestehenden Lebensmittelmarkts der Klägerin - großflächige Einzelhandelsbetriebe im Sinne des § 11 III BauNVO seien.*

*Das Verwaltungsgericht hat hiervon ausgehend zu Recht angenommen, dass die Eigenart der näheren Umgebung keinem der in der BauNVO bezeichneten Baugebiete entspricht und sich wegen der beiden vorhandenen großflächigen Einzelhandelsbetriebe, die als solche nach § 11 III 1 BauNVO nur in Kerngebieten oder für solche Betriebe festgesetzten Sondergebieten zulässig wären, insbesondere nicht als Gewerbe- oder Industriegebiet einstufen lässt.“ (VGH Mannheim aaO.)*

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens der Klägerin auch in Bezug auf die Art der baulichen Nutzung richtet sich daher nicht nach § 34 II BauGB, sondern nach § 34 I BauGB. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens ist danach auch in Bezug auf dieses Merkmal davon abhängig, ob sich das Vorhaben in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt.

*„Das Verwaltungsgericht hat dies mit der Begründung bejaht, dass sich das Vorhaben im Rahmen der in der Umgebung vorhandenen Bebauung bewege, da dieser auch durch die beiden jetzt schon vorhandenen großflächigen Einzelhandelsbetriebe gebildet werde. Auch dagegen bestehen keine Bedenken.“ (VGH Mannheim aaO.)*

Die Voraussetzungen für eine Zulassung des Vorhabens nach § 34 I BauGB liegen damit grundsätzlich vor.

## 2. Verstoß gegen § 34 III BauGB

Allerdings dürfen nach § 34 III BauGB von Vorhaben **keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche** in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten sein.

*„Dafür, dass von dem Vorhaben schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der beigeladenen Gemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten vom März 2012 keine Anhaltspunkte. Nach dem genannten Gutachten ist davon auszugehen, dass die Kunden des Lebensmittelmarkts der Klägerin hauptsächlich aus der Bevölkerung der Beigeladenen stammen. Das Gutachten schließt hieraus, dass der im Falle der Verwirklichung des Vorhabens der Klägerin zusätzlich zu erwartende Umsatz vorwiegend zu Lasten der weiteren Anbieter auf dem Gebiet der Beigeladenen gehe. Negative Auswirkungen auf den zentralen Versorgungsbereich der Beigeladenen seien daher nicht zu erwarten. Der Senat sieht keinen Anlass, diese in sich schlüssig begründeten Ausführungen in Frage zu stellen. Einwendungen gegen das Gutachten werden auch weder von dem beklagten Land noch der Beigeladenen erhoben.“ (VGH Mannheim aaO.)*

Das Vorhaben der Klägerin ist daher nach § 34 I BauGB planungsrechtlich zulässig.

## III. Entgegenstehen einer Veränderungssperre

Der Genehmigung des klägerischen Vorhabens könnte jedoch die Veränderungssperre vom 03.08.2015 entgegenstehen.

### 1. Inhaltliche Begrenzung der Veränderungssperre

Nach § 3 I der Satzung über die Veränderungssperre dürfen in ihrem räumlichen Geltungsbereich "Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB **zur Erweiterung bestehender** oder zur Ansiedlung neuer oder zusätzlicher **Einzelhandelsbetriebe nicht durchgeführt werden**". Die Veränderungssperre bleibt damit hinter der Ermächtigung in § 14 I BauGB zurück.

*„Das ist jedoch unschädlich, da die Gemeinde nicht alle in § 14 I Nr. 1 und Nr. 2 BauGB genannten Tatbestände in die Satzung aufnehmen muss. Sie ist dementsprechend auch nicht daran gehindert, das in § 14 I Nr. 1 BauGB genannte Verbot zur Durchführung von Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB auf bestimmte Vorhaben zu beschränken, wenn sie dies zur Sicherung ihrer Planungsziele für ausreichend erachtet.“ (VGH Mannheim aaO.)*



## 2. Materielle Rechtmäßigkeit der Veränderungssperre

Die Veränderungssperre muss jedoch auch materiell rechtmäßig sein.

### a) Bebauungsplanbeschluss und Veränderungssperre aus Anlass eines Bebauungsplans

Fraglich ist, ob der Wirksamkeit der Veränderungssperre entgegensteht, dass der Entschluss der Beigeladenen **zur Aufstellung des Bebauungsplans "Einzelhandel am Glockenloch" (erst) durch das Vorhaben der Klägerin ausgelöst** worden ist.

*„Wird ein Bauantrag für ein Grundstück gestellt, das die Gemeinde nicht in der von dem Bauantragsteller beabsichtigten Weise genutzt sehen möchte, ist es ihr nicht verwehrt, hierauf mit der Aufstellung eines Bebauungsplans zu reagieren, um dem Bauantrag so die materielle Rechtsgrundlage zu entziehen. Sie darf in diesen Fällen ferner das Sicherungsmittel der Veränderungssperre gezielt dazu benutzen, die rechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit des Vorhabens zu verändern (BVerwG, Beschl. v. 21.12.1993 - 4 NB 40.93 - NVwZ 1994, 685; Beschl. v. 09.02.1989 - 4 B 236.88 - BauR 1989, 432; BGH, Urt. v. 30.11.2006 - III ZR 352/04 - BGHZ 170, 99).“ (VGH Mannheim aaO.)*

### b) Vorausgehen einer früheren Veränderungssperre

Fraglich ist, die am 03.08.2015 beschlossene Veränderungssperre deshalb unwirksam ist, weil ihr die am 18.02.2013 beschlossene und am 22.02.2013 bekanntgemachte (erste) Veränderungssperre vorausgegangen ist.

*„Zwar tritt gemäß § 17 I 1 BauGB eine Veränderungssperre **nach Ablauf von zwei Jahren außer Kraft**. Die Gemeinde kann jedoch nach § 17 I 3 BauGB die Frist um ein Jahr verlängern. Besondere Umstände sind dafür - anders als für eine nochmalige Verlängerung der Veränderungssperre um ein weiteres Jahr (§ 17 II BauGB) - nicht erforderlich. § 17 III BauGB ermächtigt die Gemeinde ferner dazu, eine **außer Kraft getretene Veränderungssperre ganz oder teilweise erneut zu beschließen**, wenn die Voraussetzungen für ihren Erlass fortbestehen. Die Zulässigkeit einer erneuten Veränderungssperre ist im Grundsatz an keine weitergehenden Anforderungen gebunden als die Zulässigkeit einer erstmaligen Veränderungssperre. Durch das Gebrauchmachen von der Möglichkeit, eine Veränderungssperre erneut zu beschließen, dürfen jedoch die **Voraussetzungen für eine Verlängerung nicht unterlaufen** werden. Der erneute Erlass einer Veränderungssperre steht daher unter den gleichen Voraussetzungen wie eine entsprechende Verlängerung der voran gegangenen Veränderungssperre. Der Erlass einer die zweite Verlängerung der voran gegangenen Veränderungssperre ersetzenden erneuten Veränderungssperre ist somit nur beim Vorliegen besonderer Umstände im Sinne des § 17 II BauGB zulässig (BVerwG, Beschl. v. 30.10.1992 - 4 NB 44.92 - NVwZ 1993, 474). Da die Geltungsdauer der am 03.08.2015 beschlossenen erneuten Veränderungssperre sich auf die Zeit bis zum 22.02.2016 beschränkt, ist dies jedoch für deren Wirksamkeit ohne Bedeutung.“ (VGH Mannheim aaO.)*

## 3. Wirkung der Veränderungssperre gegenüber der Klägerin

Fraglich ist jedoch im Weiteren, ob diese Veränderungssperre gegenüber der Klägerin überhaupt Wirkung entfalten kann.

### a) Anrechnung einer Zurückstellung

Auf die in § 17 I 1 BauGB genannte **Zweijahresfrist** ist nach I 2 der seit der **Zustellung der ersten Zurückstellung** eines Baugesuchs nach § 15 I BauGB abgelaufene Zeitraum anzurechnen. Hinter dieser Regelung steht die Überlegung, dass trotz der unterschiedlichen Rechtsnatur der **Zurückstellung als Regelung des formellen Baurechts** einerseits und der einen **materiellen Versagungsgrund darstellenden Veränderungssperre** andererseits ihre sich in einer vorübergehenden Beschränkung der Bodennutzung äußernden Wirkungen übereinstimmen, weshalb demjenigen, dessen Baugesuch bereits zurückgestellt worden ist, eine später beschlossene Veränderungssperre auch nur mit einer entsprechend verkürzten Laufzeit zugemutet werden soll.

*„Die Anrechnung einer der Veränderungssperre vorangegangenen Zurückstellung führt jedoch **nicht zu einer allgemeinen Verkürzung der Laufzeit der Veränderungssperre**, sondern kommt nur demjenigen zu Gute, dessen Baugesuch zurückgestellt worden ist. Daraus folgt, dass eine Veränderungssperre nur gegenüber demjenigen keine Wirkung entfaltet, den sie bei Berücksichtigung der nach § 17 I 2 BauGB anzurechnenden Zeit **mit einer zeitlich zu lang ausgedehnten Sperre** belegen würde, während ihre Geltung für andere davon unberührt bleibt (BVerwG, Urt. v. 10.09.1976 - IV C 39.74 - NJW 1977, 400). Bei der Beantwortung der Frage, ob das im Einzelfall zutrifft, müssen die Regelungen in § 17 I 3 und II BauGB - ebenfalls "individuell" - zugunsten der Gemeinde in Rechnung gestellt werden. Das bedeutet: Ist eine für zwei Jahre verhängte Veränderungssperre gegenüber einem bestimmten Betroffenen infolge der von § 17 I 2 BauGB vorgeschriebenen Anrechnung nicht wirksam, so kann sich*

dieser dennoch nicht darauf berufen, wenn im Hinblick auf sein Grundstück die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Sperre nach § 17 I 3 BauGB verlängert werden dürfte. Entsprechendes gilt für die Heranziehung des § 17 II BauGB und für das dortige Tatbestandsmerkmal der "besonderen Umstände" (BVerwG, Urt. v. 10.09.1976, aaO.)." (VGH Mannheim aaO.)

#### b) Anwendung der Anrechnungsregelung auf faktische Zurückstellung

Die in § 17 I 2 BauGB getroffene Regelung findet nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch **auf sogenannte faktische Zurückstellungen entsprechende Anwendung** (BVerwG, Urt. v. 10.09.1976, aaO.; mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

*„Damit sind Fälle gemeint, in denen die Baugenehmigungsbehörde einen **Genehmigungsantrag nicht hinreichend zügig bearbeitet oder rechtswidrig ablehnt**. Die entsprechende Anwendung des § 17 I 2 BauGB in diesen Fällen wird vom Bundesverwaltungsgericht damit gerechtfertigt, dass ein derartiges Verhalten der Behörde **eine der Anwendung des § 15 BauGB gleichartige Wirkung** habe und die Baugenehmigungsbehörde sonst die Anrechenbarkeit förmlicher Zurückstellungen nach § 17 I 2 BauGB ohne Weiteres unterlaufen könnte. Das Bundesverwaltungsgericht führt ferner ins Feld, dass die Gemeinde sich rechtswidrige Verzögerungen erst recht entgegenhalten lassen müsse, wenn schon zulässige Verzögerungen angerechnet würden. Auf die fehlende Verantwortung der Gemeinde kommt es dabei nicht an.*

*Der Senat hält es auch **nicht** für gerechtfertigt, die entsprechende Anwendung des § 17 I 1 BauGB auf **solche faktischen Zurückstellungen zu beschränken**, die ebenso wie die spätere Veränderungssperre der **Sicherung der Planung dienen**, und damit Fälle auszunehmen, in denen der Bauantrag aus anderen Gründen als zur Sicherung einer beabsichtigten Bauleitplanung nicht beschieden oder abgelehnt wurde (dafür OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 07.06.2012 - 2 B 18.11 - [...]; Urt. v. 03.01.1991 - 2 A 10.90 - BauR 1991, 188). Das vom Bundesverwaltungsgericht für die entsprechende Anwendung des § 17 I 2 BauGB ins Feld geführte Argument, dass die von dieser Vorschrift angeordnete Anrechenbarkeit förmlicher Zurückstellungen ansonsten ohne Weiteres unterlaufen werden könnten, mag in diesen Fällen nicht zum Tragen zu kommen. Für die genannten weiteren Gründe für die analoge Anwendung des § 17 I 2 BauGB gilt dies jedoch nicht.“ (VGH Mannheim aaO.)*

Damit ist auch die Zeit, welche aufgrund rechtswidriger Ablehnung des Baugesuches verstreicht, auf die Wirkung der Veränderungssperre im einzelnen Fall anzurechnen.

#### c) Berechnung der Anrechnungszeit im vorliegenden Fall

Die im Fall der rechtswidrigen Ablehnung eines Baugesuchs anrechenbare Zeit beginnt mit der Bekanntgabe des Bescheids an den Bauherrn. Die auf die Dauer der Veränderungssperre anzurechnende Zeit hat danach im vorliegenden Fall spätestens mit der am 07.07.2012 erfolgten Zustellung des den Bauantrag der Klägerin ablehnenden Bescheids des Beklagten vom 04.07.2012 begonnen.

*„Bei der Frage, ob der Bauherr durch die Veränderungssperre unter Anrechnung des Zeitraums einer **faktischen Zurückstellung** mit einer zeitlich zu lang ausgedehnten Sperre belegt würde, ist die der Gemeinde gemäß § 17 I 3 BauGB eingeräumte Möglichkeit der **Verlängerung der Veränderungssperre um ein drittes Jahr** mit einzurechnen, die Möglichkeit einer nochmaligen Verlängerung der Veränderungssperre um ein weiteres Jahr dagegen nur im Falle des **Vorliegens besonderer Umstände** im Sinne des § 17 II BauGB (BVerwG, Beschl. v. 27.07.1990 - 4 B 156.89 - NVwZ 1991, 62; Lemmel, aaO.). Der maßgebende Zeitraum beschränkt sich danach im vorliegenden Fall auf **drei Jahre**. Die gesetzliche Regelung in § 17 I 1 und 3 BauGB geht davon aus, dass ein Bebauungsplan regelmäßig innerhalb von drei Jahren aufgestellt werden kann. **Besondere Umstände** im Sinne des § 17 II BauGB liegen dementsprechend nur vor, wenn es sich um ein **Planverfahren** handelt, das sich wegen seines **Umfangs**, seines **Schwierigkeitsgrads** oder des **Verfahrensablaufs** von dem allgemeinen Rahmen der üblichen städtebaulichen Planungstätigkeit **wesentlich abhebt**, und gerade die **Ungewöhnlichkeit** des Verfahrens die Ursache dafür ist, dass die Aufstellung des Plans mehr als die übliche Zeit erfordert. Erforderlich ist außerdem, dass die **Gemeinde die zu der Verzögerung führende Ungewöhnlichkeit nicht zu vertreten** hat (BVerwG, Urt. v. 10.09.1976, aaO.; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 17.01.1994 - 8 S 1853/93 - NVwZ-RR 1995, 135; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 20.01.2008 - 3 K 32/03 - [...]; OVG Niedersachsen, Urt. v. 05.12.2001 - 1 K 2682/98 - BauR 2002, 594). Für das Vorliegen besonderer Umstände im Sinne des § 17 II BauGB ist danach nichts zu erkennen.“ (VGH Mannheim aaO.)*

Die Klägerin würde somit durch die von der bei am 03.08.2015 beschlossene Veränderungssperre durch eine zeitlich zu lang ausgedehnten Sperre belegt mit der Folge, dass die Veränderungssperre der Klägerin gegenüber keine Wirkungen entfaltet.

StVO  
§§ 32 I 1, 44 I 1

## Sachliche Zuständigkeit nach StVO Anordnung zur Umsetzung von Verhaltenspflichten

POR

(BVerwG in NVwZ-RR 2016, 178; Urteil vom 20.10.2015 – 3 C 15/14)

1. Um die **Ausführung der Straßenverkehrs-Ordnung** im Sinne von § 44 I 1 StVO handelt es sich auch dann, wenn eine behördliche Anordnung zur **Umsetzung von Verhaltenspflichten** ergeht, die zwar in der Straßenverkehrs-Ordnung geregelt sind, sich die erforderliche **Ermächtigungsgrundlage** aber nicht aus der Straßenverkehrs-Ordnung selbst, sondern – wie bei § 32 StVO – **aus der polizeilichen Generalklausel** ergibt.
2. Die sachliche Zuständigkeit für den Erlass einer solchen Anordnung liegt daher gemäß § 44 I 1 StVO grundsätzlich bei der Straßenverkehrsbehörde.

**Fall:** Der Kl. wandte sich gegen die von der Bekl. als Ortspolizeibehörde erlassene Anordnung, Warnbaken zu entfernen, die er auf der Straße aufgestellt hatte. Der Kl. ist seit 1998 Eigentümer des Grundstücks Mühlstraße 4 in I. Die beklagte Gemeinde hatte die Mühlstraße in den 1980er Jahren ohne förmliches Verfahren ausgebaut und mit einer Straßenpflasterung versehen. Dabei wurde auch eine Teilfläche des später vom Kl. erworbenen Grundstücks bis zur Hausgrenze bepflastert; dieser Teil ist optisch nicht von dem im Eigentum der Bekl. stehenden Straßengrundstück abgegrenzt. Im Jahr 2008 beschwerten sich die Bewohner des Nachbargrundstücks bei der Bekl., dass sie wegen vom Kl. abgelagerten Bauschutts und von ihm aufgestellter Warnbaken ihr Grundstück nicht ohne Schwierigkeiten anfahren könnten. Deshalb gab die Bekl. dem Kl. mit Bescheid vom 11.11.2008 gestützt auf die §§ 1, 3, 5–9 BWPoG unter Anordnung des Sofortvollzugs auf, die Warnbaken bis zum 28.11.2008 zu entfernen. Der Kl. hat daraufhin Anfechtungsklage erhoben und außerdem die Feststellung begehrt, dass über sein Grundstück keine öffentliche Straße i.S.d. Landesstraßengesetzes Baden-Württemberg führe. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### I. Zulässigkeit der Anfechtungsklage

Da hier um eine Maßnahme aufgrund von öffentlich-rechtliche Normen gestritten wird, ist der **Verwaltungsrechtsweg** nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Gegen die belastende Anordnung ist auch die Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Alt. VwGO die **richtige Klageart**, für die sich die **Klagebefugnis** nach § 42 II VwGO aus der **Adressatentheorie** ergibt, da der Kläger als Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes, jedenfalls in seinem Grundrecht der allgemeine Handlungsfreiheit aus art. 2 I GG verletzt sein kann.

*„Der Zulässigkeit der Anfechtungsklage steht nicht entgegen, dass die Bekl. bereits im Jahr 2006 eine Beseitigungsanordnung erlassen hatte, die auch bestandskräftig wurde; bei der hier angegriffenen Anordnung handelt es sich **nicht um eine wiederholende Verfügung**, sondern um einen **selbstständig anfechtbaren Bescheid**. Ebenso wenig ist allein dadurch, dass der Kl. die Warnbaken entfernt und damit die für sofort vollziehbar erklärte Beseitigungsanordnung befolgt hat, sein Rechtsschutzbedürfnis entfallen, zumal er sich mit seiner Klage ausdrücklich auch gegen die ihm in den angegriffenen Bescheiden auferlegten Verwaltungsgebühren wendet.“ (BVerwG aaO.)*

Bedenken gegen das Vorliegen der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen nicht.

### II. Begründetheit der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt.

#### 1. Rechtswidrigkeit der Anordnung

Die Anordnung ist rechtswidrig, wenn eine Ermächtigungsgrundlage fehlt, formelle Fehler feststellbar sind, die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage nicht vorliegen oder ein eingeräumtes Ermessen fehlerhaft ausgeübt wurde.

##### a) Ermächtigungsgrundlage

Hier geht es um ein Einschreiten bei einem Verstoß gegen das Verbot des § 32 I 1 StVO, Gegenstände auf Straßen zu bringen oder dort liegen zu lassen, wenn dadurch der Verkehr gefährdet oder erschwert werden kann und gegen die sich aus § 32 I 2 StVO ergebende Pflicht, diese Zustände unverzüglich zu beseitigen und bis dahin ausreichend kenntlich zu machen.

„Außer Frage steht, dass es für den mit dem behördlichen Einschreiten verbundenen Eingriff in Rechte eines Betroffenen einer **gesetzlichen Grundlage** bedarf.

Auch § 32 I StVO kann **keine Ermächtigungsgrundlage** entnommen werden; diese Regelung enthält in ihrem S. 1 lediglich **Verbote** und in S. 2 damit korrespondierende **Gebote**. Auch ansonsten weisen die StVO und das ihr zu Grunde liegende Straßenverkehrsgesetz für die hier zu beurteilende Fallgestaltung **keine eigenständige Eingriffsgrundlage** auf, auch nicht in Form einer Generalklausel.

In **Rechtsprechung und Literatur** ist jedoch anerkannt, dass bei einer Zuwiderhandlung gegen die Verhaltenspflichten aus § 32 StVO als Ermächtigungsgrundlage für ein ordnungsrechtliches Einschreiten gegen den dafür Verantwortlichen auf im Landesrecht enthaltene **polizei- und ordnungsrechtliche Generalklauseln** zurückgegriffen werden kann (vgl. zur Generalklausel des BWPoIG: VGH Mannheim, VRS 2009, 225 [229] = BeckRS 2008, 35742; zu Art. 7 des BayLStVG: VGH München, Urt. v. 17.02.2003 – 11 B 99.3439, BeckRS 2003, 26767 Rn. 31 und NuR 2005, 463 = BeckRS 2005, 25553; zu § 33 I Nr. 3 StVO: OVG Frankfurt (Oder), NVwZ 1997, 202 [203]; König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 43. Aufl. 2015, § 32 StVO Rn. 25). **Weder der StVO noch dem StVG** lassen sich **Anhaltspunkte** dafür entnehmen, dass es bei einem Verstoß gegen sich aus § 32 StVO ergebende Verhaltenspflichten bei der Ahndung als Ordnungswidrigkeit (vgl. § 49 I Nr. 27 StVO) bleiben soll, diese Pflichten – soweit eine anderweitige Eingriffsgrundlage vorhanden und anwendbar ist – also **nicht auch im Wege einer Beseitigungs- oder Handlungsanordnung durchsetzbar** sein sollen. § 32 StVO ist somit rechtssystematisch als **spezialrechtliches Gefahrenabwehrrecht** einzuordnen, das hinsichtlich erforderlicher Eingriffsermächtigungen einen Rückgriff auf die allgemeinen polizei- und ordnungsrechtlichen Befugnisnormen offen lässt (ebenso zur Durchsetzung von Verbotsvorschriften nach dem Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz, das selbst keinen entsprechenden Maßnahmenkatalog enthielt: BVerwGE 77, 102 [107] = NVwZ 1987, 970; vgl. zu diesem Problemkreis allgemein: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 166 ff.).

Ein solcher Rückgriff ist hier auch aus der Perspektive des Landesrechts eröffnet. Eine Verletzung der sich aus § 32 StVO ergebenden Verhaltenspflichten begründet zugleich einen Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne; das hat das BerGer. in Bezug auf das hier maßgebliche Landesrecht des § 1 BWPoIG ausdrücklich bestätigt.“ (BVerwG aaO.)

Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier nur die Generalklausel der §§ 1, 3 BWPoIG in Betracht.

## b) Formelle Rechtswidrigkeit

Die Anordnung könnte aber schon formell rechtswidrig sein. Dies ist der Fall, wenn entweder die Vorgaben für die Zuständigkeit nicht eingehalten wurden oder Form- bzw. Verfahrensfehler vorliegen.

Fraglich ist hier schon, ob die Bekl. als Ortspolizeibehörde für den Erlass der angefochtenen Beseitigungsanordnung sachlich zuständig war. Zuständig könnte nach § 44 I 1 StVO auch die Straßenverkehrsbehörde und damit das Landratsamt gewesen sein.

Nach § 44 I StVO sind **zuständig zur Ausführung der StVO die Straßenverkehrsbehörden** sind, soweit nichts anderes bestimmt ist. Nach Maßgabe des Landesrechts kann die Zuständigkeit der obersten Landesbehörden und der höheren Verwaltungsbehörden im Einzelfall oder allgemein auf eine andere Stelle übertragen werden. **Straßenverkehrsbehörden** sind gem. § 16 II 1 StVO die für den Straßenverkehr **nach Landesrecht zuständigen Behörden**.

### aa) Keine anderweitige Regelung zur Zuständigkeit

Die Einschränkung in § 44 I 1 StVO, wonach die dort angeordnete Zuständigkeit der Straßenverkehrsbehörde nur besteht, soweit nichts anderes bestimmt ist, greift hier nicht.

„Dabei kann offenbleiben, ob damit **ohnehin nur anderweitige Regelungen in der StVO selbst** oder in anderen bundesrechtlichen Regelungen gemeint sind. Eine solche abweichende Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit zur Ausführung von § 32 StVO ergibt sich nämlich **weder aus der StVO noch aus sonstigem Bundesrecht**. § 44 II 2 StVO, wonach bei Gefahr in Verzug die Polizei zur **Aufrechterhaltung der Sicherheit oder Ordnung des Straßenverkehrs** an Stelle der an sich zuständigen Behörden tätig werden darf, ist nicht anwendbar, da hier **keine Gefahr im Verzug** vorlag. Das hat auch die Bekl. selbst nie geltend gemacht. Eine abweichende Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit durch Landesrecht – deren Berücksichtigungsfähigkeit im Rahmen von § 44 I 1 StVO insoweit unterstellt – hat das BerGer. für das Revisionsverfahren bindend verneint.“ (BVerwG aaO.)

## bb) Zuständigkeit der Straßenverkehrsbehörden

„Ein **Handeln zur Ausführung der StVO** i.S.v. § 44 I 1 StVO liegt auch dann vor, wenn sich nur das **Verbot oder Gebot**, das mit einer behördlichen Anordnung durchgesetzt werden soll, aus der StVO selbst ergibt, **nicht** aber zugleich die für ein behördliches Einschreiten **erforderliche Ermächtigungsgrundlage**.“ (BVerwG aaO.)

Dies steht nach Auffassung des BVerwG im Einklang mit dem Wortlaut der Regelung; diese Auslegung findet ihre Rechtfertigung vor allem in dem systematischen Zusammenhang, in dem diese Regelung steht, sowie in ihrem Sinn und Zweck.

### (1) Wortlaut

Nach § 44 I 1 StVO sind die Straßenverkehrsbehörden zuständig „zur Ausführung dieser Verordnung“.

„Diese Regelung weist ihrem Wortlaut nach somit **keine Beschränkung dahingehend** auf, dass das nur dann gelten soll, wenn auch eine für das Handeln der Straßenverkehrsbehörde erforderliche **Ermächtigungsgrundlage in der StVO selbst enthalten** ist. Vielmehr genügt danach auch eine Verknüpfung des behördlichen Eingriffs mit der StVO in der Weise, dass jedenfalls die mit der Anordnung durchzusetzenden Verhaltenspflichten in der StVO begründet sind. Auch dann handelt es sich dem natürlichen Wortsinne nach um eine **Maßnahme „zur Ausführung“ der StVO**. Solche, insbesondere Verhaltenspflichten enthaltende und damit ausführungsfähige Vorschriften finden sich – anders als der Vertreter des Bundesinteresses annimmt – keineswegs nur im Teil III der StVO (§§ 44–47 StVO). Vielmehr enthalten gerade die Teile I (Allgemeine Verkehrsregeln) und II (Zeichen und Verkehrseinrichtungen) vielfältige Ge- und Verbote, die sich an die Verkehrsteilnehmer richten und im Falle eines Verstoßes der straßenverkehrsbehördlichen Durchsetzung bedürfen.“ (BVerwG aaO.)

### (2) Systematik

Auch die systematische Auslegung bestätigt diesen Ansatz.

„Die **StVO** weist außer der weit gefassten Zuständigkeitszuweisung in § 44 I 1 StVO mit § 44 II bis V StVO sowie den Regelungen in § 45 StVO **weitere enger eingegrenzte Zuständigkeitsregelungen** auf. Dort werden vielfach ebenfalls die Zuständigkeit der Straßenverkehrsbehörden, in einigen Fällen aber auch die **Zuständigkeit** – und/oder teilweise außerdem Befugnisse und Pflichten – **anderer Behörden oder Dritter** festgelegt (vgl. den bereits genannten § 44 II StVO: Polizei; § 45 II StVO: Straßenbaubehörde; § 45 V StVO [Beschaffung, Anbringung, Unterhaltung und Entfernung von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen]: Straßenbaulastträger oder Eigentümer der Straße). Dass der Ordnungsgeber ungeachtet dieser speziellen Regelungen mit § 44 I 1 StVO noch eine **übergreifende, inhaltlich nur mit der Ausführung der StVO umschriebene Zuständigkeitsregelung zu Gunsten der Straßenverkehrsbehörden** getroffen hat, spricht dafür, dass er – soweit sich auch außerhalb der StVO keine anderweitige Bestimmung der Zuständigkeit findet (vgl. § 44 I 1 StVO: „soweit nichts anderes bestimmt ist“) – **grundsätzlich die Zuständigkeit der Straßenverkehrsbehörde** als einer fachlich spezialisierten Behörde für sachgerecht hält.“ (BVerwG aaO.)

### (3) Teleologie

Eine Auslegung der Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck führt ebenfalls dazu, dass es nicht auf die Ermächtigungsgrundlage ankommen kann, sondern darauf, ob mit der Maßnahme Vorgaben der StVO umgesetzt werden.

„Dafür streitet insbesondere, dass die **zum Handeln berufene Behörde** zu beurteilen hat, ob und inwieweit der davon Betroffene gegen **in der StVO auferlegte Verhaltenspflichten** verstoßen hat und welche Maßnahme geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist, um wieder einen **im straßenverkehrsrechtlichen Sinne ordnungsgemäßen Zustand** herbeizuführen, also insbesondere die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs wiederherzustellen oder aufrechtzuerhalten. Andernfalls käme es je nach Ermächtigungsgrundlage und anderweitiger Zuständigkeitsregelung zu einer unnötigen Aufsplitterung der Zuständigkeiten.

Hinzu kommt, dass der Ordnungsgeber hinsichtlich der in § 32 I StVO geregelten Verhaltenspflichten den **Straßenverkehrsbehörden** in § 46 I 1 Nr. 8 StVO die **Entscheidung über die Erteilung von Ausnahmen** von den Verboten des § 32 I StVO zugewiesen hat und den Straßenverkehrsbehörden außerdem die **Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten** obliegt, die gem. § 49 I Nr. 27 StVO mit einem Verstoß gegen die Verhaltenspflichten des § 32 I StVO verbunden sind. Angesichts dessen wäre es **geradezu systemwidrig**, wenn die Straßenverkehrsbehörden nicht auch für die Durchsetzung solcher Verhaltenspflichten im Wege behördlicher Anordnung zuständig wären.“ (BVerwG aaO.)

#### (4) Auslegungsergebnis

Vor diesem Hintergrund ist es nicht gerechtfertigt, aus dem Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage in der StVO darauf zu schließen, dass der Straßenverkehrsbehörde die sachliche Zuständigkeit für die entsprechenden Maßnahmen fehle.

*„Nach all dem hat der Ordnungsgeber mit § 44 I 1 StVO eine **umfassende Regelung der sachlichen Zuständigkeit** getroffen, die, soweit es um die Ausführung der StVO gehe, keine Lücke lässt. Das schließt – wie gezeigt – die **Durchsetzung von in der StVO wurzelnden Verhaltenspflichten** ein. Damit lässt § 44 I 1 StVO, auch wenn die Ermächtigungsgrundlage für das behördliche Handeln der polizeilichen Generalklausel entnommen werden muss, **keinen Raum für die Anwendung der Zuständigkeitsregelungen des BWPolG** (entsprechend für eine Anwendbarkeit von § 44 I StVO zur Durchsetzung des Verbots verkehrsfährdender Werbung nach § 33 StVO, OVG Frankfurt (Oder), NVwZ 1997, 202 [203]; der Sache nach ebenso OVG Münster, Urt. v. 29.04.2009 – 11 A 3657/06, BeckRS 2010, 51581; König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 43. Aufl. 2015, § 44 StVO Rn. 3; Koehl in Haus/Krumm/Quarch, Gesamtes Verkehrsrecht, § 44 StVO Rn. 3; Laub, SVR 2006, 281 [285 f.]; vgl. auch Mußmann, Allgemeines Polizeirecht in Baden-Württemberg, 3. Aufl. 1992, Rn. 108).“ (BVerwG aaO.)*

#### cc) Anwendung auf den Fall

Damit fehlt es an der sachlichen Zuständigkeit der Bekl. Sie ist gem. §§ 60 I, 62 IV, 66 II BWPolG zwar Ortspolizeibehörde, nicht aber Straßenverkehrsbehörde.

*„Die Verweisung des § 44 I 1 StVO auf das Landesrecht führt hier auf das BWStVOZustG vom 17.12.1990 (GBl. 1990 S. 427) i.d.F. dieses Gesetzes durch Art. 153 des Gesetzes vom 01.07.2004 (GBl. S. 469). Nach § 1 BWStVOZustG sind Straßenverkehrsbehörden i.S.v. § 44 I StVO vom 16.11.1970 (BGBl. I 1970, 1565) die unteren Verwaltungsbehörden, soweit nicht in diesem Gesetz oder durch Rechtsverordnung etwas anderes bestimmt ist. Untere Verwaltungsbehörden sind – soweit hier von Interesse – nach § 15 I Nr. 1 des BWLVG vom 14.10.2008 (GBl. S. 313) in den Landkreisen die Landratsämter.“ (BVerwG aaO.)*

Dieser Mangel der sachlichen Zuständigkeit wird weder nach § 45 BWLVwVfG geheilt noch ist er gem. § 46 BWLVwVfG unbeachtlich. Ein behördliches Handeln trotz fehlender sachlicher Zuständigkeit wird von diesen Regelungen nicht erfasst.

Damit ist der angefochtene Bescheid schon formell rechtswidrig.

#### 2. Rechtsverletzung des Klägers

Bei einer belastenden Maßnahme wie der vorliegenden Anordnung ergibt sich aus der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ohne weiteres auch die Rechtsverletzung des Adressaten in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG.

Die Anfechtungsklage ist damit nach § 113 I 1 VwGO begründet und wird somit Erfolg haben.

## 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  
§ 823

**Schadensersatzanspruch Drittbetroffener bei Streik  
Tarifvertrag kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**  
(BAG in BB 2016, 378; Urteil vom 25.08.2015 – 1 AZR 875/13)

ZivilR

Bei dem schuldrechtlichen Teil eines Tarifvertrags handelt es sich regelmäßig nicht um einen **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten von Dritten**.

**Fall:** Die Parteien streiten über Schadensersatz wegen eines Streiks. Die Klägerinnen sind Fluggesellschaften. Die Beklagte ist die Gewerkschaft der Flugsicherung. Mit der DFS Deutsche Flugsicherung GmbH (DFS) hat sie eine Vereinbarung geschlossen, nach der im Falle eines Arbeitskampfes die Durchführung bestimmter Notdienstarbeiten in einem näher geregelten Umfang sicherzustellen ist. Die Klägerinnen machen gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche wegen des Streiks geltend.

**I. Anspruch aus § 280 I BGB**

„Der von den Klägerinnen ... Zahlungsanspruch ist aus deliktsrechtlichen Gründen unbegründet, ohne dass es auf die Rechtmäßigkeit der in den Streikaufrufen vom 02. und 08.08.2011 angekündigten Arbeitskampfmaßnahmen ankommt. Auch ein **auf § 280 I BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gestützter Schadensersatzanspruch besteht nicht.**“ (BAG aaO.)

**II. Anspruch aus § 823 I BGB (Eigentumsverletzung)**

„Eine zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtende **Verletzung des Eigentums** i.S.d. § 823 I BGB **an ihren Flugzeugen** durch die beabsichtigten Arbeitsniederlegungen am 04. und 09.08.2011 machen die Klägerinnen mit ihren Anträgen nicht geltend. Die darauf gerichtete Auslegung ihres Klagebegehrens durch das Landesarbeitsgericht lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen und wird auch von den Revisionen nicht infrage gestellt.“ (BAG aaO.)

**III. Anspruch aus § 823 I BGB (Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs)**

„Die beabsichtigte Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen am 04. und 09.08.2011 hat das durch § 823 I BGB geschützte Recht der Klägerinnen an ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieben nicht verletzt. Hiernach liegt in der **Ankündigung** der für den 04. und 09.08.2011 vorgesehenen Arbeitsniederlegungen **kein unmittelbarer Eingriff** in das Recht der Klägerinnen am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.“ (BAG aaO.)

**1. Streitanündigung kein unmittelbarer Eingriff**

„Nach der Senatsrechtsprechung haben die Arbeitskampfparteien vor Beginn einer Arbeitskampfmaßnahme dem jeweiligen Gegner den **Kampfbeschluss bekannt zu geben**. Diese Pflicht dient der Information des von der beabsichtigten Arbeitskampfmaßnahme betroffenen Gegenspielers (BAGE 142, 98). Dieser muss in gegenständlicher Hinsicht beurteilen können, **mit welchem Ziel zum Arbeitskampf aufgerufen** wird, damit er sein eigenes Verhalten darauf einrichten und ggf. von seinen arbeitskampfrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten Gebrauch machen kann. Ebenso muss erkennbar sein, ob die Maßnahme vom kampfführenden Verband getragen ist oder nicht (BAGE 81, 213). Nach einem solchen Streikaufruf ist es Sache des einzelnen Arbeitnehmers, ausdrücklich oder konkludent gegenüber dem Arbeitgeber zu erklären, dass er sich am Streik beteiligt und deshalb seine Arbeitspflicht suspendiere. Erst eine solche Erklärung führt zur zeitweiligen Aufhebung der Arbeitspflicht (BAGE 115, 247).“ (BAG aaO.)

**2. Beschluss über die Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen**

„Selbst wenn aber zugunsten der Klägerinnen unterstellt würde, dass diese geltend machen, die zur Schadensersatzpflicht der Beklagten führende Verletzungshandlung liege bereits in dem Beschluss der Beklagten über die Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen und dessen Verlautbarung in der Öffentlichkeit, fehlte es an unmittelbaren Eingriffen in die ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetriebe der Klägerinnen. In den Aufrufen vom 02. und 08.08.2011 hat die Beklagte alle tariflich beschäftigten Mitarbeiter der DFS zur Beteiligung an den beabsichtigten Arbeitsniederlegungen am 04. und 09.08.2011 aufgefordert. Dementsprechend waren die beabsichtigten Streikmaßnahmen **nicht ausschließlich auf Beeinträchtigungen der Luftverkehrskontrolle** gerichtet. Die Beklagte hatte in den streitgegenständlichen Aufrufen nicht nur die im Flugsicherheitsdienst beschäftigten Mitarbeiter, sondern **alle Tarifbeschäftigten der DFS** zum Arbeitskampf aufgefordert.“ (BAG aaO.)

**3. Keine andere Wertung durch Vorgaben des Unionsrechts**

„Entgegen der Auffassung der Klägerinnen zwingen die Vorgaben des Unionsrechts nicht zu einer für sie günstigen Auslegung des **Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** i.S.d. § 823 I BGB.

Durch die von der Beklagten für den 04. und 09.08.2011 angekündigten Arbeitskampfmaßnahmen wurden die Klägerinnen **nicht in ihren durch Unionsrecht geschützten Grundfreiheiten betroffen**. ...

**§ 823 I BGB** ist in Bezug auf die von der Vorschrift als "sonstiges Recht" geschützte Rechtsposition des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs **nicht aufgrund der Vorgaben des Art. 17** der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) **dahingehend auszulegen**, dass auch die den **Klägerinnen als mittelbare Betroffene** durch die Ankündigung der Arbeitskampfmaßnahmen entstandenen **Schäden zu ersetzen** sind. Die geltend gemachte Einstandspflicht der Beklagten fällt nicht in den Anwendungsbereich der Charta der Grundrechte der Europäischen Union..“ (BAG aaO.)

**Fall:** Die Kl. sind ein homosexuelles Paar. Das AG Köln hat den Bekl., der seine private Villa für Feierlichkeiten vermietet, zur Zahlung einer Entschädigung an die Kl. verurteilt, weil er die Vermietung für die Hochzeitsfeierlichkeiten wegen der Homosexualität der Kl. abgelehnt hat. Zu Recht?

Es könnte ein Verstoß gegen das AGG vorliegen.

### I. Sachlicher Anwendungsbereich

„Das AG hat zu Recht den sachlichen Anwendungsbereich des AGG entsprechend § 2 I Nr. 8 AGG als eröffnet angesehen. Eine **Benachteiligung** aus dem in § 1 AGG genannten Grund **sexuelle Identität** ist nach Maßgabe des Gesetzes unter anderem unzulässig in Bezug auf den **Zugang zu Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen**. Der angestrebte Vertragsinhalt hatte Dienstleistungen zum Gegenstand, nämlich vorwiegend die gewerbliche Vermietung der Räumlichkeiten in der auf die individuellen Erfordernisse der Kl. abgestimmten Form. Die Dienstleistung stand **auch der Öffentlichkeit zur Verfügung**. Die Offerte des Bekl., ein Angebot zu tätigen, richtet sich nicht an eine in sich geschlossene Gruppe von Privatpersonen, sondern auf Grund der Internetpräsenz des Angebots zur Anmietung der Villa **an eine Vielzahl von Personen**, die dem Bekl. zunächst unbekannt sind. Die Aufforderung, ein Angebot zu tätigen, erfolgt hier **im Wege elektronischer Medien**, wodurch die Dienstleistungen der Öffentlichkeit i.S.d. § 2 I Nr. 8 AGG eröffnet sind (vgl. Stein in Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 2 Rn. 26, ebenso BT-Drs. 16/1780, 32). Zudem steht die Offerte hier der Öffentlichkeit auch deswegen zur Verfügung, weil der Bekl. gewerbsmäßig handelt und die Dienstleistungen mehrfach erbringen will und kann.“ (LG Köln aaO.)

### II. Anbahnung eines zivilrechtlichen Schuldverhältnisses

„Gemäß dem vorliegend maßgeblichen § 19 I Nr. 1 AGG ist bei **Anbahnung eines zivilrechtlichen Schuldverhältnisses** eine Benachteiligung auf Grund der sexuellen Identität unzulässig, wenn das Schuldverhältnis **typischerweise ohne Ansehung der Person** zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zu Stande kommt (sog. **Massengeschäft**) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zu Stande kommen. Im vom Bekl. verfolgten Geschäftsmodell kommt der Ansehung der Person jedenfalls eine nachrangige Bedeutung zu.“ (LG Köln aaO.)

#### 1. Ohne Ansehung der Person

„Das Merkmal **ohne Ansehung der Person** liegt vor, wenn der Anbietende **regelmäßig im Rahmen seiner Kapazitäten mit jedem zahlungsfähigen und -bereiten Interessenten** kontrahiert und dies zu den jeweils gleichen Bedingungen auch tut. Maßgeblich ist hier eine **allgemeine und typisierende Betrachtungsweise**, etwa die Geschäftsgattung, die Art und Weise des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts, seine Durchführung und Beendigung. Mit Ansehung der Person erfolgen Vertragsabschlüsse, wenn es typischer- und vernünftigerweise auf besondere Eigenschaften des Vertragspartners ankommt. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang etwa die Bonitätsprüfung bei Abschluss eines Kreditvertrags.

Jedenfalls **objektiv** kommt der Ansehung der Person nach der Art des vorliegenden Schuldverhältnisses, hier also der **gewerblichen Vermietung eines privaten Wohnhauses** zur Ausrichtung von Veranstaltungen, allenfalls eine nachrangige Bedeutung zu. Es liegt nicht in der einseitigen Entscheidungsgewalt des Bekl., durch die Festlegung auf – objektiv betrachtet – **willkürliche Auswahlkriterien** hinsichtlich seiner Vertragspartner den Anwendungsbereich des AGG zu eröffnen oder nicht. Anderenfalls könnte jeder Anbieter von Dienstleistungen, für den der Anwendungsbereich des AGG nach § 2 I Nr. 8 AGG grundsätzlich eröffnet ist, diesen durch die Behauptung subjektiver Auswahlkriterien einseitig wieder ausschließen. Der **Ausschluss des Anwendungsbereichs des AGG** muss sich jedoch **allein nach der objektiv feststellbaren Art des Schuldverhältnisses** bestimmen lassen. Hieran ändert auch der Umstand, dass der Bekl. sein privates Wohnhaus vermietet, nichts.“ (LG Köln aaO.)

#### 2. Massengeschäft

„Auch liegt eine **Vielzahl an Schuldverhältnissen zu vergleichbaren Bedingungen** i.S.d. § 19 I Nr. 1 AGG vor. Ob es sich um eine Vielzahl von Fällen handelt oder nicht, ist objektiv mit Blick auf den Anbieter, nicht jedoch aus der Perspektive des Kunden zu beurteilen. Eine Orientierung an starren Zahlen verbietet sich im Hinblick auf die unterschiedlichen Arten von Schuldverhältnissen, auf die die Norm Anwendung findet. Maßgeblich sind alleine die Umstände des Einzelfalls. Unstreitig finden **jährlich mindestens acht Veranstaltungen** in der Villa statt. Bei einer zumindest achtmaligen Vermietung der Villa pro Jahr über jedenfalls fünf Jahre hinweg gelangt man zu 40 Vermietungen, so dass gerade im Hinblick darauf, dass der Bekl. lediglich dieses eine Objekt gewerblich zur Anmietung anbietet, in diesem speziellen Einzelfall eine Vielzahl von Fällen im Sinne der Norm gegeben ist.“ (LG Köln aaO.)

#### 3. Vergleichbare Bedingungen

„Auch liegen vergleichbare Bedingungen der Schuldverhältnisse vor. Die Räumlichkeiten werden vom Bekl. **stets den Bedürfnissen des Kunden angepasst**. Insbesondere werden je nach Anzahl der Gäste **stets die gleichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt**, es wird die entsprechende **Bestuhlung** usw. bereit und die Küche u.U. hergerichtet. Diese individuellen Anpassungen werden stets in gleicher Weise angeboten und erbracht. Die jeweiligen Kosten für die Kunden sind auch – den jeweiligen Absprachen entsprechend – stets gleich.“ (LG Köln aaO.)

#### 4. Kein Ausschluss nach § 19 V AGG

„Der Anwendungsbereich des § 19 I Nr. 1 AGG ist vorliegend auch nicht gem. § 19 V AGG ausgeschlossen. Es wird im Rahmen der hier maßgeblichen Schuldverhältnisse **kein besonderes Nähe- und Vertrauensverhältnis** der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass dem jeweiligen Hochzeitspaar für den Tag der Hochzeit das **Schlafzimmer des Bekl. zur exklusiven sowie das Badezimmer zur gemeinsamen Nutzung** zur Verfügung gestellt werden. Bei diesem Angebot des Zurverfügungstellens des Schlafzimmers und Bades handelt es sich lediglich um den Sonder-Bonus Hochzeit, ein kostenloses Zusatzangebot bei Hochzeiten.“ (LG Köln aaO.)

#### 5. Keine sachliche Rechtfertigung nach § 20 AGG

„Schließlich ist die **Diskriminierung der Kl. auch nicht durch sachliche Gründe** i.S.d. § 20 AGG gerechtfertigt. Eine unterschiedliche Behandlung, die dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit dient (§ 20 I 2 Nr. 2 AGG), ist vorliegend nicht begründet. Die Feststellung eines sachlichen Grundes bedarf einer Wertung im Einzelfall



nach den **Grundsätzen von Treu und Glauben**. Unterscheidungen sind im Rahmen dieses Regelbeispiels nach dem Willen des Gesetzgebers nur gerechtfertigt, wenn sie aus objektiv nachvollziehbaren Gründen erfolgen (vgl. Bittner in Rust/Falke, § 20 Rn. 12). Weswegen die Überlassung des Schlafzimmers an ein homosexuelles Paar durch den Bekl. seine Intimsphäre – so sie denn in diesem Fall überhaupt betroffen sein kann – unberührt lässt, die Überlassung des Schlafzimmers an ein homosexuelles Paar hingegen die Intimsphäre des Bekl. verletzen soll, erschließt sich der Kammer nicht.“ (LG Köln aaO.)

StGB  
§ 217

## Strafbarkeit geschäftsmäßiger Förderung der Selbsttötung Erfolgreicher Eilrechtsschutzantrag

Str BT

(BVerfG in NJW 2016, 558; Beschluss vom 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15)

**Fall:** Die Anträge der vier Bf. sind darauf gerichtet, § 217 StGB in der Fassung durch das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vom 03.12.2015 (BGBl. I 2015, 2177) außer Vollzug zu setzen. Die Bf. sind alle Mitglieder des Vereins Sterbehilfe Deutschland e. V., dessen Zweck gem. § 2 I der Vereinsatzung insbesondere die Unterstützung seiner Mitglieder bei der Durchsetzung des „Recht[s] auf Selbstbestimmung bis zum letzten Atemzug“ ist. Der Verein hat im Hinblick auf die Neufassung des von den Bf. angegriffenen § 217 StGB erklärt, keine Suizidbegleitungen mehr durchzuführen.

Sofern § 217 StGB nicht außer Vollzug gesetzt wird, wären die Bf. jedenfalls bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache gehindert, die von ihnen grundsätzlich gewünschte Form einer begleiteten Selbsttötung in Anspruch zu nehmen, da der Verein Sterbehilfe Deutschland e. V. durch das strafbewehrte Verbot einer geschäftsmäßigen Sterbehilfe gehindert ist, die den Bf. zugesagte Unterstützung zu leisten.

### I. Keine Strafbarkeit derjenigen, die aus dem Leben scheiden wollen

„Entgegen der von den Bf. vertretenen Rechtsansicht würden diese sich jedoch selbst dann **keinem Risiko einer Strafbarkeit aussetzen**, wenn sie Mitarbeiter des Vereins oder andere Personen als geschäftsmäßige Suizidhelfer zu tatbestandsmäßigen Förderungshandlungen i.S.d. § 217 StGB bestimmen oder Beihilfehandlungen zu einer solchen Tat leisten sollten. Eine **Strafbarkeit wegen Anstiftung oder Beihilfe** zu einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung **kommt nach den Grundsätzen einer so genannten notwendigen Teilnahme nicht in Betracht**.

Eine **notwendige Teilnahme** liegt vor, wenn die Tatbestandsverwirklichung begrifflich die Mitwirkung mehrerer voraussetzt. Demgemäß bleibt **insbesondere das durch die Strafvorschrift geschützte Opfer auch bei einer Mitwirkungshandlung straflos** (vgl. BGH NJW 1957, 1771; BGH, NJW 1993, 1278; Heine/Weißer in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorb. §§ 25 ff. Rn. 42 m.w.N.). Da es bei einer Mitwirkungshandlung des geschützten Rechtsgutsinhabers generell an der für eine strafbare Teilnahme notwendigen eigenständigen Unrechtsverwirklichung fehlt (vgl. Heine/Weißer in Schönke/Schröder, Vorb. §§ 25 ff. Rn. 42), kommt es auch nicht darauf an, ob die Teilnahmehandlung das Maß des zur Tatbestandsverwirklichung Notwendigen nicht überschreitet.

Aus der Begründung des Gesetzentwurfs ergibt sich, dass **gerade der potenzielle Suizident** vor einer abstrakt das Leben und die Autonomie des Einzelnen gefährdenden Handlung in Form einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung **geschützt werden soll** (vgl. BT-Drs. 18/5373, 11 f., 14). Ebenso wie sich der Sterbewillige bei einem **missglückten Tötungsversuch**, der von einem anderen auf ausdrücklichen Wunsch des Opfers hin unternommen wurde, **nicht wegen Teilnahme an einer Tötung auf Verlangen** (§ 216 StGB) strafbar machen kann (Eser/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, § 216 Rn. 18), bleibt daher auch der Suizidwillige, der bei einem anderen den Entschluss zu einer Förderungshandlung i.S.d. § 217 StGB weckt oder eine Beihilfehandlung hierzu erbringt, straflos. Diese Straffreistellung des Suizidwilligen entspricht auch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, der allein im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Grundsätze einer notwendigen Teilnahme von einer expliziten Straffreistellung abgesehen hat (vgl. BT-Drs. 18/5373, 20).“ (BVerfG aaO.)

### II. Kein Ausschluss von Hilfe bei der Selbsttötung

Die Bf. sind daher von der Strafandrohung des § 217 StGB **nicht als Normadressaten**, sondern nur insoweit betroffen, als das Verbot einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung die **von ihnen grundsätzlich gewünschte konkrete Art eines begleiteten Suizids** mit Unterstützung des Vereins Sterbehilfe Deutschland e. V. **verhindert**.

„Dabei ist jedoch zum einen zu berücksichtigen, dass die Bf. ihren **grundsätzlichen Wunsch nach einem begleiteten Suizid** in den von ihnen gegenüber dem Verein Sterbehilfe Deutschland e. V. ausgefüllten Fragebögen bereits in einem **Zeitraum von Mai 2013 bis Januar 2014** geäußert haben, ohne dass sich seitdem ihr Wunsch aktualisiert hätte. Zum anderen würde eine Fortgeltung des § 217 StGB bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache nur zu einem weiteren Aufschub der beabsichtigten Form der begleiteten Selbsttötung führen, die im Falle eines Erfolgs der Verfassungsbeschwerden in der Hauptsache noch realisiert werden könnte. Der **Eintritt irreversibler Folgen** ist somit **nicht zu befürchten**. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die von den Bf. gewünschte Selbstbestimmung über ihr eigenes Sterben durch eine Fortgeltung des § 217 StGB nicht vollständig verhindert, sondern **lediglich hinsichtlich des als Unterstützer in Betracht kommenden Personenkreises beschränkt** wird. Selbst die Inanspruchnahme professioneller ärztlicher Unterstützung wäre für die Bf. nicht gänzlich ausgeschlossen, sofern der betreffende Helfer nicht das Tatbestandsmerkmal der Geschäftsmäßigkeit erfüllt.“ (BVerfG aaO.)

StGB  
§ 89 a I 2

## Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttat Allgäuer Islamistenprozess

StrafR BT

(BGH in NJW 2016, 260; Urteil vom 27.10.2015 – 3 StR 218/15)

Wer sich als Zivilperson in einem ausländischen Staat, auf dessen Gebiet ein **bewaffneter Konflikt zwischen Regierungstruppen und Widerstandsgruppen bzw. terroristischen Organisationen** ausgetragen wird, bei einem Mitglied einer terroristischen Vereinigung aufhält und sich von diesem im Gebrauch von Schusswaffen zu dem Zweck unterweisen lässt, sich und seine Angehörigen im Falle eines Angriffs auch staatlicher Streitkräfte verteidigen zu können, bereitet in der Regel auch dann **keine schwere staatsgefährdende Gewalttat** im Sinne von § 89 a I 2, II Nr. 1 StGB vor, wenn er mit der betreffenden terroristischen Vereinigung sympathisiert.

**Fall:** Im Dezember 2013 beschloss die Angekl. nach Konvertierung zum Islam, nach Syrien zu gehen und als Zweitfrau des K in die dortige Familie aufgenommen zu werden. Ihr war bewusst, dass K gegen die Regierungstruppen kämpfte. Dort wurde sie nach islamischem Recht die Zweitfrau des K. Sie erfuhr nach ihrer Ankunft in Syrien, dass dieser der Jabhat al-Nusra, einer der Al Qaida nahe stehenden Vereinigung, angehörte und sympathisierte auch selbst mit dieser Gruppierung. Auf Grund der kriegerischen Auseinandersetzungen wechselte die Angekl. mit dem Familienverband mehrfach den Wohnort, um nicht in Kampfhandlungen zu geraten. Während ihres Aufenthalts in Syrien wurde die Angekl. von ihrem „Ehemann“ im Umgang mit einer Maschinepistole und einem Sturmgewehr der Marke Kalaschnikow unterwiesen. Die Familie war zudem im Besitz von Handgranaten, um sich im Notfall gegen Soldaten der syrischen Armee oder Kämpfer gegnerischer Gruppierungen verteidigen zu können. Die Angekl. war bereit, bei einem Angriff diese Waffen zur Verteidigung einzusetzen und dabei die Angreifer gegebenenfalls zu töten. Am 23.05.2014 kehrte sie auf Grund der immer größer werdenden Gefahr für sich und ihre Töchter nach Deutschland zurück. Ist sie wegen Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89 a I 2 StGB strafbar?

Nach der Legaldefinition des § 89 a I 2 StGB ist eine schwere staatsgefährdende Gewalttat umschrieben als eine Straftat gegen das Leben in den Fällen des § 211 oder des § 212 oder gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239 a oder des § 239 b StGB, die nach den Umständen bestimmt und geeignet ist, den Bestand oder die Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben.

## I. Wortlaut der Vorschrift

### 1. Auslegung des Wortlauts

„Die **Staatsschutzklausel** des § 89 a I 2 StGB ist somit derjenigen des § 120 II 1 Nr. 3 Buchst. a und b VVG nachgebildet. Der Gesetzgeber stellt insoweit auf ein Verständnis der Klausel ab, wie es in der Rechtsprechung des Senats zu dieser Vorschrift (vgl. insbes. BGHSt 46, 238 = NJW 2001, 1359 = NSTz 2001, 265; vgl. auch BGH, NSTz 2010, 468) formuliert worden ist (BT-Drs. 16/12428, 14). Danach umfasst der Begriff der **Sicherheit eines Staates** dessen **innere und äußere Sicherheit**.

Die **innere Sicherheit** ist der **Zustand relativer Ungefährdetheit** von dessen Bestand und Verfassung **gegenüber gewaltsamen Aktionen innerstaatlicher Kräfte**, wobei insoweit die Fähigkeit eines Staates im Zentrum steht, sich nach innen gegen Störungen zur Wehr zu setzen. Sie wird in der Regel beeinträchtigt sein, wenn die **vorbereitete Tat**, so wie der Täter sie sich vorstellt, nach den Umständen **geeignet** wäre, das **innere Gefüge eines Staates zu beeinträchtigen**. Die erforderliche Eignung ist objektiv anhand der (gleichsam fiktiven) Umstände der vorbereiteten Tat festzustellen. In subjektiver Hinsicht („bestimmt“) ist Voraussetzung, dass der Täter die möglichen Folgen der vorbereiteten Tat in seinen Willen aufgenommen hat. Dazu reicht es aus, dass er die tatsächlichen Umstände, welche die Eignung zur Beeinträchtigung des Schutzguts ergeben, erkannt und in seinen Willen einbezogen hat. Ein **zielgerichtetes Handeln** zur Beeinträchtigung der inneren Sicherheit im Sinne einer Absicht ist dagegen **nicht erforderlich**. Hinsichtlich der entsprechenden Eignung und Bestimmung ist auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen; dabei kann es für die Frage der Staatsgefährdung auf Einzelheiten wie etwa die Prominenz der Opfer, die Öffentlichkeit oder Symbolträchtigkeit des Ortes und die Umstände der Tathandlung ankommen (vgl. im Einzelnen schon BGHSt 59, 218 [233 ff.] = NJW 2014, 3459 = NSTz 2014, 703 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

### 2. Anwendung auf den Fall

„An diesen Maßstäben gemessen belegen die Feststellungen nicht, dass die Angekl. fest entschlossen war, eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen. Dies bedarf keiner weiteren Erläuterung, soweit sie plante, sich und ihre Kinder **gegen Angriffe von gegnerischen Gruppierungen** zu wehren, die sich an dem bewaffneten Konflikt in Syrien auf nicht-staatlicher Seite beteiligen. Aber auch soweit die Angekl. die ihr von ihrem „Ehemann“ vermittelten Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Bedienung der in der Familie **vorhandenen Waffen im Notfall nutzen** wollte, um sich und ihre Kinder bei Angriffen von syrischen Regierungstruppen zu verteidigen, gilt im Ergebnis nichts anderes. In die erforderliche Gesamtbeurteilung der maßgebenden Einzelfallumstände ist zwar auch einzubeziehen, dass die Angekl. mit der Jabhat al-Nusra und **damit einer terroristischen Vereinigung** i.S.d. §§ 129 a, 129 b StGB **sympathisierte**, die – was dem Senat aus zahlreichen Verfahren bekannt ist – die staatlichen Strukturen in Syrien mit Gewalt bekämpft, um dort einen Gottesstaat islamistischer Prägung zu errichten. Allein dies reicht aber nicht aus; denn **nicht jede Gewalthandlung gegen Leib oder Leben von Personen**, die auf Seite eines Staates in einem bewaffneten Konflikt kämpfen, **erfüllt per se** ohne Berücksichtigung der sonstigen Umstände die **Voraussetzungen der Staatsschutzklausel** des § 89 a I 2 StGB. So fällt im vorliegenden Fall bereits ins Gewicht, dass die Angekl. lediglich – was im Übrigen nach deutschem Recht als solches straflos ist – mit der Jabhat al-Nusra sympathisierte, sich aber **nicht aktiv an deren Kampfhandlungen beteiligte**. Vielmehr wechselte sie mit ihren Kindern sogar mehrfach den Wohnort, um nicht in Kämpfe verwickelt zu werden. Von besonderem Belang ist daneben, dass es der Angekl. bei der von ihr in den Blick genommenen Verteidigung gegen Angriffe der syrischen Armee allein darum ging, der mit solchen Aktionen verbundenen Gefahr für Leib und Leben zu begegnen, mithin ihr eigenes Leben und dasjenige ihrer Kinder zu schützen. Bei derartigen **in erster Linie allein der Verteidigung und dem Schutz der eigenen physischen Existenz** dienenden Handlungen von sich im Gebiet eines bewaffneten Konflikts aufhaltenden Zivilpersonen, die **primär einen rein defensiven Charakter** aufweisen und allenfalls mittelbar gegen die staatliche Ordnung gerichtet sind, liegt die Bejahung der Voraussetzungen des § 89 a I 2 StGB regelmäßig fern. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Betreffende unter den Voraussetzungen eines formalen Rechtfertigungsgrundes – hier etwa der Notwehr bzw. Nothilfe – handelt. Dementsprechend ist im vorliegenden Fall die völkerrechtliche Bewertung der Handlungen der Beteiligten ebenfalls nicht maßgebend.“ (BGH aaO.)

## II. Teleologie der Vorschrift

Der Sinne und Zweck des § 89 a StGB gebietet keine andere Auslegung.

„Mit diesen Regelungen wollte der Gesetzgeber vor allem auf die **Bedrohungen durch den internationalen Terrorismus** reagieren. Ziel war es, eine möglichst effektive strafrechtliche Verfolgung auch von organisatorisch nicht gebundenen (Einzel-)Tätern zu ermöglichen, die besonders gewichtige, staatsgefährdende Gewalttaten vorbereiten (BT-Drs. 16/12428, 2, 12). Der Gesetzgeber sah vor dem Hintergrund der zunehmenden **Dezentralisierung organisatorischer Strukturen vor allem im militant-islamistischen Bereich** und der damit einhergehenden nur losen Einbindung der Täter in gefestigte Verbände das Bedürfnis für ein **möglichst frühzeitiges Eingreifen des Strafrechts** (BT-Drs. 16/12428, 1 f., 12). Mit § 89 a StGB sollen deshalb vor allem Fälle erfasst werden, in denen **Handlungen zur Vorbereitung schwerster Straftaten** wie Mord, Totschlag, erpresserischer Menschenraub oder Geiselnahme, die auch in dem Katalog des § 129 a I StGB enthalten sind, mangels Bestehens oder Nachweisbarkeit einer Vereinigung nicht gem. den §§ 129 ff. StGB verfolgt werden können (BGHSt 59, 218 [225] = NJW 2014, 3459

= NSTZ 2014, 703). Nach dem hier allein in Betracht kommenden § 89 a II Nr. 1 StGB sollen vor allem die **Ausbildung und das Sichausbildenlassen in einem terroristischen Ausbildungslager strafbewehrt** sein (BT-Drs. 16/12428, 15).

Demnach zielt die **ratio legis der Vorschrift auf die Verfolgung des so genannten terroristischen Einzeltäters** und nicht auf Fälle, in denen wie hier eine Person, die sich in dem Gebiet eines im außereuropäischen Ausland stattfindenden bewaffneten Konflikts aufhält, ohne sich an diesem aktiv durch eigene Gewalthandlungen zu beteiligen, von einem Familienangehörigen in die Bedienung der der Familie zur Verfügung stehenden Waffen eingewiesen wird, um sich mit diesen bei einem Angriff einer der Konfliktparteien auf Leib und Leben gegen die konkret angreifenden Personen verteidigen zu können.

Mit Blick darauf, dass nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut sämtliche ausländische Staaten – darunter etwa auch Diktaturen oder sonstige Unrechtsstaaten – von der Staatsschutzklausel mitumfasst werden, ist **über den hiesigen Einzelfall hinaus darauf hinzuweisen**, dass Sinn und Zweck der Norm sowie völkerrechtliche Grundsätze wie derjenige der Nichteinmischung eine **zurückhaltende, die konkreten Umstände angemessen in den Blick nehmende Anwendung der Vorschrift auf ausländische Sachverhalte** und dabei insbesondere solche nahelegen, die sich in einem bereits lange andauernden bewaffneten Konflikt ereignen, der sich auf dem Gebiet eines ausländischen Staates oder mehrerer ausländischer Staaten zuträgt und **insgesamt wesentlich durch massive Gewalthandlungen der an dem Konflikt beteiligten zahlreichen Parteien** geprägt wird.

Die **Vorschrift würde** – unabhängig von der Notwendigkeit einer Strafverfolgungsermächtigung in den Fällen des § 89 a IV StGB und der insoweit bestehenden Möglichkeit der restriktiven Handhabung – bezüglich ihrer materiell-rechtlichen Voraussetzungen **überdehnt** bzw. **entgrenzt**, wollte man sie **in extensiver Weise auf die Vorbereitung jedweder die äußere oder innere Sicherheit eines beliebigen Staates dieser Welt gefährdenden Gewalttat** anwenden. Dies zeigt auch ein Vergleich der insoweit denkbaren vielfältigen Sachverhalte mit denjenigen Fallgestaltungen, in denen der Senat bisher die Voraussetzungen der Staatsschutzklausel bejaht hat. Diese waren wesentlich dadurch gekennzeichnet, dass **aus Feindschaft der Täter gegen das freiheitlich-demokratische Staats- und Gesellschaftssystem der Bundesrepublik Deutschland** das friedliche Zusammenleben der unterschiedlichen Bevölkerungsgruppen in Deutschland durch die jeweilige Tat in Frage gestellt und das Vertrauen aller Bevölkerungsteile darauf erschüttert werden sollte, in Deutschland vor gewaltsamen Einwirkungen geschützt zu sein, indem die Täter etwa **aus rechtsgerichteter Gesinnung ohne nachvollziehbaren Grund ausländische Mitbürger** attackierten und schwer verletzten (BGHSt 46, 238 = NJW 2001, 1359 = NSTZ 2001, 265), oder **aus Hass- und Rachegefühlen gegen die westliche Welt** Anschlagopfer und Tatorte willkürlich auswählten und die potenziellen Opfer nur deshalb angreifen wollten, weil sie Bürger der Einwohner der Bundesrepublik Deutschland waren oder sich hier aufhielten (BGH, NSTZ 2010, 468; BGHSt 59, 218 = NJW 2014, 3459 = NSTZ 2014, 703).“ (BGH aaO.)

StGB  
§§ 32, 33

## Sozialethische Notwehrbeschränkung Notwehrexzess trotz Provokation

StR AT

(BGH in NSTZ 2016, 84; Urteil vom 03.06.2015 – 2 StR 473/14)

**Fall:** Nach den Feststellungen des LG wohnte der zum Tatzeitpunkt 47 Jahre alte und bislang unbestrafte Angekl. mit seiner Familie in unmittelbarer Nachbarschaft des Nebenklägers. Im vorderen Bereich ihrer beiden angrenzenden Grundstücke befand sich jeweils das Wohnhaus, dahinter ein Garten. Die Gärten waren der Länge nach durch einen Zaun getrennt und gingen nach hinten ohne eine Umzäunung ins freie Feld über.

Seit 2003 kam es zwischen dem Angekl. und dem Nebenkläger zu wiederholten und fortdauernden Streitigkeiten, die regelmäßig mit wechselseitigen Beleidigungen einhergingen. Am Tattag, dem 25.08.2007, arbeiteten sowohl der Angekl. als auch der Nebenkläger in ihrem Garten. Als bald entwickelte sich eine über den Zaun hinweg geführte verbale Auseinandersetzung, im Rahmen derer wechselseitig Beleidigungen ausgetauscht wurden. Dabei stand der Angekl. mit einem Rundspaten in der Hand am Zaun und rief in Richtung des Nebenklägers, er solle herüberkommen, er schlage ihn tot. Der Nebenkläger ergriff nunmehr einen 95 cm langen Axtstiel und ging um den im hinteren Bereich des Gartens endenden Zaun herum und betrat das Grundstück des Angekl. Der Nebenkläger ging zwischenzeitlich auf den Angekl. zu, der zurückwich und ihn dabei aufforderte: „Komm, komm, komm!“. Als der Nebenkläger mit dem Axtstiel seitlich ausholend in Richtung des Angekl. schlug, holte dieser mit dem Spaten, den er in beiden Händen hielt, über seinen Kopf hinweg aus und schlug ihn mit voller Wucht mit dem nach unten geneigten Spatenblatt senkrecht auf den Kopf des Nebenklägers. Die Spatenkante durchschlug die Schädeldecke, drang weitere 5 cm tief in den Schädel ein und durchschnitt über eine Länge von 15 cm das Hirngewebe. Der Nebenkläger erlitt ein offenes Schädel-Hirn-Trauma 3. Grades mit Impressionsfraktur und sackte sofort in sich zusammen. Der Angekl. erlitt durch den Schlag mit dem Axtstiel eine leichte Rötung und eine Beule.

Ist der Angekl. durch Notwehr gerechtfertigt?

### I. Bestehen einer Notwehrlage

Indem der Nebenkl. mit dem Axtstiel nach dem Angekl. schlug, sah dieser sich eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs ausgesetzt. Der Nebenkl. selbst hat sich nicht in einer Notwehrlage befunden. Er ist zwar vom Angekl. provoziert worden, sah sich aber selbst keines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs ausgesetzt. Der Angekl. befand sich daher in einer Notwehrlage und hat beim Zuschlagen mit dem Spaten auch mit Verteidigungswillen gehandelt.

### II. Notwehrhandlung

„Eine in einer objektiven Notwehrlage verübte Tat ist nach § 32 II StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führt und es sich bei ihr um das **mildeste Abwehrmittel** handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung stand. Ob dies der Fall ist, muss auf der Grundlage einer **objektiven ex-ante-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung** beurteilt werden. Auf **weniger gefährliche Verteidigungsmittel** muss der Angegriffene grundsätzlich nur dann zurückgreifen, wenn deren **Abwehrwirkung** unter den gegebenen Umständen **unzweifelhaft ist und genügend Zeit zur Abschätzung der Lage** zur Verfügung steht. Angesichts der schweren Kalkulierbarkeit des Fehlschlagrisikos dürfen an die regelmäßig in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden (vgl. Senatsurt. v. 02.11.2011 – 2 StR 375/11, NSTZ 2012, 272, 274).“ (BGH aaO.)

Der Angekl. könnte hier jedoch in seinem Notwehrrecht eingeschränkt gewesen sein, da er den Nebenkl. zuvor beleidigt und provoziert hatte. Daher könnte er verpflichtet gewesen sein, auszuweichen, zumal der hölzerne Axtstiel, mit welchem der Nebenkl. zuschlug, objektiv weniger gefährlich war. Möglicherweise war er darauf zu weisen, den Schlag abblocken (Schutzwehr) oder aber nur auf den Körper oder die Beine zu schlagen (Trutzwehr ohne lebensgefährliche Behandlung).

„Nach der Rspr. des BGH erfährt das Notwehrrecht jedoch dann eine Einschränkung, wenn der Verteidiger gegenüber dem Angreifer ein **pflichtwidriges Vorverhalten** an den Tag gelegt hat, das bei vernünftiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalles den folgenden Angriff als eine adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheinen lässt (vgl. BGHR StGB § 32 II Verteidigung 11 m.w.N.; BGH, NSTz 2009, 626, 627), wenn mithin zwischen dem **sozialethisch zu missbilligenden Vorverhalten** und dem rechtswidrigen Angriff ein **enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang** besteht und es nach Kenntnis des Täters auch geeignet ist, einen Angriff zu provozieren (vgl. BGH NSTz-RR 2011, 74, 75; NSTz 2006, 332, 333; BGHSt 42, 97, 100). Wer durch ein solchermaßen sozialethisch zu beanstandendes Vorverhalten einen Angriff auf sich **schuldhaft provoziert** hat, **darf nicht** bedenkenlos von seinem Notwehrrecht Gebrauch machen und **sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen**, auch wenn er den Angriff nicht in Rechnung gestellt haben sollte oder gar beabsichtigt hat. Er muss vielmehr dem Angriff nach Möglichkeit **ausweichen** und darf zur **Trutzwehr** mit einer lebensgefährlichen Waffe erst übergehen, nachdem er alle Möglichkeiten der Schutzwehr ausgenutzt hat; nur wenn sich ihm diese Möglichkeit verschließt, ist er zu entsprechend weitreichender Verteidigung befugt (BGH NSTz 2014, 451, 452 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Der Angekl. hat durch seine mit Beleidigungen verbundene wiederholte Aufforderung an den Nebenkläger, zu ihm auf das Grundstück zu kommen, den Angriff des Nebenklägers gegen sich **in sozialethisch zu missbilligender Weise vorwerfbar provoziert**.

„Der Angekl. wusste nicht nur bzw. hätte wissen können, dass er den Nebenkläger durch sein Verhalten zu einem rechtswidrigen Angriff veranlassen konnte (vgl. insoweit BGH Ur. v. 12.02.2003 – 1 StR 403/02, NJW 2003, 1955, 1959; Senatsbeschl. v. 04.08.2010 – 2 StR 118/10, NSTz 2011, 82, 83). Er hat die **körperliche Auseinandersetzung** vielmehr als solche gezielt **herausgefordert**. Dies selbst dann noch, als der Nebenkläger sein Grundstück betreten hatte und mit dem Axtstiel in der Hand auf ihn zuing. Angesichts dessen, dass – worauf das LG zu Recht abgestellt hat – der Nebenkläger in der Vergangenheit schon einmal das Grundstück des Angekl. betreten und es auch bereits zu einer körperlichen Auseinandersetzung zwischen beiden gekommen war, hat der Angekl. auch erkannt, dass seine Beleidigungen und Aufforderungen den Nebenkläger veranlassen konnten, ihn anzugreifen.“ (BGH aaO.)

Der Angekl. hätte daher vor Ausführung des lebensgefährlichen Schlages zunächst ausweichen müssen oder jedenfalls von allen Möglichkeiten der Schutzwehr und einer weniger gefährlichen Trutzwehr Gebrauch machen können und müssen.

### III. Vorliegen eines Notwehrexzesses, § 33 StGB

Allerdings könnte hier ein Notwehrexzess nach § 33 StGB vorliegen. Danach wird der Täter nicht bestraft, wenn er die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet.

„Die Überschreitung der Grenzen der Notwehr aus Furcht ist entschuldigt, wenn bei dem Täter ein durch das Gefühl des Bedrohtseins verursachter psychischer Ausnahmezustand mit einem solchen Störungsgrad vorliegt, dass er das **Geschehen nur noch in erheblich reduziertem Maße verarbeiten** kann (BGH NSTz-RR 1997, 65 f. m.w.N.).

Das LG hat insoweit lediglich ausgeführt, dass es dem Angekl. nicht folge, soweit er sich dahin eingelassen habe, er habe **Todesangst verspürt**, als der Nebenkläger mit dem Axtstiel in der Hand auf ihn zugekommen sei. Dem stehe „bereits entgegen, dass der Angekl. die Notwehrlage selbst provoziert habe, weshalb eine Überschreitung der gebotenen Notwehrhandlung aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken nicht in Betracht komme“.

Diese Ausführungen des LG lassen besorgen, dass es von einem falschen rechtlichen Maßstab ausgegangen ist. **§ 33 StGB entfällt nicht schon**, wenn der Täter den Angriff aus rechtlichen Gründen **provoziert** hat oder wenn er sich dem Angriff hätte entziehen können. Für seine Anwendung ist vielmehr grundsätzlich auch dann Raum, wenn infolge der von dem Angegriffenen schuldhaft mitverursachten Notwehrlage ein nur eingeschränktes Notwehrrecht nach § 32 StGB besteht, sofern der Täter die **Grenzen der (eingeschränkten) Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet** (vgl. BGHSt 39, 133, 140; NJW 1995, 973). Die zitierte Erwägung des LG legt nahe, dass es die Frage, ob ein asthenischer Affekt im Sinne des § 33 StGB vorgelegen habe, nicht als Tatsachenfrage einer Beweiswürdigung unterworfen hat, sondern eine solche schon aus rechtlichen Gründen – zu Unrecht – ausgeschlossen hat.“ (BGH aaO.)

BGB  
§ 677

### Abgrenzung zwischen privat- und öffentlich-rechtlicher GoA Maßnahmen eines hoheitlichen Geschäftsführers

ÖR

(BGH in MDR 2016, 201; Beschluss vom 26.11.2015 – III ZB 62/14)

1. Für die Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag kommt es nicht auf die **Rechtsnatur der vom Geschäftsführer ergriffenen Maßnahmen**, sondern darauf an, welchen **Charakter** das Geschäft gehabt hätte, wenn es **vom Geschäftsherrn selbst ausgeführt** worden wäre.
2. Nimmt der (**hoheitliche**) **Geschäftsführer** zugleich eine **privatrechtliche Befugnis** oder Verpflichtung für einen (privaten) Geschäftsherrn wahr (hier: Aufwendungen im Zusammenhang mit der Bestattung naher Angehöriger), **gelten die §§ 677 ff. BGB unmittelbar**. Es liegt dann eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit i.S.v. § 13 GVG vor.

**Fall:** Das klagende Land nimmt den Beklagten auf Kostenerstattung im Zusammenhang mit einem Todesfall in Anspruch. Am 19.01.2012 verstarb die Mutter des Beklagten im Klinikum N. in S.. Da der Totenschein eine "nicht aufgeklärte" Todesart auswies, wurde der Leichnam zur Beweissicherung polizeilich vorläufig beschlagnahmt. Am 26.01.2012 gab die Staatsanwaltschaft C. den Leichnam zur Bestattung frei. Die durch die Polizei veranlasste Erstversorgung des Leichnams erfolgte durch ein Bestattungsunternehmen, das dem Kläger für die erbrachten Leistungen (Aufnahme des Leichnams am Sterbeort, Fahrtkosten und Kühlung) einen Betrag von 89,25 € in Rechnung stellte, dessen Erstattung Gegenstand der Klage ist.

Der Kläger ist der Auffassung, die geltend gemachten Kosten wären auch ohne die polizeilich veranlasste Sicherung des Leichnams angefallen und seien von dem Beklagten als dem nach § 20 I S. 1 Nr. 2 BgbBestattungsg bestattungspflichtigen Angehörigen nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag beziehungsweise nach Bereicherungsrecht zu erstatten. Ist das Zivilgericht nach § 13 GVG zuständig?

Das Zivilgericht wäre nach § 13 GVG nur zuständig, wenn es sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Liegt jedoch eine öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag vor, so wäre das Verwaltungsgericht zuständig.

### I. Grundsätze für die Rechtswegbestimmung

„Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass sich die Beurteilung, ob ein Rechtsstreit bürgerlich- oder öffentlich-rechtlichen Charakter hat, **nach der Natur des Rechtsverhältnisses richtet, aus dem der Klageanspruch hergeleitet** wird, wenn – wie im vorliegenden Fall – eine ausdrückliche gesetzliche Rechtswegzuweisung fehlt. Maßgeblich ist der **wahre Charakter der Forderung**, wie er sich nach dem Sachvortrag des Klägers darstellt, unabhängig davon, ob dieser eine zivil- oder öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage für einschlägig hält (vgl. nur Senatsbeschlüsse des BGH MDR 2009, 804; MDR 2010, 278; v. 25.07.2013 – III ZB 18/13 – Rn. 8, BGH MDR 2013, 1481 f.).“ (BGH aaO.)

### II. Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher GoA

„[Es] kommt für die Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag **nicht auf die Rechtsnatur der vom Geschäftsführer ergriffenen Maßnahmen, sondern darauf an, welchen Charakter das Geschäft gehabt hätte**, wenn es vom Geschäftsherrn selbst ausgeführt worden wäre. Diese Auffassung liegt nicht nur der BGH-Rspr. zugrunde (vgl. nur BGH v. 22.02.1971, aaO.), sondern entspricht auch der h.M. im Verwaltungsrecht ... Nach § 677 BGB ist Anknüpfungspunkt für die Geschäftsführung ohne Auftrag **das für einen anderen geführte „Geschäft“**. Es bildet demnach das Kriterium, nach dem die öffentlich-rechtliche von der privatrechtlichen Geschäftsführung zu unterscheiden ist. Eine **öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag** liegt mithin vor, wenn der Geschäftsführer ein **fremdes öffentlich-rechtliches Geschäft für einen anderen** ohne Auftrag ausführt ... Nimmt der (hoheitliche) Geschäftsführer zugleich eine privatrechtliche Befugnis oder Verpflichtung für einen (privaten) Geschäftsherrn wahr, gelten die §§ 677 ff. BGB unmittelbar. Es liegt dann eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit i.S.v. § 13 GVG vor (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl., Einf. vor § 677 Rn. 15 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

### III. Anwendung auf den Fall

„Im vorliegenden Fall ist das **geführte Geschäft (Erstversorgung eines Leichnams) bürgerlich-rechtlicher Natur**, auch wenn die geltend gemachten Aufwendungen im Zusammenhang mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch die Staatsanwaltschaft beziehungsweise die Polizei entstanden sind und damit zugleich sowohl eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Beklagten als auch eine ihm obliegende privatrechtliche Aufgabe erfüllt wurden. Der Beklagte war zwar ... **öffentlich-rechtlich verpflichtet, für die Bestattung seiner verstorbenen Mutter zu sorgen**; dieser Umstand ist jedoch nicht entscheidend. Denn die Bestattung naher Angehöriger und die damit zusammenhängenden notwendigen Vorbereitungsmaßnahmen sind **Ausdruck des Rechts der Totenfürsorge**, das den nächsten Angehörigen nach gewohnheitsrechtlichen Grundsätzen zusteht und das Recht und gegebenenfalls die Pflicht umfasst, die Beerdigung vorzunehmen (st. Rspr.). Dieses **Recht hat privatrechtlichen Charakter**. Bereits das Reichsgericht ist davon ausgegangen, dass den hinterbliebenen Angehörigen die „privatrechtliche Befugnis“ zusteht, dem Verstorbenen die letzte Ruhestätte zu gewähren (RGZ 100, 171 f.). Die Bestattung nächster Angehöriger wird somit entscheidend durch das privatrechtliche Totenfürsorgerecht veranlasst und bestimmt. Dementsprechend hat der erkennende Senat bereits entschieden, dass **ein vor den Zivilgerichten zu verfolgender Anspruch auf Ersatz der für die Bestattung angefallenen Kosten nach §§ 677, 683, 670 BGB besteht**, wenn ein nicht totenfürsorgerechtigter (privater) Dritter (Bestattungsunternehmen) die Bestattung ohne Auftrag des nach dem Landesbestattungsgesetz (vorrangig) Bestattungspflichtigen (im entschiedenen Fall: Ehefrau des Verstorbenen) veranlasst hat (BGH v. 17.11.2011, aaO. – Rn. 8 ff.).“ (BGH aaO.)

Somit handelt es sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit und das Zivilgericht ist nach § 13 GVG zuständig.

GG  
Art. 34

## Haftung für Astbruch auf öffentlicher Straße Regelmäßige Kontrollen ausreichend

ÖffR

(OLG Saarbrücken in NJW-RR 2016, 221; Urteil vom 26.11.2015 – 4 U 64/14)

„Nach der **ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung** (vgl. BGH, NJW 2014, 1588 = NZM 2014, 445; NJW 2004, 1381 = NZV 2004, 248; NJW 1965, 815 = VersR 1965, 475 [476]; Ur. v. 21.12.1961 – III ZR 192/60, LM Nr. 3 zu RNatSchG), der der Senat folgt, erstreckt sich die **Straßenverkehrsicherungspflicht auch auf den Schutz vor Gefahren durch Bäume**. Der Verkehrssicherungspflichtige muss daher Bäume oder solche Teile von ihnen entfernen, die den Verkehr konkret gefährden, insbesondere wenn sie nicht mehr standsicher sind oder herabzustürzen drohen. Der Umstand, dass grundsätzlich jeder Baum an einer Straße oder an einem öffentlichen Parkplatz insoweit eine mögliche Gefahr darstellt, als auch völlig gesunde Bäume durch einen Sturm, selbst bei nicht außergewöhnlicher Windstärke, entwurzelt oder geknickt oder Teile von ihnen abgebrochen werden oder eine Schneeeauflage oder starker Regen zum Absturz selbst von größeren Ästen führen können und auch die Erkrankung oder Vermorschung eines Baums von außen nicht immer erkennbar ist, gebietet **nicht die Entfernung aller Bäume** aus der Nähe von Straßen und öffentlichen Parkplätzen oder eine **besonders gründliche Untersuchung jedes einzelnen Baums**. Der Umfang der notwendigen Überwachung und Sicherung kann nicht an dem gemessen werden, was zur Beseitigung jeder Gefahr erforderlich ist, denn es ist **unmöglich, den Verkehr völlig risikolos zu gestalten**. Dieser muss gewisse Gefahren, die nicht durch menschliches Handeln entstehen, sondern auf Gegebenheiten der Natur selbst beruhen, als unvermeidlich hinnehmen. Die Behörden genügen daher ihrer Sicherungs- und Überwachungspflicht, wenn sie – außer der stets gebotenen regelmäßigen Beobachtung auf trockenes Laub, dürre Äste, Beschädigungen oder Frostrisse – eine eingehende Untersuchung dort vornehmen, wo besondere Umstände – wie das Alter des Baums, sein Erhaltungszustand, die Eigenart seiner Stellung oder sein statischer Aufbau oder Ähnliches – sie dem Einsichtigen angezeigt erscheinen lassen (vgl. BGH, NJW 2014, 1588 = NZM 2014, 445 Rn. 7).

Eine über diese Grundsätze hinausgehende **Pflicht, besondere Schutzmaßnahmen auch bei gesunden Bäumen** zu ergreifen, wenn auf Grund von deren Art ein erhöhtes Risiko besteht, dass auch im gesunden Zustand Äste abbrechen, **wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung verneint**. Ein natürlicher Astbruch, für den vorher keine besonderen Anzeichen bestanden haben, gehört auch bei hierfür anfälligeren Baumarten grundsätzlich zu den naturgebundenen und daher hinzunehmenden **Lebensrisiken**. Die Verkehrssicherungspflicht verlangt es insoweit nicht, gesunde, nur naturbedingt vergleichsweise bruchgefährdetere Baumarten an Straßen oder Parkplätzen zu beseitigen oder zumindest sämtliche in den öffentlichen Verkehrsraum hineinragenden Baumteile abzuschneiden. Gehören mithin die Folgen eines natürlichen Astbruchs grundsätzlich zum allgemeinen Lebensrisiko, bedarf es auch keiner niederschwelliger Maßnahmen wie der Absperrung des Luftraums unter solchen Bäumen oder der Aufstellung von Warnschildern (vgl. BGH, NJW 2014, 1588 = NZM 2014, 445 Rn. 9 ff.).“ (OLG Saarbrücken aaO.)

**Unterbringung in zu kleiner Einzelzelle  
Anspruch auf Geldentschädigung**

(BVerfG in NJW 2016, 389; Beschluss vom 14.07.2015 – 1 BvR 1127/14)

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerde betrifft eine Amtshaftungsklage gegen das Land Berlin wegen einer menschenunwürdigen Haftunterbringung. Der Bf. war in der Zeit vom 09.06.2009 bis zum 23.11.2009 in der Teilanstalt I der Justizvollzugsanstalt B. in einer Einzelzelle mit einer Bodenfläche von 5,25 m<sup>2</sup> und einer räumlich nicht abgetrennten Toilette untergebracht.

Mit Beschluss vom 03.11.2009 hat der BerlVerfGH in einem parallel gelagerten Verfahren festgestellt, dass die Unterbringung eines Häftlings für einen Zeitraum von knapp drei Monaten in einem Einzelhafttraum in der Justizvollzugsanstalt B. mit einer Bodenfläche von 5,25 m<sup>2</sup> und räumlich nicht abgetrennter Toilette, in dem er zeitweise zwischen 15 und fast 21 Stunden unter Verschluss gewesen sei, bei einer Gesamtschau der Umstände dessen Menschenwürde verletze. Dagegen könne die Unterbringung eines Gefangenen in einem vergleichbar kleinen Hafttraum für eine von vornherein begrenzte zweiwöchige Übergangszeit zumutbar sein.

Die Unterbringung des Bf. in der kleinen Haftzelle stellt daher die rechtswidrige Verletzung einer drittschützenden Amtspflicht dar. Fraglich ist jedoch, ob die Behörde ein Verschulden trifft.

**I. Zeitraum bis zum 19.11.2009**

„Gemessen daran ist die angegriffene Entscheidung des KG mit Blick auf Art. 1 I i.V.m. Art. 20 III GG allerdings insoweit nicht zu beanstanden, als sich die Verfassungsbeschwerde auf den **Zeitraum der Inhaftierung vor Ablauf der in dem Beschluss des BerlVerfGH eingeräumten Übergangsfrist** bezieht. Diesbezüglich hat das angegriffene Urteil die Bedeutung und Tragweite der Menschenwürdegarantie in Art. 1 I i.V.m. Art. 20 III GG als Grundlage einer rechtsstaatlichen Kompensation in Form eines Amtshaftungsanspruchs nicht grundlegend verkannt. Die Verfassungsbeschwerde ist insoweit unbegründet und nicht zur Entscheidung anzunehmen.

Hiervon ausgehend hält sich die Beurteilung des KG, ein **Verschulden** der zuständigen Amtsträger sei **bis zur Bekanntgabe der Entscheidung** des BerlVerfGH am 05.11.2009 und darüber hinaus **bis zum Ablauf einer zweiwöchigen Übergangsfrist** nicht gegeben, jedenfalls noch im Rahmen des fachgerichtlichen Wertungsspielraums.

Das KG hat vertretbar konzediert, dass die **Rechtsfrage**, ab welcher konkreten Hafttraumgröße eine Verletzung der Menschenwürde anzunehmen ist, **nicht einfach zu beurteilen** gewesen sei und insbesondere bei einer Einzelzelle bis zur Entscheidung des BerlVerfGH **weder durch die Rechtsprechung geklärt noch im Schrifttum abschließend behandelt** gewesen sei. Das Gericht hat zu Recht maßgeblich darauf abgestellt, dass die bis zur Entscheidung des BerlVerfGH ergangenen ober- und höchstrichterlichen Entscheidungen nahezu ausschließlich Haftsituationen betrafen, in denen zwei oder mehr Gefangene in einer Zelle untergebracht waren; soweit ein Verstoß gegen Art. 1 I GG angenommen wurde, war nicht bereits die Zellengröße für sich, sondern vor allem der **Umstand maßgeblich, dass in der Zelle kein abgetrennter Toilettenbereich existierte** (vgl. die Nachw. in BVerfGK 12, 417 [421] = BeckRS 2007, 28264; BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW-RR 2011, 1043 [1044]). Bei der Zuweisung eines Hafttraums an einen einzelnen Gefangenen verletzt die fehlende Abtrennung der Toilette vom übrigen Raum den Anspruch des Häftlings auf Achtung seiner Menschenwürde jedoch nicht (vgl. BVerfGK 12, 422 [425 ff.] = BeckRS 2007, 28278). Lediglich vereinzelt waren auch mit zwei oder mehr Häftlingen belegte Zellen mit separater Toilette oder Einzelzellen Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen (vgl. die Nachw. in BGHZ 198, 1 [5 f.] = NJW 2013, 3176).

Aus **keiner dieser Entscheidungen mussten die zuständigen Strafvollzugsbehörden den Schluss ziehen**, die konkrete Haftsituation des Bf. verstoße gegen die Menschenwürde. Auch das Europäische Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) hat für Hafträume, die in Einzelbelegung für Aufenthalte von mehr als einigen Stunden Dauer vorgesehen sind, eine Grundfläche von 7 m<sup>2</sup> als wünschenswert bezeichnet, zugleich aber ausdrücklich klargestellt, dass es sich hier **nicht um einen situationsunabhängigen, strikten Mindeststandard** handele (CPT-Standards, CPT/Inf/E [2002]1 – Rev. 2010 Rn. 43). Schließlich geht auch der EGMR – jedenfalls zum verfahrensrelevanten Zeitpunkt –, wie der BGH in seinem Beschluss (vgl. BGHZ 198, 1 [6 f.] = NJW 2013, 3176), auf den das KG insofern verweist, zutreffend zitiert hat, im Hinblick auf Art. 3 EMRK von einem Regelwert von 4 m<sup>2</sup> Bodenfläche pro Gefangenen aus (vgl. EGMR, EuGRZ 2008, 21 [23] – Testa/Kroatien).“ (BVerfG aaO.)

Vor diesem Hintergrund kann der angegriffenen Entscheidung für den Zeitraum bis zum Ablauf der in der Entscheidung des BerlVerfGH eingeräumten Übergangsfrist keine grundsätzlich unrichtige Anschauung von der Bedeutung und Tragweite des Grundrechts der Menschenwürde vorgeworfen werden.

**II. Zeitraum vom 20. bis 23.11.2009**

Für die fragliche Zeit ist hingegen von einer schuldhaften Verletzung auszugehen, die zu einem Entschädigungsanspruch führt.

„Das BVerfG hat bereits entschieden, dass der **Schutzauftrag der Menschenwürde** bzw. des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen **Anspruch auf Ausgleich des immateriellen Schadens** gebietet, weil anderenfalls ein Verkümmern des Rechtsschutzes der Persönlichkeit zu befürchten wäre. Zwar muss der hiernach rechtsstaatlich gebotene Ausgleich, wie die hier angegriffene Entscheidung im Ausgangspunkt zutreffend erkannt hat, nicht zwingend in der Zubilligung eines Zahlungsanspruchs bestehen. Daher begegnet es grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass nach der zivilgerichtlichen Rechtsprechung nicht jede festgestellte und schuldhaft begangene Menschenrechtsverletzung eine Wiedergutmachung im Wege der Geldentschädigung erfordert und die Art der Wiedergutmachung vielmehr von der Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, von Anlass und Beweggründen des Handelnden und dem Grad des Verschuldens abhängig gemacht wird (vgl. BGHZ 128, 1 [12] = NJW 1995, 861; BGHZ 161, 33 [37] = NJW 2005, 58; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2005, 1267 [1268]; OLG Hamm, NStZ-RR 2009, 326).

Die **Bedingungen für das Vorliegen eines Ausgleichsanspruchs** hat das KG vorliegend aber in verfassungsrechtlich **nicht mehr tragfähiger Weise verneint**. Für die handelnden Amtswalter war ab dem Zeitpunkt des Ablaufs der vom BerlVerfGH eingeräumten zweiwöchigen Übergangsfrist zweifelsfrei erkennbar, dass der fortdauernde Eingriff in die Menschenwürde des Bf. nicht länger ohne Verschulden hingenommen werden und einen Anspruch auf Ausgleich des immateriellen Schadens des Bf. auslösen würde.“ (BVerfG aaO.)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO

**Vollstreckungsabwehrklage**

ZwVollstrR

§ 775 Nr. 4

**Vollstreckungsfortsetzung bei Bestreiten der Befriedigung**

(BGH in NJW-RR 2016, 317; Beschluss vom 15.10.2015 – V ZB 62/15)

1. Eine Vollstreckung ist **trotz Vorlage urkundlicher Nachweise** im Sinne des § 775 Nr. 4 ZPO fortzusetzen, wenn der **Gläubiger** eine Befriedigung oder die Stundung der titulierten Forderung **bestreitet**.
2. Der Schuldner muss in diesem Fall seine **materiell-rechtlichen Einwendungen** mit der **Vollstreckungsgegenklage** gem. § 767 ZPO geltend machen.

**Fall:** Der Bet. zu 1 (nachfolgend: Schuldner) ist Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundstücks, das er von seinem Vater erworben hatte. Die Bet. zu 2 (nachfolgend: Gläubigerin) betreibt die Zwangsversteigerung in dieses Grundstück, die durch Beschluss des VollstrG vom 24.11.2008 wegen eines dinglichen Anspruchs der Gläubigerin von 43.459,81 € nebst Zinsen und Kosten angeordnet worden ist. Der Schuldner hat die Einstellung des Verfahrens beantragt und behauptete unter Vorlage eines an seinen Vater gerichteten Schreibens der Gläubigerin vom 04.09.2008, ihre Forderung sei durch Zahlung abgelöst worden. In dem Schreiben bestätigte die Gläubigerin den Eingang eines Ablösebetrags i.H.v. 28.081,65 €. Ferner heißt es, weitere Ansprüche aus diesem Engagement würden nicht mehr geltend gemacht und die Angelegenheit werde als erledigt betrachtet. Die Gläubigerin ist dem Einstellungsantrag entgegengetreten und berief sich auf ihr weiteres Schreiben vom 05.09.2008. Hierin erklärte sie, dass bei der Zuordnung der Zahlung eine Namensverwechslung aufgetreten sei und die Forderung nach wie vor bestehe. Deshalb sei das Schreiben vom 04.09.2008 als gegenstandslos zu betrachten. Wird das Gericht die Zwangsvollstreckung einstellen?

Das Verfahren könnte hier nach § 774 Nr. 4 ZPO einzustellen sein. Danach ist die Zwangsvollstreckung einzustellen, wenn eine öffentliche Urkunde oder eine von dem Gläubiger ausgestellte Privaturkunde vorgelegt wird, aus der sich ergibt, dass der Gläubiger nach Erlass des zu vollstreckenden Urteils befriedigt ist oder Stundung bewilligt hat.

### I. Anwendung im Zwangsversteigerungsverfahren

„Das gilt vor dem Versteigerungstermin, für den § 75 ZVG eine parallele, allerdings auf Zahlungen an das Gericht beschränkte Regelung trifft, **auch im Zwangsversteigerungsverfahren** (vgl. Senat, BGHZ 172, 37 = NJW 2007, 3645 = NZM 2007, 459 Rn. 5 zu der Anwendbarkeit von § 775 Nr. 5 ZPO).“ (BGH aaO.)

### II. Vorliegen der Voraussetzungen des § 775 Nr. 4 ZPO

#### 1. Öffentliche Urkunde oder Privaturkunde

Eine öffentliche Urkunde liegt ersichtlich nicht vor. Bei dem Schreiben der Gläubigerin vom 04.09.2008 könnte es sich jedoch um eine Privaturkunde handeln.

Urkunde im Sinn der ZPO ist die Verkörperung einer Gedankenerklärung durch Schriftzeichen, die allgemein bekannt sind oder dem Gericht (unter Umständen mit Hilfe eines Sachverständigen oder Übersetzers) verständlich gemacht werden können. Hierbei ist Privaturkunde jede Urkunde, die eine Erklärung enthält und keine öffentliche Urkunde ist.

Das Schreiben der Gläubigerin vom 04.09.2008 ist ohne weiteres als solche Urkunde anzusehen.

#### 2. Befriedigung

Aus der Urkunde muss sich auch die Befriedigung des Gläubigers ergeben.

„[Für] das Rechtsbeschwerdeverfahren [ist] davon auszugehen, dass das Schreiben der Gläubigerin vom 04.09.2008 eine Privaturkunde darstellt, aus der sich die **Befriedigung** der Gläubigerin ergibt. Dies ist zu unterstellen, weil das BeschwGer. eine solche Auslegung des Schreibens für möglich gehalten hat, ohne hierzu abschließende Feststellungen zu treffen.“ (BGH aaO.)

#### 3. Bestreiten des Gläubigers

Fraglich ist jedoch, welche Relevanz ein Bestreiten des Gläubigers in diesem Zusammenhang hat. Insofern könnte die Vollstreckung trotz Vorlage urkundlicher Nachweise i.S.d. § 775 Nr. 4 ZPO fortzusetzen sein.

## a) Bisherige Auffassung in Literatur und Rechtsprechung

„In der **Literatur** ist anerkannt, dass der Gläubiger in den Fällen des § 775 Nr. 4 und 5 ZPO durch das **Bestreiten der Befriedigung oder Stundung die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung erzwingen** kann und der Schuldner den Erfüllungseinwand dann im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO geltend machen muss (vgl. MüKo-ZPO/Schmidt/Brinkmann, § 775 Rn. 28; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 775 Rn. 41; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 775 Rn. 12; Musielak/Voit/Lackmann, 12. Aufl., § 775 Rn. 13; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 30. Aufl., § 775 Rn. 17; Schuschke/Walker/Raebel, 5. Aufl., § 775 ZPO Rn. 13; Wieczorek/Schütze/Salzmann, ZPO, 3. Aufl., § 776 Rn. 36 mit Fn. 105 unter Aufgabe der in der Voraufl. unter § 775 Anm. E III vertretenen Auffassung). Dies entspricht auch der **ganz überwiegenden Auffassung in der Rechtsprechung** (vgl. OLG Hamm, 14 W 160/79 v. 06.06.1980, DGVZ 1980, 153 und 14 W 24/75 v. 29.07.1975, MDR 1977, 411; LG Karlsruhe, 11 T 423/82 v. 03.12.1982, DGVZ 1983, 188; LG Berlin, 81 T 270/75 v. 01.07.1975, MDR 1976, 149; AG Hannover, BeckRS 2010, 03869; LG Weiden, BeckRS 2010, 30525; AG Wuppertal, BeckRS 2012, 25377; a.A. AG Groß-Gerau, 22 M 3207/82 v. 26.07.1982, MDR 1982, 943; LG Mannheim, 12 T 160/66 v. 18.10.1966, MDR 1967, 222; s. auch RGZ 33, 290, 292; offengelassen vom VerfGH Saar, Beschl. v. 19.03.2004 – LV 7/03.“ (BGH aaO.)

## b) Auffassung des BGH

Der BGH hat sich mit der vorliegenden Entscheidung dieser Auffassung angeschlossen und dieses Ergebnis durch Auslegung des § 775 Nr. 4 und 5 ZPO erzielt.

### aa) Wortlautauslegung

Der Wortlaut des § 775 Nr. 4 und 5 ZPO steht einer solchen Auslegung nicht entgegen.

„Anders als die Rechtsbeschwerde meint, wird der Vorschrift **nicht** das **ungeschriebene Tatbestandsmerkmal** hinzugefügt, dass **die Einstellung nur mit Zustimmung des Gläubigers geschehen dürfe**. Wenn einem Vollstreckungsorgan, also beispielsweise einem Gerichtsvollzieher oder wie hier dem VollstrG, Urkunden im Sinne der genannten Vorschrift vorgelegt werden, hat es die Zwangsvollstreckung einstweilen einzustellen. Hierzu bedarf es **nicht der Zustimmung des Gläubigers**.

**Davon zu unterscheiden** ist die Frage, ob eine einmal ausgesprochene Einstellung wieder aufzuheben ist, wenn der Gläubiger die durch die Urkunden belegte **Befriedigung bestreitet** und die **Fortsetzung der Vollstreckung begehrt**. Dies schließt der Wortlaut der Vorschrift jedenfalls nicht aus.“ (BGH aaO.)

### bb) Entstehungsgeschichte der Norm

Auch die Entstehungsgeschichte der Norm belegt, dass Zweck des § 775 Nr. 4 und 5 ZPO lediglich die Verfahrenserleichterung auch im Interesse des Gläubigers ist zur Vermeidung unnötiger Verfahren nach § 767 I ZPO.

„So wird in der Begründung des dem Reichstag im Jahr 1874 vorgelegten Entwurfs einer Civilprozeßordnung bezogen auf § 640 Nr. 4 und 5 CPO ausdrücklich auf die **verfahrenserleichternde Funktion der Einstellung der Zwangsvollstreckung** in den hier in Rede stehenden Fällen durch den Gerichtsvollzieher – bei der Vollstreckung durch das VollstrG kann nichts anderes gelten – hingewiesen. Es könne **nicht im Interesse des Gläubigers** liegen, dass **Einwendungen** gegen das Fortbestehen des Anspruchs, wenn sie in der vorgeschriebenen Weise **bescheinigt** seien, sofort zur richterlichen Entscheidung gebracht würden. Es liege vielmehr im Interesse beider Teile, dass der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung unter Aufrechterhaltung des Status quo vorläufig einstelle und **nur auf Verlangen des in Kenntnis gesetzten Gläubigers fortsetze** (vgl. Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen II [Neudr. 1983], 2. Aufl., 442). Im weiteren Gesetzgebungsverfahren ist aus § 640 CPO des Entwurfs die inhaltlich gleichlautende Vorschrift des § 691 CPO i.d.F. vom 30.01.1877 geworden (vgl. Hahn/Stegemann, Materialien II, 1520f., s. auch die Konkordanztabelle bei Schubert, Entstehung und Quellen der Civilprozessordnung von 1877, Halbbd. 2, 1987, 1061), die mit § 775 Nr. 4 und 5 ZPO inhaltlich weitgehend identisch ist.“ (BGH aaO.)

### cc) Teleologische Auslegung

Der Sinn und Zweck der Vorschrift spricht für eine entsprechende Auslegung dergestalt, dass bei Bestreiten der Befriedigung durch den Gläubiger die Vollstreckung fortzusetzen ist.

„Dass in den Fällen des § 775 Nr. 4 oder 5 ZPO die Zwangsvollstreckung einstweilen einzustellen ist, dient der **Verfahrenserleichterung**. Wenn der Schuldner Einwendungen gegen das Fortbestehen des titulierten Anspruchs hat, sind diese **grundsätzlich im Wege der Vollstreckungsgegenklage** gem. § 767 ZPO geltend zu machen. In Ergänzung hierzu ermöglicht es § 775 Nr. 4



und 5 ZPO im Interesse beider Parteien, dass insbesondere der Erfüllungseinwand von dem Schuldner bereits gegenüber dem Vollstreckungsorgan geltend gemacht werden kann und schon in diesem Verfahrensstadium – wenn auch gem. § 776 S. 2 ZPO nur vorläufig – Berücksichtigung findet. Voraussetzung ist, dass der **Schuldner über aussagekräftige Unterlagen verfügt**, aus denen sich Einwendungen der genannten Art ergeben. Werden diese Unterlagen dem Vollstreckungsorgan vorgelegt, bedarf es einer Vollstreckungsgegenklage und damit der Einleitung eines förmlichen Rechtsbehelfsverfahrens – jedenfalls zunächst – nicht, vielmehr erfolgt bereits durch das Vollstreckungsorgan selbst eine (vorläufige) Einstellung der Zwangsvollstreckung. Damit werden auch **im Interesse des Gläubigers unnötige Klagen gem. § 767 ZPO** insbesondere in den Fällen **vermieden**, in denen er das Vollstreckungsorgan nicht rechtzeitig von Erfüllungsleistungen des Schuldners unterrichtet hat (vgl. Stein/Jonas/Münzberg, § 775 Rn. 41 m.w.N.).

Der Zweck der genannten Bestimmungen, ein unnötiges Vorgehen des Schuldners gem. § 767 ZPO zu vermeiden, kann jedoch nicht mehr eingreifen, wenn der Gläubiger die Befriedigung bestreitet und deshalb eine gerichtliche Klärung des Einwands erforderlich ist. Dann verbleibt es bei dem Grundsatz, dass **materielle Einwendungen, wozu insbesondere auch der Erfüllungseinwand gehört, im Rahmen der hierfür vorgesehenen Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen sind.**“ (BGH aaO.)

Dies bedeutet aber auch, dass für eine Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. § 775 Nr. 4 und 5 ZPO **kein Raum mehr** ist, wenn der Gläubiger die **Erfüllung bestreitet** und deshalb die **Fortsetzung der Zwangsvollstreckung verlangt**.

#### dd) Systematische Auslegung

Nach Auffassung des BGH wird dieses Auslegungsergebnis durch die Gesetzes-systematik bestätigt.

„Gemäß § 776 S. 2 ZPO führt eine Einstellung gem. § 775 Nr. 4 und 5 ZPO nur zu einer **einstweiligen Einstellung des Verfahrens**; die von dem Vollstreckungsorgan bereits getroffenen Maßnahmen bleiben bestehen. Hieraus folgt, dass auch nach einer Einstellung der Zwangsvollstreckung eine **abschließende Entscheidung erforderlich** ist, ob die Vollstreckungsforderung tatsächlich erloschen ist. Würde die Einstellung der Zwangsvollstreckung trotz Widerspruchs des Gläubigers bestehen bleiben, wäre dieser gezwungen, die Berechtigung seiner Forderungen feststellen zu lassen. Dies **widerspricht jedoch dem Rechtssystem des Buchs 8 der ZPO**. Danach ist es Sache des Schuldners, materielle Einwendungen gegen den titulierten Anspruch mit der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) geltend zu machen. Dass der Schuldner zum Beleg der von ihm behaupteten Erfüllung auf Urkunden verweisen kann, ändert hieran nichts.“ (BGH aaO.)

#### ee) Verfassungsrechtliche Aspekte

Der Umstand, dass bei einem Bestreiten des Gläubigers das Zwangsvollstreckungsverfahren fortzuführen ist und der Schuldner auf die Möglichkeit der Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO verwiesen wird, führt auch nicht zu einer **verfassungsrechtlich nicht hinzunehmenden Verkürzung seiner Rechtsschutzmöglichkeiten** (vgl. zu diesem Aspekt VerfGH Saar, Beschl. v. 19.03.2004 – LV 7/03).

„Die Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. **§ 769 ZPO** bietet insoweit **hinreichenden Schutz vor unwiederbringlichen Rechtsverlusten**. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in dringenden Fällen auch das VollstrG berechtigt ist, eine einstweilige Anordnung zu erlassen (§ 769 II ZPO). Auch kann das Vollstreckungsorgan gehalten sein, im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes von irreversiblen Maßnahmen zunächst abzusehen, um dem Schuldner Gelegenheit zu geben, Rechtsschutz gem. den §§ 767, 769 ZPO nachzusuchen (vgl. VerfGH Saar, Beschl. v. 19.03.2004 – LV 7/03 mit dem Hinweis auf die Möglichkeit, im Zwangsversteigerungsverfahren gem. § 87 ZVG einen Verkündungstermin für den Zuschlagsbeschluss zu bestimmen). Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Gläubiger grundsätzlich die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung nach einer gem. § 775 Nr. 4 und 5 ZPO erfolgten Einstellung verlangen kann, wenn er die von dem Schuldner geltend gemachte Befriedigung bestreitet. Dass es dem Schuldner vorliegend möglich ist, hinreichenden Rechtsschutz gemäß den §§ 767, 769 ZPO zu erlangen, hat das BeschwGer. Rechtsfehlerfrei festgestellt.“ (BGH aaO.)

### III. Ergebnis

Die Voraussetzungen für eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 775 Nr. 4 ZPO liegen nicht vor. Der Schuldner muss die von ihm behauptete Befriedigung als materiell-rechtliche Einwendung im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO geltend machen.

ZPO

**Ruhendstellung der Pfändung**

ZwVollstrR

§§ 775 Nr. 4, 843

**Nicht ohne Einverständnis des Drittschuldners**

(BGH in NJW-RR 2016, 319; Beschluss vom 02.12.2015 – VII ZB 42/14)

Schließen **Gläubiger und Schuldner** im Rahmen der Zwangsvollstreckung **ohne Einverständnis des Drittschuldners** eine **Ratenzahlungsvereinbarung**, in der sich der Gläubiger gegenüber dem Schuldner verpflichtet, die Kontopfändung einstweilen auszusetzen, kommt eine **gerichtliche Anordnung gegenüber dem Drittschuldner** mit dem Inhalt, dass der Schuldner über die vom Gläubiger durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gepfändete und zur Einziehung überwiesene Forderung **vereinbarungsgemäß vorläufig** bis zu einem vom Gläubiger erklärten Widerruf oder der Zustellung einer anderweitigen Pfändung eines nachrangigen Gläubigers **verfügen kann, nicht in Betracht**.

**A. Prüfungswissen: Pfändungs- und Überweisungsbeschluss**

Wegen einer Geldforderung kann in nach §§ 828 ff. ZPO auch in Forderungen vollstreckt werden, die der Schuldner gegen Dritte hat. Hierzu sind ein Pfändungsbeschluss und ein Überweisungsbeschluss erforderlich, wobei beide meist zusammen als sog. Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ergehen (sog. PfÜB).

**I. Pfändungsbeschluss**

Zunächst ist es erforderlich, die Forderung zu beschlagnehmen und so der **Dispositionsbefugnis des Schuldners zu entziehen**. Es ist daher nach § 828 ZPO ein Pfändungsbeschluss beim Vollstreckungsgericht zu beantragen, welches nach § 828 II ZPO (Beachte: nicht § 764 II ZPO) das Gericht des allgemeinen Gerichtsstands des Schuldners ist (vgl. §§ 13-18 ZPO).

Mit der Pfändung tritt die **Verstrickung der Forderung** ein und es entsteht ein **Pfändungspfandrecht** an der Forderung

Mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner ist nach § 829 III ZPO die Pfändung bewirkt, so dass auch das **Arrestatorium** greift. Danach wird dem Drittschuldner **untersagt, auf die Forderung an den Schuldner zu zahlen**. Unabhängig von der Höhe der Forderung, wegen der vollstreckt wird, ist - vorbehaltlich einer ausdrücklich erfolgenden Teilpfändung – stets die **gesamte Forderung**, in die vollstreckt wird, von der Pfändung umfasst. Der Drittschuldner darf also auch einen die Vollstreckungsforderung übersteigenden Betrag der gepfändeten Forderung nicht an den Schuldner auszahlen.

**Zahlt der Drittschuldner trotz der Pfändung** ganz oder teilweise an den Schuldner, so hat dies nach §§ 135,136 BGB gegenüber dem Gläubiger **keine schuldbefreiende Wirkung** und er kann die Zahlung nochmals vom Drittschuldner verlangen. Mit dem Inhibitorium wird der Schuldner verpflichtet, sich **sämtlicher Verfügungen über die Forderung zu enthalten**. Er **bleibt** jedoch weiterhin **Inhaber der Forderung**.

**II. Überweisungsbeschluss**

Mit dem Pfändungsbeschluss allein ist die Forderung bislang nur „eingefroren“, eine Befriedigung der Forderung, aus der vollstreckt wird, kann allein aus dem Pfändungsbeschluss nicht erfolgen. Der Gläubiger muss sich die Forderung noch nach § 835 ZPO überweisen lassen. Nur mit einem wirksamen Überweisungsbeschluss wird er berechtigt, die **fremde Forderung seines Schuldners gegen den Drittschuldner in eigenem Namen geltend zu machen**.

Die Überweisung ersetzt nach § 836 I ZPO die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist.

Mit Erlass des Überweisungsbeschlusses ist der Drittschuldner nunmehr gehalten, die Forderung gegenüber dem Gläubiger zu erfüllen. Mit Leistung an den Gläubiger tritt für den Schuldner nach § 362 BGB **Erfüllungswirkung** ein.

### III. Pfändbarkeit

Grundsätzlich sind **alle Geldforderungen** pfändbar, außer solchen Forderungen, die auch **nicht abtretbar** sind (§ 851 ZPO).

**Unpfändbar** sind daher Ansprüche auf Zahlung des **Gewinnanteils bei der GbR** (§ 717 BGB), Ansprüche auf **Leistung von Sozialhilfe** (§ 17 I 2 SGB XII), **Pflichtteils-** und **Zugewinnausgleichsansprüche** vor Anerkenntnis oder Rechtshängigkeit (§ 852 ZPO).

### B. Keine Ruhendstellung der Pfändung ohne Einverständnis des Drittschuldners (vgl. BGH in NJW-RR 2016, 319)

**Fall:** Die Gläubigerin hat wegen einer Forderung i.H.v. 1.243,47 € einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erwirkt, mit dem die Forderungen der Schuldnerin gegen die Drittschuldnerin auf Auszahlung der zu ihren Gunsten bestehenden Guthaben der bei der Drittschuldnerin geführten Konten, insbesondere der bestehenden Spar- und Girokonten, gepfändet und der Gläubigerin zur Einziehung überwiesen worden sind. Nachdem die Gläubigerin mit der Schuldnerin eine Ratenzahlungsvereinbarung getroffen hatte, in der sie sich dieser gegenüber verpflichtet hatte, die Kontopfändung einstweilen auszusetzen, hat die Drittschuldnerin sich geweigert, dem nachzukommen.

Die Gläubigerin hat daher ergänzend beantragt, dass angeordnet werde, dass die Schuldnerin über das Girokonto bei der Drittschuldnerin verfügen könne, solange kein Widerruf von ihr oder eine weitere nachrangige Kontopfändung eines anderen Gläubigers erfolge. Die Schuldnerin hat sich diesem Antrag angeschlossen. Wird das Gericht die gewünschte Anordnung treffen?

Eine solche gerichtliche Anordnung über die Ruhendstellung der Zwangsvollstreckung aus einem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss mit der von der Gläubigerin begehrten Rechtsfolge, dass die Schuldnerin über die gepfändete und der Gläubigerin zur Einziehung überwiesene Forderung vorläufig bis zu einem von ihr erklärten Widerruf oder der Zustellung einer anderweitigen Pfändung verfügen kann, müsste rechtlich möglich sein. Allerdings ist für eine solche einstweilige Aussetzung der Pfändungswirkungen eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses eine gesetzliche Grundlage nicht gegeben.

#### I. Einstellung ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage

Aus der Dispositionsbefugnis der Gläubigerin könnte sich die Möglichkeit ergeben, auch die begehrte Anordnung anzustreben. Fraglich ist jedoch, ob dies mit der **Rechtsnatur des Zwangsvollstreckungsrechts** zu vereinbaren ist.

*„Das Zwangsvollstreckungsrecht ist als **formalisiertes Verfahrensrecht öffentlich-rechtlicher Natur** (vgl. BGHZ 70, 206 [210] = NJW 1978, 950; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., vor § 704 Rn. 24). Der Gläubiger ist allerdings grundsätzlich berechtigt, über das Vollstreckungsverfahren zu disponieren, soweit nicht zwingendes Recht entgegensteht (vgl. Zöller/Stöber, vor § 704 Rn. 19, 24; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 12. Aufl., vor § 704 Rn. 17; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 753 Rn. 9; Schuschke in Schuschke/Walker, ZPO, 5. Aufl., Einf. Rn. 10; Ehlenz/Joeres, JurBüro 2010, 62 [63]; Wieser, NJW 1988, 665 [669]). Dies bedeutet, dass der **Gläubiger grundsätzlich sowohl die Art der Vollstreckungsmaßnahme, den Gegenstand, in den vollstreckt werden soll, als auch den Zeitpunkt bestimmen kann**, zu dem die Vollstreckung gegen den Schuldner erfolgen soll, soweit nicht zwingende Pfändungsschutzvorschriften oder sonstige zwingende gesetzliche Vorschriften entgegenstehen (vgl. BGH, NJW 1991, 2295 [2296]; MüKo-ZPO/Heßler, 4. Aufl., § 753 Rn. 25, § 754 Rn. 24; Stein/Jonas/Münzberg, vor § 704 Rn. 100 m.w.N.). Der Gläubiger kann danach eine beantragte **Vollstreckungsmaßnahme inhaltlich beschränken** oder zurücknehmen, die **Aufhebung einer Vollstreckungsmaßnahme** oder die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ganz oder teilweise bewilligen oder auf die durch eine bewirkte Pfändung erlangten Rechte ganz oder teilweise **verzichten**, § 843 ZPO. Der Gläubiger ist jedoch nicht befugt, die **Rechtswirkungen** der nach dem Gesetz vorgesehenen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen **durch eine einseitige Anordnung dahin zu modifizieren**, dass unter Aufrechterhaltung der Verstrickung die sich aus dem Pfandrecht ergebenden Rechtswirkungen vorübergehend entfallen. Die in der ZPO vorgesehenen **Möglichkeiten der Beschränkung oder Einstellung der Zwangsvollstreckung** durch das Vollstreckungsgericht oder ein anderes Vollstreckungsorgan sind im Hinblick auf das streng formalisierte Zwangsvollstreckungsverfahren **als abschließend anzusehen** (vgl. Zöller/Stöber, § 775 Rn. 3; Schuschke in Schuschke/Walker, Einf. Rn. 10; Ehlenz/Joeres, JurBüro 2010, 62 [63]).“ (BGH aaO.)*

#### II. Fehlen einer Rechtsgrundlage

Der Gläubigerin geht es im vorliegenden Fall um eine **vorläufige Aussetzung der Wirkungen der Pfändung** mit dem Ziel, dass diese **im Falle eines von ihr erklärten Widerrufs** oder einer anderweitigen Pfändung der Forderung durch einen nachrangigen Gläubiger **wiederaufleben**.

„Eine solche **teilweise Aussetzung der** mit dem erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss einhergehenden **Rechtswirkungen** ist nach den Vorschriften über die Pfändung von Geldforderungen des Schuldners nicht in der Weise möglich, dass **unter Wahrung des Rangs der Gläubigerin die Pfändungswirkungen im Übrigen vorläufig entfallen**. Hierfür besteht keine gesetzliche Grundlage (vgl. Ehlenz/Joeres, JurBüro 2010, 62 [63]; LG München II, Beschl. v. 30.10.2012 – 6 T 2396/12, BeckRS 2014, 13746; a.A. Wieczorek/Schütze/Paulus, ZPO, 4. Aufl., vor § 704 ZPO Rn. 28; LG Köln, Beschl. v. 25.10.2006 – 13 T 214/06, BeckRS 2007, 65189; LG Mönchengladbach, NJOZ 2005, 3164 = JurBüro 2005, 499; LG Berlin, Rpfleger 2006, 329 [330] = BeckRS 2011, 09076). Ein einstweiliger Verzicht auf die Wirkungen des Pfandrechts ohne Aufhebung der mit der Pfändung bewirkten Verstrickung ist wegen des Zusammenhangs von Beschlagnahme und Pfandrecht ausgeschlossen (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 804 Rn. 13 a.E.; Schuschke in Schuschke/Walker, § 843 Rn. 4 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

### III. Anordnung aufgrund privatrechtlicher Vereinbarung

Möglicherweise kann die Gläubigerin aber die Anordnung einer Ruhendstellung der Pfändung mit dem beantragten Inhalt im Hinblick darauf verlangen, dass es um die **Feststellung der Wirkung einer** zwischen ihr und der Schuldnerin geschlossenen **vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarung** geht.

„Die Gläubigerin erstrebt eine Feststellung des Vollstreckungsgerichts des Inhalts, dass die zwischen ihr und der Schuldnerin geschlossene vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung von der Drittschuldnerin zu beachten ist. Für eine solche Feststellung gibt es keine gesetzliche Grundlage.

Die **Drittschuldnerin ist zur Beachtung** einer vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarung, durch die ihr Mitwirkungspflichten auferlegt werden, **nur verpflichtet**, wenn sie ihr **zugestimmt hat** (vgl. BAG, NJW 1975, 1575 [1576]; Stein/Jonas/Münzberg, vor § 704 Rn. 99; HK-ZPO/Kindl, 6. Aufl., vor §§ 704–945 Rn. 9; Suderger, Kontopfändung und P-Konto, 3. Aufl., Rn. 1208). Es kann dahinstehen, ob der Auffassung des Beschwerdeger. zu folgen ist, wonach die zwischen der Gläubigerin und der Schuldnerin getroffene vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung deswegen einen **unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter** darstellt, weil die Drittschuldnerin durch diesen verpflichtet werden sollte, die Einhaltung der zwischen der Gläubigerin und der Schuldnerin getroffenen Ratenzahlungsvereinbarung zu überwachen. Eine solche Verpflichtung ergibt sich aus der Vereinbarung zwischen der Gläubigerin und der Schuldnerin nicht mit hinreichender Deutlichkeit.

Die **Drittschuldnerin** trifft indes im vorliegenden Fall jedenfalls eine **Mitwirkungspflicht** dahingehend, dass sie bei einem Widerruf der Gläubigerin oder einer Pfändung durch einen nachrangigen Gläubiger die **Auszahlung des Kontoguthabens an die Schuldnerin einzustellen** hatte. Eine solche Mitwirkungspflicht kann der Drittschuldnerin nur mit ihrem Einverständnis auferlegt werden.“ (BGH aaO.)

Ein Einverständnis der Drittschuldnerin nicht vor, so dass die begehrte Feststellung auch nicht auf der Grundlage der getroffenen Vereinbarung in Betracht kommt.

### IV. Ergebnis

Das Gericht wird die gewünschte Anordnung nicht treffen.

(OLG Stuttgart in NStZ-RR 2016, 84; Beschluss vom 16.10.2015 – 4 Ws 338/15)

1. Der **Gerichtsstand des Ergreifungsortes** bezieht sich auf alle Taten, die vor dem Ergreifen begangen wurden und bereits **Gegenstand des durch Anklageerhebung bei Gericht anhängigen Strafverfahrens** sind, in dessen Verlauf sich der Angeschuldigte stellt, auch wenn sie nicht Gegenstand des in diesem Verfahren ergangenen Haftbefehls sind.
2. Der so begründete **Gerichtsstand bleibt so lange gültig**, bis das Strafverfahren, in dessen Zuge der Angeschuldigte ergriffen wurde, erledigt ist. Auf die **Beendigung der gerichtlichen Anhängigkeit** durch Anklagerücknahme vor Eröffnungsentscheidung kommt es nicht an.
3. Mit **erneuter Anklageerhebung** nach Rücknahme der Anklage steht der Staatsanwaltschaft der nach **wie vor begründete Gerichtsstand** des Ergreifungsortes zur Verfügung.

**A. Prüfungswissen: Die örtliche Zuständigkeit nach der StPO (vgl. Helm: Grundzüge des Strafverfahrensrechts: die örtliche und funktionelle Zuständigkeit sowie der Instanzenzug, JA 2007, 272)**

Die in den §§ 7 ff. StPO enthaltene Regelung über die örtliche Zuständigkeit, der **sog. Gerichtsstand**, entscheidet darüber, welches **Gericht im ersten Rechtszug** sich unter mehreren sachlich zuständigen Gerichten mit der Sache zu befassen hat. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich zunächst nach den Regelungen der StPO. Die örtliche gerichtliche Zuständigkeit ist **zugleich bestimmend für die örtliche Zuständigkeit der StA** (§ 143 I GVG; vgl. auch Nr. 2 I RiStBV, wonach grundsätzlich derjenige Staatsanwalt die Ermittlungen führt, in dessen Bezirk die Tat begangen ist).

Im Gegensatz zur sachlichen Zuständigkeit **prüft das Gericht**, bei dem die Anklage erhoben worden ist, die **örtliche Zuständigkeit lediglich bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens** von Amts wegen (§ 16 S. 1 StPO). Ab diesem Zeitpunkt verlangt das Gesetz eine ausdrückliche Rüge des Angeklagten, der diesen Unzuständigkeitseinwand jedoch nur bis zum Beginn seiner Vernehmung zur Sache in der Hauptverhandlung geltend machen kann (§ 16 S. 2 und 3 StPO). Versäumt der Angeklagte den rechtzeitigen Einwand, so ist er mit seiner Unzuständigkeitsrüge (§ 338 Nr. 4 StPO) auch im Revisionsrechtszug präkludiert. Es handelt sich bei der örtlichen Zuständigkeit mithin nur um eine **zeitlich befristete Prozessvoraussetzung**.

Das Gesetz kennt vornehmlich die **drei Hauptgerichtsstände**

- des **Tatortes** gem. § 7 StPO,
- des **Wohnsitzes** oder Aufenthaltsortes nach § 8 StPO und
- des **Ergreifungsortes** gem. § 9 StPO.

Als ergänzende (besondere) Gerichtsstände verdienen insbesondere der **Gerichtsstand des Zusammenhanges** nach § 13 I StPO und der **Gerichtsstand durch gerichtliche Bestimmung** gem. § 13a StPO Beachtung.

Sind gem. §§ 7 ff. StPO **mehrere Gerichte örtlich zuständig**, so steht der StA ein **Wahlrecht** zwischen den verschiedenen Gerichtsständen zu (vgl. auch § 200 I 2 StPO). Das **Verfassungsgebot des gesetzlichen Richters** aus Art. 101 I 2 GG steht dieser Wahlmöglichkeit nicht entgegen, verpflichtet die StA allerdings dazu, ihre Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen, sich also nicht von unsachlichen oder gar willkürlichen Maßstäben leiten zu lassen.

## B. Regelungsbereich des Gerichtsstands des Ergreifungsortes (vgl. OLG Stuttgart in NStZ-RR 2016, 84)

**Fall:** Mit Anklageschrift vom 26.02.2009 erhob die StA gegen die Angesch. B und A sowie die weiteren 4 Angesch. C, D, E und F Anklage zum LG Tübingen wegen des Vorwurfs des gewerbsmäßigen Bandenbetruges, versuchten gewerbsmäßigen Bandenbetruges und gemeinschaftlichen Betruges in wechselnder Beteiligung. Den Angesch. B und A wurden 18 Fälle des gewerbsmäßigen Betruges (Ziff. 1-16, 18, 19) und 2 Fälle des versuchten gewerbsmäßigen Betruges (Ziff. 17 und 20) vorgeworfen.

Im Folgenden ließ das LG die erhobene Anklage jeweils nur teilweise zu und eröffnete nur insoweit das Hauptverfahren. Im Umfang der jeweiligen Zulassung und Eröffnung erfolgten Verurteilungen aller Angekl. wegen der Taten Ziff. 18 und 19 durch Urteile vom 30.04.2009 (C und D), 20.07.2009 (B und E), 10.08.2009 (F) und 21.05.2010 (A) sowie des Angekl. F wegen der Taten Ziff. 3, 10, 11, 14, 15 durch Urteil vom 12.01.2012 und des Angekl. B wegen der Tat Ziff. 1 und des Angekl. E wegen der Taten Ziff. 2, 9, 15 durch Urteil vom 09.02.2012. Bzgl. der Tat 17 erfolgte eine verfahrenseinstellende Entscheidung gem. § 154 II StPO. Im Übrigen erfolgte noch keine Entscheidung über die Zulassung der Anklage und Eröffnung des Hauptverfahrens.

Nachdem der Angesch. B die gegen ihn im Urteil vom 20.07.2009 ausgesprochene Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 6 Monaten zur Hälfte verbüßt hatte und nach am 31.01.2010 erfolgter Reststrafaussetzung zur Bewährung auf freien Fuß kam, erließ das LG am 04.10.2010 gegen B wegen des dringenden Verdachts im Hinblick auf die Tat Ziff. 1 einen Haftbefehl, was den Angesch. dazu veranlasste, sich am 27.10.2010 dem LG Tübingen in den dortigen Räumlichkeiten selbst zu stellen, woraufhin der Haftbefehl außer Vollzug gesetzt wurde. Am 19.12.2013 erhob die StA Anklage gegen B und A wegen der Taten Ziff. 2 – 16 (B) bzw. 1 – 16 (A) unter gleichzeitiger Rücknahme der Anklage vom 26.02.2009 bzgl. derjenigen Anklagevorwürfe, bzgl. derer über die Eröffnung des Hauptverfahrens noch nicht entschieden worden war. Mit Beschluss vom 31.08.2015 erklärte das LG Tübingen sich für örtlich unzuständig. Zu Recht?

Das LG Tübingen könnte im dort auf Grund der Anklage vom 19.12.2013 anhängig gewordenen Verfahren wegen Straftaten des B als Gericht des Ergreifungsortes (§ 9 StPO) und wegen Straftaten des A als Gericht des Zusammenhangs (§ 13 I StPO) örtlich zuständig sein.

### I. Gerichtsstand des Ergreifungsortes bzgl. A

Der Angesch. B hat sich am 27.10.2010 dem LG Tübingen selbst gestellt. Die Selbstgestellung erfolgte, nachdem die mit der Anklageschrift vom 26.02.2009 angeklagten Taten Ziff. 18 und 19 gegen ihn bereits mit Urteil des LG Tübingen vom 20.07.2009 rechtskräftig abgeurteilt waren, bzgl. der übrigen angekl. Taten das Hauptverfahren noch nicht eröffnet war und wegen der Tat Ziff. 1 der Anklageschrift vom 26.02.2009 das LG Tübingen am 04.10.2010 einen Haftbefehl erlassen hatte. Fraglich ist, ob die Selbstgestellung den Gerichtsstand des § 9 StPO begründen kann

*„Es ist **anerkannt**, dass auch eine **Selbstgestellung ein „Ergreifen“ i.S.d. § 9 StPO** darstellt (Scheuten, in: KK-StPO, 7. Aufl., § 9 Rn 2). Die Ergreifung setzt nicht den Erlass eines Haftbefehls voraus und **beschränkt sich daher nicht auf eine in einem Haftbefehl genannte Tat** (BGH, NJW 1999, 1412). Sie bezieht sich auch auf Taten, die nicht Gegenstand eines Haftbefehls waren, aber vor dem Ergreifen begangen wurden (BGH, NStZ-RR 2007, 114). Dies gilt auch für eine **in einem Haftbefehl noch nicht enthaltene Tat einer nachfolgenden Anklage** (BGH, NStZ-RR 2007, 114) und muss daher umso mehr gelten, wenn die vorangegangenen Taten bereits Gegenstand des durch Anklageerhebung bei Gericht anhängigen Strafverfahrens sind, in dessen Verlauf sich der Angesch. stellt. So liegt es hier. Die Ergreifung des Angesch. B erfolgte im zum Zeitpunkt seiner Selbstgestellung anhängigen Verfahren und bezog sich daher auf alle ihm in diesem Verfahren zur Last gelegten Taten.*

*Nur für **Taten, die nach dem Ergreifen begangen** – nicht: angeklagt – wurden, begründet § 9 StPO keine örtliche Zuständigkeit mehr. Für solche Taten kann sich **im Falle einer Nachtragsanklage** dann (nur) noch über den **Zusammenhang gem. § 13 I StPO** eine Zuständigkeit ergeben, wenn die Zuständigkeit des Ergreifungsortes noch nicht erledigt ist (insoweit zutreffend: Erb, in: LK-StPO, 26. Aufl., § 9 Rn 9).“ (OLG Stuttgart aaO.)*

### II. Fortgeltung des Gerichtsstands des Ergreifungsortes bzgl. A

Die bzgl. des Angesch. B begründete Zuständigkeit des Ergreifungsortes des LG Tübingen könnte bis heute fortgelten.

*„Sie bleibt **solange bestehen**, wie das **Verfahren, wegen der Straftat(en)**, wegen der der Angesch. ergriffen wurde, **noch nicht erledigt** ist (Scheuten, § 9 Rn 2; Stöckel, in: KMR-StPO, Stand Juni 2008, § 9 Rn 6).“ (OLG Stuttgart aaO.)*

#### 1. Verfahrenserledigung durch rechtskräftige Verurteilung

Der Angesch. B wurde durch die Urteile des LG Tübingen vom 20.07.2009 und 09.02.2012 nur wegen der Taten Ziff. 1, 18 und 19 der Anklageschrift vom 26.02.2009

rechtskräftig verurteilt. Allerdings liegt wegen der Taten Ziff. 2 bis 16 noch rechtskräftige Entscheidung vor.

## 2. Verfahrenserledigung durch Rücknahme der Anklage

Allerdings hat die StA die Anklage vom 26.02.2009 zurückgenommen und am 19.12.2013 eine neue Anklage erhoben. Durch die Rücknahme der Anklage könnte Erledigung eingetreten sein.

*„Zwar ist das LG zu Recht davon ausgegangen, dass es sich bei der **Anklageschrift vom 19.12.2013** nicht nur um eine „korrigierende Fassung“ der Anklage vom 26.02.2009 handelt. Die gegenteilige Ansicht der StA wird ihrer tatsächlichen Prozesshandlung nicht gerecht. So hat sie in ihrer Anklageschrift vom 19.12.2013 ausdrücklich „die **Anklage vom 26.02.2009** bzgl. derjenigen Anklagevorwürfe **zurückgenommen**, bzgl. derer über die Eröffnung des Hauptverfahrens noch nicht entschieden wurde“. Eine von ihr möglicherweise **nur beabsichtigte Nachbesserung**, wie sie im Vermerk des ... Sachbearbeiters vom 13.11.2013 gegenüber dem Abteilungsleiter der StA anklingt, ist damit **tatsächlich nicht erfolgt** und wäre auch auf eine Anregung des Vorsitzenden des LG schon deshalb nicht (mehr) zulässig, weil die Anklage vom 26.02.2009 bereits gem. § 201 StPO mitgeteilt war (OLG Frankfurt a.M., NStZ-RR 2003, 146; OLG Nürnberg, NStZ-RR 2011, 251). Dementsprechend hatte der Vorsitzende mit seiner Mitteilung an die StA am 07.12.2012 auch nicht angeregt, die Anklage nachzubessern, sondern sie zurückzunehmen.*

*Mit der **wirksamen Anklagerücknahme** war das Verfahren der 2. Großen StrK des LG Tübingen zwar dort „erledigt“ in dem Sinne, dass die **Anklage dort nicht mehr anhängig** war. Auf die Beendigung der gerichtlichen Anhängigkeit kommt es aber nicht an. Vielmehr ist **entscheidend**, ob das **Strafverfahren insgesamt erledigt** ist. Denn der StA muss es möglich sein, bis zum Abschluss des Strafverfahrens – etwa nach Anklagerücknahme vor Eröffnung des Hauptverfahrens – von der ihr zustehenden Wahlmöglichkeit der Gerichtsstände Gebrauch machen zu können.*

*Eine **abschließende „erledigende“ Entscheidung** des mit der Rücknahme der Anklage wieder auf die StA zurückfallenden Strafverfahrens **liegt** in diesem Moment **nicht vor**. Der StA oblag es, das Strafverfahren nach Anklagerücknahme weiter zu betreiben. Hierzu stand ihr bei – vorliegend in logischer Sekunde zugleich erfolgter – Neuerhebung der Anklage der Gerichtsstand des Ergreifungsortes für die Angekl. Taten (Ziff. 2 bis 16) nach wie vor originär zur Verfügung.“ (OLG Stuttgart aaO.)*

Dies führt auch nicht dazu, dass pauschal für alle vor dem Ergreifen begangenen (und möglicherweise noch unbekannt) Taten ein Gerichtsstand nach § 9 StPO begründet würde, nur weil der Besch. irgendwann einmal im Bezirk des Gerichts ergriffen worden ist.

*„Wenn das Strafverfahren gegen B wegen der Taten Ziff. 2 bis 16 durch eine abschließende Entscheidung beendet ist, hat die im vorliegenden Strafverfahren eröffnete Zuständigkeit des Ergreifungsortes – auch für (derzeit möglicherweise noch unbekannt) Taten, die vor der Ergreifung begangen wurden – keinen Bestand mehr.“ (OLG Stuttgart aaO.)*

Da die erneute Erhebung einer Anklage an das LG Tübingen nicht offenkundig ermessensmissbräuchlich ist, ist bzgl. B dort der Gerichtsstand des Ergreifungsortes nach § 9 StPO eröffnet.

## III. Gerichtsstand des Zusammenhangs bzgl. B

Die örtliche Zuständigkeit des LG Tübingen für die Straftaten des A vermitteln sich gem. § 13 I StPO über den Zusammenhang zu den Straftaten des B.

(OLG Hamm in NStZ 2016, 183; Beschluss vom 17.08.2014 – 5 RVs 65/15)

Bei einer Verurteilung wegen Sozialleistungsbetruges müssen die tatrichterlichen Entscheidungsgründe in nachvollziehbarer Weise zu erkennen geben, dass und inwieweit auf die zu Unrecht erbrachten Leistungen nach den sozialhilferechtlichen Bestimmungen tatsächlich kein Anspruch bestand.

## A. Prüfungswissen: Anforderungen an das Strafurteil (vgl. hierzu <http://herberger.jura.uni-sb.de/ref/straiprozessrecht/Rat-20.html>)

### I. Allgemeines

Das Abfassen eines Strafurteils wird im Examen üblicherweise nicht verlangt, so dass hier nur die Grundzüge kurz angeschnitten werden. Die wichtigsten Bestimmungen enthalten §§ 260, 267, 268, 275 StPO. Das Urteil besteht aus dem "**Rubrum**" (wurde früher mit roter Tinte geschrieben) dieses enthält die Personalien des Angeklagten, Namen des Richters, Staatsanwalts, Verteidigers und des Urkundsbeamten, und den Tag der Verhandlung, dem **Tenor** (Urteilsformel mit den angewendeten Vorschriften), **Gründen** und **Unterschrift**.

Besonders auf die **Personalien des Angeklagten** und den **Tenor** ist die größte Sorgfalt zu verwenden, da das Urteil sonst u. U. nicht vollstreckbar ist. Kann z. B. nicht geklärt werden, welche Person verurteilt worden ist, besteht ein Vollstreckungshindernis.

Nach Erlass eines Urteils kann dieses nicht mehr abgeändert werden, d. h. etwaige Fehler können nur noch durch Rechtsmittel, die Wiederaufnahme oder zu Gunsten des Verurteilten im Gnadenweg beseitigt werden.

### II. Urteilsgründe

Die Urteilsgründe bei **Verurteilung** bestehen aus **fünf großen Abschnitten**:

- persönliche Verhältnisse,
- Feststellungen,
- Beweiswürdigung,
- rechtliche Würdigung und
- Strafzumessung.

Ein gutes Urteil gelingt nur, wenn der Richter nach gründlicher Vorbereitung der Sitzung in der Hauptverhandlung mit wachem Blick eine Fülle von Einzelheiten aufgenommen hat. Diese werden gedanklich geordnet dargestellt. Das Urteil soll **aus sich heraus verständlich und vollständig** sein. Bezugnahmen auf andere Schriftstücke oder Abbildungen sind nur ausnahmsweise erlaubt.

#### 1. Persönliche Verhältnisse

Die persönlichen Verhältnisse werden in der Form eines Lebenslaufs geschildert, also beginnend mit der Geburt, Familienverhältnissen, Schulbildung. Die Vorstrafen werden zeitlich geordnet in den Lebenslauf eingegliedert nebst einer kurzen Inhaltsangabe, um welche Sachverhalte es sich handelt und ev. einer kurzen Zusammenfassung der Strafzumessungsgründe. Weiter wird das Verhalten nach der Tat erwähnt.

#### 2. Feststellungen

Aus den Feststellungen ergibt sich, von welchem **Sachverhalt** das Gericht nach der Beweisaufnahme überzeugt war. Die Kunst besteht darin, **alle für die Subsumtion unter das Strafgesetz wesentlichen Umstände**, also die objektiven und subjektiven Merkmale der Tat, **mit Tatsachen auszufüllen** und alles Nebensächliche wegzulassen. Der Sachverhalt wird zeitlich geordnet geschildert, als ob ihn ein Augenzeuge erlebt hätte.



### 3. Beweiswürdigung

Die schriftlichen Urteilsgründe dienen nicht dazu, all das zu dokumentieren, was in der Hauptverhandlung an Beweisen erhoben wurde; sie sollen nicht das vom Gesetzgeber abgeschaffte Protokoll über den Inhalt von Angeklagten- und Zeugenäußerungen ersetzen, sondern das **Ergebnis der Hauptverhandlung wiedergeben** und die Nachprüfung der getroffenen Entscheidung ermöglichen.

Mit der Beweiswürdigung soll der Tatrichter - unter Berücksichtigung der Einlassung des Angeklagten - **lediglich belegen, warum** er bestimmte bedeutsame tatsächliche **Umstände so festgestellt** hat. Hierzu wird er Zeugenäußerungen, Urkunden o.ä. heranziehen, soweit deren Inhalt für die Überzeugungsbildung nach dem Ergebnis der Beratung wesentlich ist.

Bei der Beweiswürdigung empfiehlt es sich, mit der **Darstellung der Einlassung des Angeklagten** zu beginnen und sodann darzulegen, in welchen Punkten und aus welchen Überlegungen der **Einlassung nicht gefolgt** worden ist. Es sollte sich dem Leser erschließen können, warum ein Umstand in der Beweiswürdigung erörtert wird. Die Erörterung von Umständen, deren Unerheblichkeit für die Entscheidung am Ende in den Urteilsgründen selbst festgestellt wird, sollte unterbleiben. Auf diese Weise ausgedehnte Urteilsgründe bergen nur die Gefahr, widersprüchlich zu sein und den Blick auf das Wesentliche zu "verstellen"

Die **Zeugenaussagen** werden **nicht der Reihe nach** und **in ihren Einzelheiten** wiedergegeben, erforderlich ist vielmehr eine **Gesamtwürdigung**. Das Gericht soll zeigen, dass es den Fall durchdacht hat und die einzelnen Aussagen sinnvoll zusammenfügen kann.

### 4. Sonstiges

Es schließt sich die rechtliche Würdigung an. In der Strafzumessung wird die Auswahl der Sanktionen und die Höhe der gefundenen Strafe begründet. Das Urteil endet mit der Begründung der Kostenentscheidung und den Unterschriften der Berufsrichter.

## B. Anforderungen an die Urteilsgründe bei Sozialleistungsbetrug (vgl. OLG Hamm in NSTz 12016, 183)

**Fall:** Das AG verurteilte den Angekl. am 11.09.2014 wegen Betruges in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Monaten. Dem Angekl. wird zur Last gelegt, sich in zwei Fällen des Betruges zum Nachteil der Stadt Arnsberg schuldig gemacht zu haben. Zum Tatgeschehen hat die StrK folgende Feststellungen getroffen:

Der Angekl. bezog aufgrund seines am 17.10.2011 bei der Stadt Arnsberg als Sozialleistungsträgerin gestellten Antrages Arbeitslosengeld II. In der Zeit vom 01.09.2012 bis 31.10.2012 erhielt der Angekl. Nach dem Bescheid des Sozialleistungsträgers zu Unrecht Sozialleistungen in Höhe von 306,94 €. In diesem Zeitraum lebte er mit seiner Ex-Verlobten, der Zeugin T2, in einer Wohnung als Bedarfsgemeinschaft zusammen. Die Zeugin T2 arbeitete in diesem Zeitraum bei der Firma T3 GbR., H-Straße in O. Der Angekl. hatte es unterlassen, die entgeltliche Tätigkeit seiner damaligen Verlobten dem Sozialleistungsträger anzuzeigen trotz Kenntnis seiner entsprechenden Verpflichtung.

Im Zeitraum vom 01.11.2012 bis 31.01.2013 unterließ es der Angekl. wiederum entgegen der ihm bekannten Verpflichtung, der Stadt Arnsberg mitzuteilen, dass er selbst bei der vorgenannten Firma T3 geringfügig beschäftigt war. Der Angekl. erhielt so in einem Monat einen Betrag von 400,00 € als Entgelt für seine Hausmeister Tätigkeit; hätte er diese Einnahme dem Sozialleistungsträger mitgeteilt, wäre sein Arbeitslosengeld etwas gekürzt worden, so dass er nach Mitteilung des Sozialleistungsträgers 250,00 € zu Unrecht bezogen hat.

Weitere Feststellungen wurden nicht getroffen. Ist die Urteilsbegründung ausreichend?

Die Ausführungen der StrK zu den beiden Betrugstaten des Angekl. zum Nachteil der Stadt Arnsberg könnten insofern Rechtsfehler aufweisen und der Schuldspruch insoweit keinen Bestand haben. Dies wäre der Fall, wenn die Feststellungen zu diesen beiden Taten des Angekl. lückenhaft sind und deshalb seine Verurteilung wegen zweifachen Betruges nicht tragen.

## I. Anforderungen an Entscheidungsgründe bei Sozialleistungsbetrug

„Wird einem Angekl. vorgeworfen, staatliche Sozialleistungen betrügerisch erlangt zu haben, müssen die tatrichterlichen Entscheidungsgründe in nachvollziehbarer Weise zu erkennen geben, **dass und inwieweit auf die angeblich „überzahlten“ Beträge nach den sozialhilferechtlichen Bestimmungen tatsächlich kein Anspruch bestand.** Im Rahmen der getroffenen Feststellungen darf sich das erkennende Gericht dabei auch **nicht mit dem bloßen Verweis auf eine behördliche Schadensaufstellung** begnügen.

Eine Verurteilung nach § 263 StGB wegen betrügerisch erlangter öffentlicher Leistungen setzt regelmäßig voraus, dass der **Tatrichter selbst** nach den Grundsätzen der für die Leistungsbewilligung geltenden Vorschriften **geprüft hat, ob und inwieweit tatsächlich kein Anspruch auf die beantragten Leistungen bestand** (vgl. Senat Beschl. v. 15.02.2011 – 5 RVs 2/11; OLG Hamm Beschl. v. 16.05.2006 – 3 Ss 7/06, Beschl. v. 28.06.2005, StV 2005, 612; OLG Düsseldorf Beschl. v. 06.11.2000, StV 2001, 354, Beschl. v. 12.07.1991, StV 1991, 520; KG Berlin Urf. v. 18.02.2013 – (4) 1 Ss 281/12 (341/12); Fischer StGB, 62. Aufl., § 263, Rn. 141).“ (OLG Hamm aaO.)

Dementsprechend sind detaillierte Ausführungen dazu erforderlich, wie sich die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Angekl. zu den jeweiligen Tatzeitpunkten darstellten und in welcher Höhe nach den sozialhilferechtlichen Bestimmungen dann jeweils ein Anspruch auf öffentliche Leistungen bestand bzw. eine Überzahlung öffentlicher Leistungen erfolgte.

„Insoweit ist **seitens des erkennenden Gerichts selbst eine** – ggf. auch ins Einzelne gehende – **Berechnung der dem Angeklagten zustehenden öffentlichen Leistungen notwendig** (vgl. OLG Hamm Beschl. v. 16.05.2006, aaO.).“ (OLG Hamm aaO.)

## II. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils diesen Anforderungen gerecht werden. Die StrK hat lediglich festgestellt, dass der Angekl. in dem Fall Ziff. 1. aufgrund seines Antrags auf Arbeitslosengeld II in der Zeit vom 01.09.2012 bis 31.10.2012 zu Unrecht Sozialleistungen in Höhe von 306,94 € erhielt, da er in diesem Zeitraum mit der Zeugin T2 in einer Wohnung als Bedarfsgemeinschaft zusammenlebte, die einer entgeltlichen Arbeitstätigkeit nachging. Diese Arbeitstätigkeit hatte der Angekl. dem Sozialleistungsträger nicht angezeigt.

Hinsichtlich des Falles Ziff. 2. hat die StrK festgestellt, dass der Angekl. in dem Zeitraum vom 01.11.2012 bis 31.01.2013 jedenfalls 250,00 € an Sozialleistungen zu Unrecht bezog, obwohl er selbst einer geringfügigen Beschäftigung nachging und dabei in einem Monat jedenfalls einen Betrag in Höhe von 400,00 € als Entgelt erhielt. Diese Einnahme teilte er dem Sozialleistungsträger nicht mit.

„Weitere Einzelheiten, insbesondere die **Berechnung der jeweils überzahlten Beträge**, werden nicht mitgeteilt. Die **pauschale Angabe**, der Angekl. habe zu Unrecht Sozialleistungen in Höhe von 306,94 € bzw. zumindest 250,00 € bezogen, ist **nicht ausreichend**.

Vorliegend hätte es **näherer Feststellungen** bedurft, wie sich die **wirtschaftlichen Verhältnisse des Angekl. während des Tatzeitraums**, insbesondere zu den Zeitpunkten der Antragstellung, unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der mit ihm in Bedarfsgemeinschaft lebenden Person darstellten. Hiervon ausgehend wären die dem Angekl. **zustehenden öffentlichen Leistungen und damit eventuelle Überzahlungen zu berechnen** gewesen.

Insoweit sind unter Beteiligung des für die Gewährung der bezogenen öffentlichen Leistungen zuständigen Trägers, hier der Stadt Arnsberg, die **wirtschaftlichen Verhältnisse des Angekl. zu den jeweiligen Tatzeitpunkten zu ermitteln**. Hiervon ausgehend sind sodann unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der mit dem Angekl. in Bedarfsgemeinschaft lebenden Zeugin T2 die ihm bei wahrheitsgemäßer Angabe sämtlicher Fakten eigentlich **zustehenden öffentlichen Leistungen zu berechnen**. Diese Berechnungen sowie die sich daraus ergebende eventuelle Überzahlung von Leistungen in den jeweiligen Tatzeiträumen sind in nachvollziehbarer Weise im Einzelnen darzulegen.“ (OLG Hamm, aaO.)

Diesen Anforderungen wird das Urteil nicht gerecht. Die Urteilsbegründung ist und unzureichend und das Urteil aufzuheben.

1. Eine Klagebefugnis kann dann nicht auf eine Eigentumsverletzung gestützt werden, wenn sich ein **Anwendungsvorrang des einfachen Rechts** ergibt.
2. Soweit dies bei Verwaltungsakten mit Dritt- oder Doppelwirkung angenommen wird, setzt dies einen **Horizontalkonflikt von Privatpersonen** dergestalt voraus, dass eine oder mehrere Personen begünstigt und zugleich mindestens eine andere belastet wird.
3. Hiervon zu unterscheiden ist eine **parallele Belastung** einerseits des Adressaten der behördlichen Sicherstellungsanordnung als dem letzten **Gewahrsamsinhaber** und andererseits des **Eigentümers** der Geldscheine.
4. Die Sicherstellung von Bargeld zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr kommt insbesondere auch dann in Betracht, wenn das **Bargeld zur Begehung von Straftaten** verwendet werden soll, wobei sowohl die besondere zeitliche Nähe als auch ein besonders **hoher Grad an Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts** erforderlich ist. Letzteres bedingt, eine entsprechend abgesicherte Prognose, d.h. es müssen hinreichend konkrete und nachvollziehbare Tatsachen vorliegen.

**Fall:** Bei einer Polizeikontrolle wurden war bei beiden Fahrzeuginsassen ein durchgeführter Drogenwischtest positiv auf Metamphetamin/Amphetamin verlaufen. Bei der Durchsuchung des Fahrzeugs wurde hinter der Verkleidung unterhalb des Handschuhfaches ein Geldbetrag in Höhe von 59.950 € gefunden.

Bei seiner am 10.11.2014 im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gegen K. A. und S. A. durchgeführten Vernehmung als Zeuge gab der Antragsteller unter Vorlage eines Erbscheins und eines notariellen Kaufvertrags über eine Eigentumswohnung vom 28.08.2014 an, dass er einen Kaufpreisanteil in Höhe von 72.000 € aus dem Verkauf der geerbten Eigentumswohnung zusammen mit seinem langjährigen Bekannten Herrn K. A. bei der Bank abgeholt und das Geld K. A. zur Aufbewahrung und zum Wechseln der 500-€-Banknoten übergeben habe.

Mit gegenüber Herrn K. A. und S. A. ergangenen gleichlautenden Verfügungen jeweils vom 02.02.2015 stellte das Zollfahndungsamt M. das bei diesen festgestellte Bargeld in Höhe von 59.950 € gemäß § 32b Zollfahndungsdienstgesetz (ZFdG) zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr sicher und ordnete gleichzeitig die sofortige Vollziehung der Sicherstellungsverfügung gemäß § 80 II 1 Nr. 4 VwGO an. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, es bestehe die unmittelbar bevorstehende Gefahr, dass das Vorhaben, mit dem Geld in der Betäubungsmittel zu erwerben, umgesetzt und somit die Begehung einer Straftat ermöglicht werde. Diese Prognose beruhe auf den widersprüchlichen Angaben der Beschuldigten K. A. und S. A., dem bei den beiden durchgeführten positiven Drogenwischtest, den polizeilichen Erkenntnissen beim versuchten Wechseln einer falschen 500-€-Banknote durch K. A. und den Antragsteller im September 2014, sowie den polizeilichen Erkenntnissen bezüglich K. A. und des Antragstellers jeweils wegen Besitzes bzw. Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz. Das Zollfahndungsamt sei der Überzeugung, dass das versteckte Bargeld einem möglichen Lieferanten der Betäubungsmittel gezeigt werden sollte, um ein konkretes Geschäft bezüglich der Lieferung von Rauschgift zu verabreden.

Den gegen diese Sicherstellungsverfügungen am 02.03.2015 beim Zollfahndungsamt M. eingelegten Widerspruch des Antragstellers wies das Zollkriminalamt mit Widerspruchsbescheid vom 07.04.2015 zurück, weil der Widerspruch mangels Widerspruchsbefugnis des Antragstellers entsprechend § 42 II VwGO unzulässig sei.

1. Ist der Antragsteller widerspruchsbefugt?
2. Ist die Sicherstellungsverfügung rechtmäßig?

### I. Widerspruchsbefugnis des Antragstellers

Analog § 42 II VwGO, der auch im Widerspruchsverfahren gilt, muss der Antragsteller geltend machen können, durch die angefochtene und sofort vollziehbar erklärte Sicherstellungsverfügung in seinen Rechten verletzt zu sein.

Bei belastenden Verwaltungsakt kommt diese Befugnis nach Art. 2 I GG jedenfalls im **Adressaten** zu, da bei diesem niemals ausgeschlossen werden kann, dass er durch die in seine Rechte eingreifende Maßnahme verletzt wird. Im vorliegenden Fall ist jedoch nicht der Antragsteller der Adressat der Sicherstellungsverfügung, sondern nur K. A. und S. A.

Die Klagebefugnis bestimmt sich in einem solchen Fall nach der **Möglichkeitstheorie**. Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO ist danach anzunehmen, wenn nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist, dass der Antragsteller sich auf ein subjektiv öffentliches Recht berufen kann und die Sicherstellungsverfügung rechtswidrig sein kann.

Er muss also geltend machen können, möglicherweise in seinen Grundrechten oder einer ihn schützenden einfachgesetzlichen Norm verletzt zu sein. Eine rein faktisch ermittelte „Betroffenheit“ genügt insoweit nicht (vgl. Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: 73. EL 2014, Art. 19 IV Rn. 120).

## 1. Einfachgesetzliches subjektiv-öffentliches Recht

Ein subjektiv-öffentliches Recht ist anzunehmen, wenn eine öffentliche-rechtliche Norm, die vorrangig öffentlichen Interessen dient, auch dazu bestimmt ist, die Interessen Einzelner zu schützen.

Handlungsgrundlage ist hier § 32b I ZFdG. Fraglich ist, ob sich hieraus für den Antragsteller ein subjektiv-öffentliches Recht ergeben kann.

*„Dem Verwaltungsgericht ist auch darin zuzustimmen, dass § 32b I ZFdG als Rechtsgrundlage der streitbefangenen Sicherstellungsverfügungen nach seinem Regelungsinhalt ausschließlich der Gefahrenabwehr und damit dem (primär) öffentlichen Interesse dient und ein darüber hinausgehender Schutzzweck zu Gunsten der Individualinteressen insbesondere des Eigentümers der Sache weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der Vorschrift zu entnehmen ist.“* (VGH München aaO.)

## 2.. Berufung auf Grundrechte

Allerdings könnte die Sicherstellungsverfügung den Antragsteller in seinem Grundrecht der Eigentumsfreiheit (Art. 14 I GG) verletzen.

### a) Anwendungsvorrang des einfachen Rechts

Allerdings könnte der Berufung auf Art. 14 I GG der der Anwendungsvorrang des einfachen Rechts entgegenstehen. Dies wird in der **Literatur bei Verwaltungsakten mit Doppel- oder Drittwirkung** (Happ in Eyermann, aaO., § 42 Rn. 90) angenommen. Unabhängig davon, ob dieser Ansatz zu überzeugen vermag, liegt aber schon kein Verwaltungsakt mit Doppel- oder Drittwirkung vor, dass dieser Ansatz ohnehin nicht anwendbar ist. Ein solcher Verwaltungsakt liegt vor, wenn der **Verwaltungsakt eine oder mehrere Personen begünstigt und zugleich mindestens eine andere belastet** (vgl. dazu Happ, aaO., § 42 Rn. 90 und Schmidt in Eyermann, aaO., § 80a Rn. 4; Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 15. Aufl. 2014, § 50 Rn. 13 ff.), sich also dabei **zwei prinzipiell gleichberechtigte Private** (im Baurecht der Bauherr und der Nachbar) im Horizontalverhältnis gegenüberstehen (vgl. Wahl/Schütz in Schoch/Schneider/Bier, aaO., § 42 II Rn. 110).

*„Treffen in einem derartigen **Horizontalkonflikt von Privatpersonen** zwei grundrechtlich geschützte Rechtspositionen aufeinander, so obliegt es dem einfachen Gesetzgeber, eine sachgerechte ausgleichende Lösung des Konflikts zu finden und Art und Umfang des (Dritt-)Schutzes zu bestimmen (Happ in Eyermann, aaO., § 42 Rn. 90). Letzteres begründet den ... hier angesprochenen Anwendungsvorrang des einfachen Rechts bei Drittklagen wie typischerweise im Baurecht. Vorliegend ist die Rechtsschutzsituation aber dadurch gekennzeichnet, dass durch die Sicherstellung, also die behördliche Inbesitznahme einer (fremden) Sache (hier: des Bargelds) und Begründung eines (neuen) amtlichen Gewahrsams (durch Verwahrung, s. § 32b II ZFdG in Verbindung mit § 48 BPolG) unter Ausschluss anderer Personen von der Einwirkungsmöglichkeit (vgl. Rachor in Lischen/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, E Rn. 667 f.; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 158 m.w.N.) eine **parallele Belastung einerseits der Adressaten der behördlichen Sicherstellungsanordnung** (als den letzten Gewahrsamsinhabern) und **andererseits des Antragstellers als dem (behaupteten) Eigentümer der Geldscheine** erfolgt und der Antragsteller sich deshalb gegen die behördliche Belastung der Adressaten wendet (zu derartigen Fallkonstellationen vgl. Wahl/Schütz, aaO., Rn. 335 f.).*

*Es handelt sich insofern auch **nicht nur um eine bloß faktisch ermittelte Betroffenheit**, weil eine Sicherstellung – wie dargelegt – gerade den Ausschluss anderer Personen und damit zwangsläufig auch des Eigentümers (soweit dieser nicht ohnehin der von der Sicherstellung betroffene letzte Gewahrsamsinhaber ist) von der Einwirkungsmöglichkeit auf die in hoheitlicher Sachherrschaft befindliche Sache bezweckt. Es handelt sich damit **gerade nicht um einen Nachteil oder eine Belastung, der bzw. die außerhalb des Erfolges liegt**, den die Behörde mit dem Verwaltungsakt gemäß seinem Inhalt angestrebt hat (vgl. BVerwG, Urt. v. 09.08.1983 – 1 C 38/79, NVwZ 1984, 514/515 zur möglichen Verletzung von Grundrechten bei bloßen faktischen Auswirkungen hoheitlichen Handelns). Dafür spricht im Übrigen auch, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der Sicherstellung, Verwahrung und Verwertung gemäß § 32b ZFdG in Verbindung mit §§ 48 bis 50 BPolG durchaus die Rechte des Eigentümers und anderer Personen, denen ein Recht an der Sache zusteht, in den Blick genommen und diesbezüglich z.B. verfahrensrechtliche Rechte und Pflichten normiert hat (s. § 32b II ZFdG in Verbindung mit § 48 II 3, § 49 II BPolG).“* (VGH München aaO.)

Es stellt sich also die Frage, ob davon ausgegangen werden kann, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung einer Eingriffsgrundlage, die den Adressaten wie einen Dritten belastet, in Ausformung des Grundrechts der Eigentumsfreiheit (s. Art. 14 I 2 und II GG) die dem **Eigentümer** im Zusammenhang mit einer Sicherstellung **zustehenden Pflichten und Befugnisse** bzw. subjektiven Rechte **einfachgesetzlich abschließend geregelt**, weshalb ein Rückgriff auf Art. 14 I GG als subjektives öffentliches Recht im Sinne von § 42 II VwGO bzw. Art. 19 IV GG ausscheidet.

„[Der] vom Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang angeführte **Herausgabeanspruch des Berechtigten** nach § 32b II ZFdG in Verbindung mit § 50 I BPolG setzt das **nachträgliche Rechtswidrigwerden der Sicherstellung** voraus und betrifft insbesondere nicht den Fall, bei dem die Sicherstellung der Sache **von Anfang an rechtswidrig** war (vgl. Schenke in Schenke/ Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, Kommentar, § 50 BPolG Rn. 2 und 4). Dass sich der Eigentümer der sichergestellten Sache, der nicht der von der Sicherstellung betroffene letzte Gewahrsamsinhaber ist, insoweit nicht auf eine rechtswidrige Beeinträchtigung seines Grundrechts aus Art. 14 I GG berufen können soll, lässt sich (auch) daraus nicht überzeugend herleiten.“ (VGH München aaO.)

## b) Mögliche Verletzung eines subjektiv-öffentliches Rechts

Mangels Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts auszugehen kann sich der Antragsteller auf Art. 14 I GG berufen. Es ist auch nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise auszuschließen, dass die Sicherstellungsverfügung rechtswidrig ist. Die Widerspruchsbefugnis ist damit gegeben.

## II. Rechtmäßigkeit der Sicherstellungsverfügungen

### 1. Rechtmäßigkeitsanforderungen

„Rechtsgrundlage für diese Anordnungen ist § 32b I ZFdG. Danach können die Behörden des Zollfahndungsdienstes (hier nach § 1 I ZFdG das zuständige Zollfahndungsamt) im Zuständigkeitsbereich der Zollverwaltung, wozu gemäß § 24 II ZFdG unter anderem auch die **Verhütung von Straftaten** gehört, eine Sache sicherstellen, um eine **gegenwärtige Gefahr abzuwehren**. Dass **auch Bargeld** (Banknoten, Münzen) als bewegliche Sache bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen präventiv sichergestellt werden kann, ist in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt (vgl. z.B. BayVGh, Beschl. v. 06.02.2014 – 10 CS 14.47 – juris Rn. 15 m.w.N.; OVG Bremen, Ur. v. 24.06.2014 – 1 A 255/12 – juris Ls. 1). Die Sicherstellung von Bargeld zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr kommt insbesondere auch dann in Betracht, wenn das **Bargeld zur Begehung von Straftaten verwendet** werden soll, wobei sowohl die besondere zeitliche Nähe als auch ein **besonders hoher Grad an Wahrscheinlichkeit** des Schadenseintritts erforderlich ist. Letzteres bedingt, wovon das Verwaltungsgericht zutreffend ausgegangen ist, eine **entsprechend abgesicherte Prognose**, d.h. es müssen hinreichend konkrete und nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte (BayVGh, Beschl. v. 19.11.2010 – 10 ZB 10.1707 – juris Rn. 19) dafür vorliegen, dass das Geld unmittelbar oder in aller nächster Zeit zur Vorbereitung oder Begehung von Straftaten verwendet werden wird; ein bloßer Gefahrenverdacht oder bloße Vermutungen reichen dafür nicht; allerdings gilt ein mit zunehmendem Ausmaß des möglichen Schadens abgesenkter Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts (vgl. z.B. OVG Bremen, Ur. v. 24.06.2014 – 1 A 255/12 – juris Rn. 25; NdsOVG, Ur. v. 07.03.2013 – 11 LB 438/10 – juris Rn. 36).“ (VGH München aaO.)

### 2. Anwendung auf den Fall

Hier wurde die gegenwärtige Gefahr angenommen, dass das sichergestellte Geld im Fall einer Herausgabe unmittelbar zur Begehung von Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz (hier: Erwerb von Betäubungsmitteln) verwendet werden wird.

„Als **hinreichend konkrete und nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte** für diese Gefahrenprognose durften dabei ohne Rechtsfehler insbesondere der hohe und im kontrollierten Pkw hinter der Verkleidung unter dem Handschuhfach **versteckte Geldbetrag**, die drogenszenetypische Stückelung der Geldscheine (im Wesentlichen in 50-€-Scheine), der bei beiden Fahrzeuginsassen durchgeführte **positive Drogenwischtest** auf Metamphetamin/Amphetamin, die widersprüchlichen und nicht plausiblen Angaben sowohl von K. A. und S. A. (Fahrzeuginsassen) als auch von dem als Zeugen vernommenen Antragsteller zur Herkunft, zur Stückelung des Geldbetrags, zum Aufbewahrungsort im Fahrzeug und zum beabsichtigten Verwendungszweck des Geldes, vor allem aber auch die vielfachen Erkenntnisse aus strafrechtlichen Ermittlungen gegen K. A., dessen Freundin D. N. und den Antragsteller wegen Betäubungsmitteldelikten) gewertet werden. Die **auf kriminalistischer Erfahrung beruhende Einschätzung** bzw. Bewertung des Zollfahndungsamtes, das sichergestellte Bargeld sei in die Tschechische Republik verbracht worden, um es dem möglichen tschechischen Lieferanten der Betäubungsmittel zu zeigen (sog. Vorzeigegeld) und um eine konkrete Rauschgiftlieferung zu verabreden sowie auf diese Weise das Risiko des Rauschgifttransports mit dem eigenen Fahrzeug zu minimieren, ist **nach alledem besonders naheliegend**. Anhaltspunkte dafür, dass die Sicherstellung des Geldes unverhältnismäßig oder sonst ermessensfehlerhaft (s. § 40 VwVfG) wäre, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.“ (VGH München aaO.)

Die Sicherstellungsverfügungen waren damit rechtmäßig.

(OVG Bremen in NVwZ-RR 2016, 227; Urteil vom 19.11.2015 – 1 B 349/14)

1. **Zuständig** für eine Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung nach dem Vereinsgesetz ist das **Verwaltungsgericht**, in dessen Bezirk die Maßnahme durchgeführt werden soll.
2. Die **Durchsuchung zum Zwecke des Auffindens von Beweismitteln** (§ 4 II i.V.m. § 4 IV 2 VereinsG) setzt nicht nur voraus, dass hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Durchsuchung auch im Auffinden von Beweismitteln führen wird, sondern als weitere ungeschriebene Voraussetzung, dass **hinreichende Anhaltspunkte** dafür bestehen, dass der **Verdacht für das Vorliegen von vereinsrechtlichen Verbotgründen** besteht.
3. Die **Durchsuchung zum Zwecke der Vermögensbeschlagnahme** (§ 10 II 5 VereinsG) ist eine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung. Sie setzt ein **sofort vollziehbares Vereinsverbot** voraus.
4. Die Beschlagnahme von Gegenständen, die als Beweismittel von Bedeutung sein können (§ 4 II i.V.m. § 4 IV 1 VereinsG) unterliegt einem vollen Richtervorbehalt.
5. Erfolgt eine Beschlagnahmeanordnung zugleich mit einer Durchsuchungsanordnung, also zu einem Zeitpunkt, in dem die konkreten Beschlagnahmegegenstände noch nicht feststehen, so sind hohe Anforderungen an die Bestimmtheit der Anordnung zu stellen.
6. Der Richtervorbehalt setzt voraus, dass der Vereinsbehörde **kein „Beschlagnahmeblankett“** ausgestellt wird. Ordnet das Gericht die Beschlagnahme von Gegenständen an, bevor diese in staatlichen Gewahrsam genommen worden sind, so muss es diese **Gegenstände so genau bezeichnen**, dass **kein vernünftiger Zweifel** darüber entstehen kann, ob sie von der Beschlagnahmeanordnung erfasst sind.

**Fall:** Gegen den Bf., der Mitglied ein einem verbotenen Verein war, wurde am 03.12.2014 vom VG eine Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung erlassen. Diese diene dem Auffinden von Beweismitteln sowie der Vermögensbeschlagnahme, die mit dem Vereinsverbot ausgesprochen worden war. Hiergegen hat der Bf. Beschwerde erhoben und nach übereinstimmender Erledigungserklärung beantragt festzustellen, dass die Nach beiderseitiger Erledigungserklärung beantragt der Bf. festzustellen, dass die Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung des VG vom 03.12.2014 rechtswidrig gewesen ist. Trifft dies zu?

Die Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung ist rechtswidrig, wenn ihr eine Rechtsgrundlage fehlte oder deren Voraussetzungen nicht gegeben waren. Die Durchsuchungsanordnung diene einem doppelten Zweck: Zum einen diene sie dem Auffinden von Beweismitteln, zum anderen der Vermögensbeschlagnahme.

## I. Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung zum Auffinden von Beweismitteln

### 1. Rechtsgrundlage

Hinsichtlich des Auffindens von Beweismitteln kann nach § 4 II i.V.m. § 4 IV 2 VereinsG eine Durchsuchungsanordnung durch das VG ergehen, in dessen Bezirk die Handlung vorzunehmen ist.

### 2. Voraussetzungen für eine Durchsuchungsanordnung zum Auffinden von Beweismitteln

Bestehen **hinreichende Anhaltspunkte** dafür, dass eine Durchsuchung zur **Auffindung von Beweismitteln** führen wird, die im vereinsrechtlichen Verbotverfahren von Bedeutung sein können, so **kann das VG die Durchsuchung der Räume eines Vereinsmitglieds anordnen**.

*„Weitere ungeschriebene Voraussetzung ist, dass hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Verdacht für das Vorliegen von vereinsrechtlichen Verbotgründen besteht (Beschluss des OVG Bremen, NVwZ-RR 2012, 64).“ (OVG Bremen aaO.)*

### 3. Vorliegen der Voraussetzungen

„Der Bf. war Mitglied des mit Verfügung des Senators für Inneres und Sport vom 21.11.2014 verbotenen Vereins „Ku & Fa Verein e. V.“. Nach der **für sofort vollziehbar erklärten Verbotsverfügung** richtete sich der Verein gegen die verfassungsmäßige Ordnung und gegen den Gedanken der Völkerverständigung, indem er den organisatorischen Rahmen bot für eine gezielte Radikalisierung zu einer besonders extremistischen Ausprägung des Salafismus. Die **Verbotsverfügung ist bestandskräftig geworden**. Nach den Erkenntnissen des Landeskriminalamts wurde der Bf. am 07.11.2014 in den Vorstand dieses Vereins gewählt. Der Bf. bestreitet letztlich weder seine Mitgliedschaft in dem Verein noch seine herausgehobene Stellung. Im Rahmen des Vollzugs der hier streitgegenständlichen Durchsuchungsanordnung hat er ausweislich des Durchsuchungsberichts vom 05.12.2014 gegenüber den vor Ort anwesenden Polizeibeamten erklärt, er habe keinerlei Vereinsunterlagen zu Hause. Er sei auch „noch“ gar nicht „Emir“ des Vereins. Die offizielle Ernennung sollte noch erfolgen. Mit seiner Beschwerde macht der Bf. nur geltend, bei der **Durchsuchung** handele es sich um eine **Ausforschungsmaßnahme**. Es habe an Anhaltspunkten dafür gefehlt, dass bei ihm zu Hause Beweismittel aufzufinden gewesen wären. Dies überzeugt nicht. Angesichts der **Einbindung des Bf. in den Verein** bestanden **hinreichende Anhaltspunkte** dafür, dass eine Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen würde. Darüber hinaus bestanden auch hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen von vereinsrechtlichen Verbotgründen. Auf die umfangreiche Begründung der bestandskräftigen Verbotsverfügung wird insoweit Bezug genommen.“ (OVG Bremen aaO.)

Es bestanden daher angesichts der bereits bestandskräftigen Verbotsverfügung mehr als Anhaltspunkte für das Vorliegen von Verbotgründen und es gab auch hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Durchsuchung zum Auffinden von Beweismitteln führen würde. Die Durchsuchungsanordnung hinsichtlich des Auffindens von Beweismitteln war daher rechtmäßig.

## II. Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung zur Beschlagnahme von Vermögen

### 1. Rechtsgrundlage

Mit dem Verbot eines Vereins ist nach § 3 II Nr. 2 VereinsG in der Regel die Beschlagnahme des Vereinsvermögens verbunden, die auch hier erfolgt ist. Zur Durchsetzung dieser **Vermögensbeschlagnahme** kann das VG nach § 10 II 5 VereinsG, in dessen Bezirk die Handlungen vorzunehmen ist, die Durchsuchung von Wohnungen und die Sicherstellung von Gegenständen anordnen.

### 2. Voraussetzungen für eine Durchsuchungsanordnung zur Durchsetzung der Vermögensbeschlagnahme

Als Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung setzt diese Anordnung ein sofort vollziehbares Vereinsverbot voraus.

### 3. Vorliegen der Voraussetzungen

„Diese Voraussetzung liegt hier vor. Nach der Rechtsprechung des Senats hat sich die Prüfung des VG angesichts der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 I GG insoweit maßgeblich auf die **Verhältnismäßigkeit der beantragten Durchsuchung** sowie die **Plausibilität der dargelegten Verbotgründe** zu erstrecken (näher OVG Bremen, NordÖR 2013, 534 = BeckRS 2013, 56423). Dies begegnet vorliegend keinen Bedenken. Auf die Ausführungen im Rahmen der Durchsuchung zum Zwecke des Auffindens von Beweismitteln wird insoweit verwiesen.“ (OVG Bremen aaO.)

Die Durchsuchungsanordnung zum Zwecke der Vermögensbeschlagnahme ist daher ebenfalls rechtmäßig.

## III. Rechtmäßigkeit der Beschlagnahmeanordnung

### 1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Beschlagnahme von Gegenständen, die als Beweismittel von Bedeutung sein können, ist § 4 II i.V.m. § 4 IV 1 VereinsG.

### 2. Voraussetzungen für eine Beschlagnahmeanordnung

#### a) Richtervorbehalt

Die Beschlagnahme unterliegt insoweit **im vollen Umfang dem Richtervorbehalt**.

„Dies unterscheidet eine solche **Beschlagnahme im vereinsrechtlichen Ermittlungsverfahren** von einer Vermögensbeschlagnahme nach § 10 VereinsG, die nur im Hinblick auf eine Postbeschlagnahme dem Richtervorbehalt unterliegt (§ 10 II 5 VereinsG).“ (OVG Bremen aaO.)

## b) Bestimmtheit

Hier wurde die Beschlagnahmeanordnung sogleich mit der Durchsuchungsanordnung verbunden, obwohl zu diesem Zeitpunkt noch nicht feststand, welche gegebenenfalls beweis erheblichen Gegenstände in der Wohnung des Bf. aufgefunden werden.

*„Eine solche frühzeitige Beschlagnahmeanordnung steht in einem Spannungsverhältnis zu ihrer **hinreichenden Bestimmtheit**. Der Richtervorbehalt setzt voraus, dass der Vereinsbehörde **kein „Beschlagnahmeblankett“** ausgestellt wird (Groh in Nomos-Kommentar zum Vereinsgesetz, 1. Aufl. 2012, § 4 VereinsG Rn. 11 f.). Ordnet das Gericht die Beschlagnahme von Gegenständen an, bevor diese in staatlichen Gewahrsam genommen worden sind, so muss es diese **Gegenstände so genau bezeichnen**, dass **kein vernünftiger Zweifel** darüber entstehen kann, ob sie von der Beschlagnahmeanordnung erfasst sind (vgl. nur OVG Lüneburg, NdsVBI 2011, S. 54 ff. = BeckRS 2010, 55461 m.w.N.). Die **entgegenstehende Rechtsprechung des OVG Münster**, auf die die Ast. sich in ihrem Antrag bezogen hat, **wurde inzwischen aufgegeben** (Beschl. v. 30.01.2009 – 5 E 1492/08, BeckRS 2016, 40829 veröffentlicht unter [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de)).“* (OVG Bremen aaO.)

## 3. Vorliegen der Voraussetzungen

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen hier vorliegen und die frühzeitige Beschlagnahmeanordnung im Hinblick auf die von ihr erfassten Gegenstände hinreichend bestimmt ist.

*„Die Beschlagnahmeanordnung ist noch hinreichend bestimmt. Sie bezieht sich **allein auf eine Beweismitelbeschlagnahme** nach § 4 VereinsG. Die **Gegenstände** sind in ihr **so genau bezeichnet**, dass **kein vernünftiger Zweifel** über den Umfang der Beschlagnahme aufkommen konnte. Das VG hat die Beschlagnahmeanordnung zunächst **auf Vereinsunterlagen beschränkt** und insoweit regelhaft („insbesondere“) **konkrete Arten von Schriftstücken bezeichnet**.*

*Soweit das VG darüber hinaus die Beschlagnahme **aller vorhandenen Computer und digitalen Speichermedien** angeordnet hat, ist diese Anordnung ebenfalls hinreichend bestimmt. Der Tenor bedarf insoweit allerdings der Auslegung. Aus dem weiteren Verfahrensablauf und dem Vortrag der Bet. ergibt sich, dass diese Anordnung nicht in dem Sinne verstanden wurde, dass die Vereinsbehörde diese Geräte „endgültig“, d.h. jedenfalls bis zum – gegebenenfalls rechtskräftigen – Abschluss des vereinsrechtlichen Verbotsverfahrens, behalten durfte, was aus Gründen der Verhältnismäßigkeit Bedenken hervorrufen könnte. Mit der „Beschlagnahme“ der Computer sollte die Behörde ersichtlich dazu ermächtigt werden, die **Gerätschaften zum Zwecke der Durchsicht mitzunehmen**. So haben die Bet. die Anordnung zutreffend verstanden. Die Geräte sind **nach Auswertung an den Bf. zurückgegeben** worden. Strafprozessual entspricht ein solches Vorgehen § 110 StPO, den § 4 IV 4 VereinsG für entsprechend anwendbar erklärt. Zu der **Durchsicht von Datenbeständen** ist in den letzten Jahren eine **ausdifferenzierte verfassungsgerichtliche Rechtsprechung** ergangen (vgl. insbesondere BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917 und BVerfGE 124, 43 = NJW 2009, 2431). Dass diese Vorgaben hier nicht eingehalten wurden, macht der Bf. nicht geltend. Hierfür ist auch sonst nichts ersichtlich.*

*Ob eine solche „Wegnahme“ **zum Zwecke der Durchsicht** dem Richtervorbehalt nach § 4 II VereinsG für Beschlagnahmen unterliegt oder – parallel zum Strafprozessrecht – zwischen einer „vorläufigen Sicherstellung“ zum Zwecke der Durchsicht nach § 110 StPO, die materiell als Teil der Durchsuchung angesehen wird und insoweit dem Richtervorbehalt unterliegt und einer „endgültigen Beschlagnahme“ zu unterscheiden ist (vgl. nur Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 110 Rn. 10 sowie BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917 und BVerfGE 124, 43 = NJW 2009, 2431; für eine Übertragbarkeit auf das Vereinsrecht z.B. OVG Münster, Beschl. v. 30.01.2009 – 5 E 1492/08, BeckRS 2016, 40829), kann für den vorliegenden Fall, in dem dem **Richtervorbehalt jedenfalls Genüge getan** ist, dahinstehen.“* (OVG Bremen aaO.)

Die Beschlagnahmeanordnung ist rechtmäßig. Der Antrag des Bf. damit insgesamt unbegründet.



Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 233

**Versagung der Deckungszusage  
Kein Wiedereinsetzungsgrund**

ZivilVerfR

(BGH in MDR 2016, 175; Beschluss vom 24.11.2015 – VI ZR 567/15)

Es begründet **keinen Hinderungsgrund** i.S.d. § 233 ZPO, wenn die unterlegene Partei deshalb kein Rechtsmittel eingelegt hat, weil ihre Rechtsschutzversicherung die Erteilung einer **Deckungszusage (zunächst) abgelehnt** hat und die Partei das **Kostenrisiko nicht tragen** wollte.

**Fall:** Der die Berufung der Klägerin gegen das klagabweisende Urteil des LG zurückweisende Beschluss des OLG ist dem zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 11.08.2015 zugestellt worden. Mit am 01.10.2015 eingegangenem Schriftsatz hat der am BGH zugelassene Rechtsanwalt Dr. X. für die Klägerin Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt und Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde beantragt. Er hat geltend gemacht, die Rechtsschutzversicherung der Klägerin habe trotz seines am selben Tag per Telefax übersandten Schriftsatzes v. 11.09.2015 die Erteilung einer Deckungszusage für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren abgelehnt. Aus diesem Grund habe er die Nichtzulassungsbeschwerde nicht eingelegt. Erst mit am 17.09.2015 bei ihm eingegangenen Schreiben v. 15.09.2015 habe die Rechtsschutzversicherung Kostenschutz gewährt. Wird die Wiedereinsetzung gewährt werden?

*„Der Wiedereinsetzungsantrag der Klägerin ist unbegründet. Die Klägerin hat weder dargetan noch glaubhaft gemacht, dass sie verhindert war, die Frist zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde einzuhalten (§§ 233, 236 II 1 ZPO). Die Klägerin hat nach ihrem eigenen Vortrag innerhalb der Frist deshalb keine Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt, weil sie das **Verfahren nur unter der Voraussetzung** durchführen wollte, dass ihre Rechtsschutzversicherung eine **Deckungszusage erteilt**, und letztere dies abgelehnt hatte.*

*Die Klägerin hat **nicht geltend gemacht, wegen Mittellosigkeit nicht in der Lage gewesen zu sein**, das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren auf eigene Kosten durchzuführen. Sie hat insbesondere keinen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe eingereicht (vgl. dazu BGH v. 16.12.1997 – VI ZB 48/97, NJW 1998, 1230, 1231; Beschl. v. 04.10.1990 – IV ZB 5/90 – Rn. 8, MDR 1991, 324 f. = NJW 1991, 109; v. 21.02.2002 – IX ZA 10/01 – Rn. 3, MDR 2002, 774 = NJW 2002, 2180). Bei dieser Sachlage kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Klägerin nur deshalb keine Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt hat, weil sie das **Kostenrisiko nicht tragen wollte**. Dies begründet aber keinen Hinderungsgrund i.S.d. § 233 ZPO.“* (BGH aaO.)

ZPO  
§ 851c

**Pfändungsschutz bei Lebensversicherung  
Umwandlungsverlangen**

ZwVollstrR

(BGH in Rpfleger 2016, 110; Urteil vom 22.07.2015 – IV ZR 223/15)

1. § 167 VVG schafft **kein Gestaltungsrecht**, sondern gibt dem Versicherungsnehmer nur einen Anspruch darauf, die Lebensversicherung in eine Versicherung umzuwandeln, welche die Kriterien des § 851c I ZPO erfüllt.
2. Pfändungsschutz nach § 851c ZPO besteht auch bei einem **Umwandlungsverlangen** eines Versicherungsnehmers gemäß § 167 VVG erst dann, wenn sämtliche der in § 851c ZPO geregelten Voraussetzungen im Zeitpunkt der Pfändung vorliegen.

**Fall:** Die am 13.05.1970 geborene Klägerin schloss 1996 mit der Beklagten einen Rentenversicherungsvertrag auf ihr Leben. Danach stand ihr erstmals ab dem 01.12.2027 ein Anspruch auf eine monatliche, lebenslange Altersrente zu. Die Versicherungsperiode betrug einen Kalendermonat.

Die Klägerin beantragte, ein Insolvenzverfahren über ihr Vermögen zu eröffnen. Anschließend bat sie die Beklagte mit Telefax vom 05.03.2012, 9.54 Uhr, den bestehenden Versicherungsvertrag unter Ausübung ihres Wahlrechts in eine pfändungsgeschützte Rentenversicherung umzuwandeln. Zugleich erklärte sie in diesem Schreiben, in Ausübung ihres Wahlrechts hiermit unwiderruflich auf die Kapitalisierung der Versicherung zu verzichten. Mit Beschluss vom 06.03.2012, 16.00 Uhr, bestellte das Insolvenzgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter und ordnete gemäß § 21 II Nr. 2 InsO an, dass Verfügungen der Klägerin über ihr Vermögen nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind. Dieser Beschluss ging der Beklagten am 08.03.2012 zu. Eine Umwandlung der Versicherung unterblieb.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Klägerin am 02.05.2012 kündigte der Insolvenzverwalter mit Schreiben vom 31.07.2013 den Versicherungsvertrag. Mit Schreiben vom 23.08.2013 teilte die Beklagte der Klägerin auf deren Nachfrage mit, dass eine Anpassung des Vertrags zeitlich nicht möglich gewesen sei und deshalb der Kündigung des Insolvenzverwalters nicht widersprochen werden könne. Die Beklagte zahlte deshalb den Rückkaufswert der Versicherung an den Insolvenzverwalter aus.

Im Rechtsstreit hat die Klägerin verlangt, die Beklagte zu verurteilen, ihr unter Fortführung des Versicherungsvertrags als pfändungsgeschützten Vertrag gemäß § 851c ZPO einen Tarif anzubieten, der den in § 851c I ZPO genannten Anforderungen entspricht.

*„Die Klägerin kann von der Beklagten **nicht mehr verlangen**, den bei der Beklagten geführten Versicherungsvertrag in einen pfändungsgeschützten Vertrag nach § 851c I ZPO **umzuwandeln**. Die **Versicherung ist aufgrund der Kündigung des Insolvenzverwalters erloschen**.*

Die **Kündigung** des Insolvenzverwalters vom 31.07.2013 war **wirksam**. Denn die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis war gemäß § 80 InsO auf den Insolvenzverwalter übergegangen. Die **Lebensversicherung war pfändbar und unterlag damit dem Insolvenzbeschlagnahme**. § 851c I ZPO greift zum Zeitpunkt des Insolvenzbeschlagnahmes nicht ein. Das **Umwandlungsverlangen** der Klägerin vom 05.03.2012 **allein führt nicht zum Pfändungsschutz**.“ (BGH aaO.)

ZPO  
§ 487 Nr. 2

**Selbstständiges Beweisverfahren**  
**Bezeichnung der Beweistatsachen im Antrag**

ZivilVerfR

(BGH in NJW-RR 2016, 63; Beschluss vom 10.11.2015 – VI ZB 11/15)

Das geforderte **minimale Maß an Substanziierung** hinsichtlich der gem. § 487 Nr. 2 ZPO zu bezeichnenden Beweistatsachen ist jedenfalls dann **nicht erreicht**, wenn der Antragsteller in **lediglich formelhafter und pauschaler Weise Tatsachenbehauptungen aufstellt**, ohne diese zu dem zu Grunde liegenden Sachverhalt in Beziehung zu setzen.

**Fall:** Die Ast. begehrte im selbstständigen Beweisverfahren die Begutachtung von elf im Zeitraum vom 15.09.2009 – 07.03.2013 durchgeführten Operationen ihres rechten Knies. Zu jeder dieser 11 Operationen stellte sie zahlreiche Fragen, womit sich nach den Ausführungen des BeschwGer. insgesamt 374 Beweisfragen ergaben, die ihrerseits auch allgemein gehaltene Gesichtspunkte beinhalteten wie z.B. die Frage, ob Allergien gegen Prothesen üblich sind. Der Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens ist als unzulässig zurückgewiesen worden. Zu Recht?

„[Das] BeschwGer. hat zu Recht angenommen, dass der auf ein selbstständiges Beweisverfahren gerichtete Antrag jedenfalls deshalb unzulässig ist, weil die Ast. die Tatsachen, über die Beweis erhoben werden soll, nicht bezeichnet hat, § 487 Nr. 2 ZPO.

In einem selbstständigen Beweisverfahren bestimmt der Antragsteller durch seinen Antrag auf Einleitung dieses Verfahrens den **Gegenstand der Beweisaufnahme** und die **Beweismittel** in eigener Verantwortung (BGH, NJW 2000, 960 [961]). Die Tatsachen, über die Beweis erhoben werden soll, bestimmen den Umfang der Beweisergebnisse, die nach § 493 ZPO später vor dem ProzessGer. verwertet werden können.

Auch wenn man berücksichtigt, dass sich aus dem besonderen Charakter des selbstständigen Beweisverfahrens und dem mit ihm verfolgten Zweck, einen **Rechtsstreit zu vermeiden**, möglicherweise niedrigere Anforderungen an die Darlegungslast ergeben und deshalb die **Angabe der Beweistatsachen in groben Zügen** ausreichen soll, ist jedenfalls ein **Minimum an Substanziierung** in Bezug auf die Beweistatsachen zu fordern. Nur so ist der Verfahrensgegenstand zweifelsfrei abgrenzbar und hat der Sachverständige eine Grundlage für die ihm übertragene Tätigkeit (vgl. Senat, NJW-RR 2010, 946 = VersR 2010, 133 Rn. 10; BAG, EzA § 485 ZPO 2002 Nr. 1 Rn. 28). Daher sind die Beweistatsachen i.S.v. § 487 Nr. 2 ZPO jedenfalls dann nicht ausreichend bezeichnet, wenn der Antragsteller in **lediglich formelhafter und pauschaler Weise Tatsachenbehauptungen aufstellt**, ohne diese zu dem zu Grunde liegenden Sachverhalt in Beziehung zu setzen. So liegt es indes hier. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)

GVG  
§§ 17a II 1, 73

**Rechtsweg bei Wohnungsdurchsuchungen**  
**Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung**

StrafverfR

(OLG Düsseldorf in MDR 2016, 234; Beschluss vom 27.10.2015 – I-3 Wx 254/15)

Über die mit der Beschwerde verfolgte nachträgliche Feststellung, dass die amtsgerichtliche Anordnung der Durchsuchung einer Wohnung und der Beschlagnahme der darin gehaltenen Hunde rechtswidrig war, hat nicht der FG-Senat des OLG, sondern die zuständige Strafkammer des LG zu entscheiden, wenn die Durchsuchung nach dem Gesamteindruck darauf gerichtet war, eine strafbare Handlung oder Ordnungswidrigkeit zu erforschen oder zu ver-

„Die Zuständigkeit des OLG Düsseldorf folgt entgegen der von der Strafkammer des LG Mönchengladbach vertretenen Auffassung nicht aus den §§ 24 Nr. 13 OBG NW, 42 I 3 PolG NW, 119 I Nr. 1 lit. b) GVG. Anders, als die Strafkammer meint, ist das Beschwerdeverfahren gem. §§ 58 ff., 62 FamFG, für das das OLG gem. § 119 I Nr. 1 lit. b) GVG sachlich zuständig ist, vorliegend nicht eröffnet, da sich das Rechtsmittel der Beschwerdeführerin **nicht** gegen eine im ersten Rechtszug ergangene Endentscheidung in einer **Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit** richtet. Zwar bestimmt § 42 I 3 PolG NW, dass sich das Verfahren bei der polizeirechtlichen Durchsuchung von Wohnungen nach den Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit richtet. ... Gleichwohl ist eine Zuständigkeit des OLG nicht gegeben, da die Durchsuchung der Wohnung der Beschwerdeführerin nicht auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr, sondern im **Bereich der Strafrechtspflege** erfolgt ist, ...

Die Durchsuchung einer Wohnung ist eine **doppelfunktionale Maßnahme**, die sowohl der **Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten als auch dem präventiven Schutz bedrohter Rechtsgüter** dienen kann. Welches dieser Ziele im Einzelfall mit einer Durchsuchung verfolgt wird, lässt sich anhand einer isolierten Betrachtung der Durchsuchungsmaßnahme als solcher regelmäßig nicht eindeutig feststellen, da sie ihrem äußeren Erscheinungsbild nach neutral ist (vgl. Denninger/Rachor, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012, Abschnitt D Rn. 192 m.w.N.). Vielmehr unterliegt die Frage, ob die Polizei oder die zuständige Ordnungsbehörde bei der Durchsuchung einer Wohnung zur Gefahrenabwehr oder auf dem Gebiet der Strafrechtspflege tätig geworden ist, einer **funktionellen Betrachtungsweise** (vgl. OVG Berlin NJW 1971, 637; OVG NW v. 29.10.1979 – VI B 21/79, NJW 1980, 855). ...

Soweit der Grund des ordnungsbehördlichen oder polizeilichen Einschreitens dem davon Betroffenen nicht bereits unmittelbar von den durchführenden Beamten genannt wird, ist für die **Abgrenzung der polizeilichen Standardmaßnahme von der strafprozessualen Eingriffsbefugnis** darüber hinaus maßgeblich, wie sich der konkrete Sachverhalt einem verständigen Bürger in der Lage des Betroffenen **bei natürlicher Betrachtungsweise darstellt**. Hierzu muss der Sachverhalt im Allgemeinen einheitlich betrachtet werden, soweit nicht einzelne Teile objektiv abtrennbar sind. Eine Durchsuchung, die nach dem mithin entscheidenden Gesamteindruck (vgl. Kne-meyer, Franz-Ludwig: „Polizei- und Ordnungsrecht“, 11. Aufl., 2007, S. 83 f. Rn. 192) darauf gerichtet ist, eine strafbare Handlung oder eine Ordnungswidrigkeit zu erforschen oder sonst zu verfolgen, **verliert ihren strafprozessualen Charakter nicht etwa schon deshalb**, weil damit **möglicherweise zugleich auch künftigen Verletzungen der öffentlichen Sicherheit vorgebeugt** wird (vgl. dazu grundlegend: BVerwG NJW 1975, 893; VGH Mannheim NVwZ-RR 1989, 412 f.).

Nach diesen Grundsätzen war die **Durchsuchung der Wohnung der Beschwerdeführerin** eine solche nach den Vorschriften der **Strafprozessordnung**. Zwar ist dem LG zuzugeben, dass der Durchsuchungsbefehl des AG Mönchengladbach als Rechtsgrundlagen

die §§ 14, 24 Nr. 13 OBG NW, 42 I 2 PolG NW angibt. Eine Subsumtion unter die polizei- und ordnungsrechtlichen Voraussetzungen der Durchsuchungsanordnung ist der angefochtenen Entscheidung indessen nicht zu entnehmen. Vielmehr fehlt es der Begründung des Durchsuchungsbefehls an jeglicher Auseinandersetzung mit den Tatbeständen der §§ 24 Nr. 13 OBG NW, 41 I PolG NW, die alternativ erfüllt sein müssen, um eine polizei- oder ordnungsrechtliche Durchsuchungsanordnung zu rechtfertigen.

So hätte es im vorliegenden Fall insbesondere nahe gelegen, eine **polizei- oder ordnungsrechtliche Durchsuchung** entweder zur **Sicherstellung einer Sache zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr** (§§ 24 Nr. 13 OBG NW, 41 I Nr. 1, 43 Nr. 1 PolG NW) oder zur **Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Sachen von bedeutendem Wert** (§§ 24 Nr. 13 OBG NW, 41 I Nr. 4 PolG NW), anzuordnen. Hierzu verhält sich die Begründung des Durchsuchungsbefehls des AG Mönchengladbach indessen genauso wenig wie zu den übrigen Voraussetzungen, unter denen eine polizeiliche oder ordnungsbehördliche Durchsuchung gem. §§ 24 Nr. 13 OBG NW, 41 ff. PolG NW vorgenommen werden darf. Stattdessen wird der Durchsuchungsbefehl damit begründet, dass aufgrund **zeugenschaftlicher Hinweise** von einem Verstoß der Beschwerdeführerin gegen das ihr **auf der Grundlage des § 16a I 2 Nr. 3 TierSchG auferlegte Haltungs- und Betreuungsverbot** für Hunde auszugehen sei. Damit stützt sich die Begründung für den amtsgerichtlichen Durchsuchungsbefehl aber auf den Verdacht einer Ordnungswidrigkeit nach § 18 I Nr. 20a TierSchG, der daher auch explizit erwähnt wird.“ (OLG Düsseldorf aaO.)

StPO  
§§ 206a, 264, 200 I, 203

### Wahlfeststellung und prozessualer Tatbegriff Anforderungen an Anklageschrift

StrafverfR

(OLG Köln in StV 2016, 218; Beschluss vom 30.10.2015 – 1 RVs 204/15)

1. Eine Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage im Wege **echter ungleichartiger Wahlfeststellung** setzt voraus, dass **beide Sachverhaltsalternativen Gegenstand des Verfahrens** sind.
2. Wahlfeststellung zwischen einer angeklagten und einer nicht angeklagten verfahrensrechtlich selbstständigen Tat ist nicht zulässig.
3. **Mangelt** es der Anklage schon an der **Darstellung des Sachverhalts zu einem der alternativ in Frage kommenden Delikte** und ist dieses vom Eröffnungsbeschluss nicht umfasst, so besteht ein Verfahrenshindernis.
4. Die Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens nach § 206a I StPO trifft das Revisionsgericht insoweit selbst.

„Eine Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage im Wege der echten ungleichartigen Wahlfeststellung setzt voraus, dass beide Sachverhaltsalternativen Gegenstand des Verfahrens sind, § 264 I StPO. Dazu wäre die Erfassung lediglich einer Sachverhaltsalternative – vorliegend: des Diebstahls – in der Anklage nur ausreichend, wenn beide Sachverhaltsvarianten eine prozessuale Tat i. S. d. § 264 I StPO bildeten.

Wahlfeststellung zwischen einer angeklagten und einer nicht angeklagten verfahrensrechtlich selbstständigen Tat ist nicht zulässig (BGHSt 32, 146 = StV 1984, 98). Nach der Rspr. des BGH können zwar Diebstahl und Hehlerei eine Tat im verfahrensrechtlichen Sinne bilden mit der Folge, dass der in der Anklage nach Objekt, Ort und Zeit der Handlung konkretisierte Diebstahl Grundlage einer Verurteilung wegen Hehlerei bleibt (BGH NStZ 1999, 363 [BGH 11.03.1999 - 4 StR 526/98] [523]; Meyer-Goßner, StPO, 58. Aufl., § 264 Rn. 2a; vgl. auch schon BGHSt 35, 60 [65] [= StV 1988, 53]; 35, 86 [88] [= StV 1988, 196]; 35, 172 [174] [= StV 1988, 252]); ebenso verhält es sich auch umgekehrt. Das gilt aber nur dann, wenn Diebstahl und Hehlerei nach Tatzeit, Tatort, Tatobjekt und Tatbild einen einheitlichen geschichtlichen Vorgang bilden (vgl. hierzu BGHSt 36, 151 [154] [= StV 1990, 341]), so dass nach Auffassung des täglichen Lebens eine Aufspaltung in zwei Taten unnatürlich wäre, so etwa bei der Aufteilung der Beute sogleich nach der Tat in Tatortnähe (BGH NStZ 1999, 363 [BGH 11.03.1999 - 4 StR 526/98] [364]; Meyer-Goßner aaO.).

Mangelt es somit der Anklage schon an der Darstellung des Sachverhalts zu einem der beiden alternativ in Frage kommenden Delikte, nämlich hier an der Erfassung der Hehlerei, und ist dieses vom Eröffnungsbeschl. nicht umfasst, so besteht ein Verfahrenshindernis und eine wahlweise Verurteilung hätte nicht erfolgen dürfen (BGHSt 32, 146 = StV 1984, 98). Es bedarf insoweit keiner weiteren Ausführungen, dass die diesbezüglichen Feststellungen [...] auch nicht von einer rechtsfehlerfreien Beweisgrundlage getragen sind.

Der Senat trifft die Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens nach § 206a I StPO als Revisionsgericht selbst (vgl. BGHSt 24, 208; 32, 275 [290]; BGH NStZ 1986, 279; ebenso auch schon SenE v. 20.05.2005 – 8 Ss 66/05, v. 09.08.2005 – 8 Ss 34/05 und v. 12.01.2007 – 83 Ss 109/06; gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschrift im Rechtsmittelverfahren bei bereits vor [Hervorhebung im Original] Erlass des angefochtenen Ur. eingetretenem Verfahrenshindernis: Meyer-Goßner aaO., § 206a Rn. 6 f., m.w.N.). [...]“ (BGH aaO.)

StPO  
§§ 172 III, 314 I, 344 II

### Unterzeichnung der Berufungsschrift Handschriftlichkeit nicht zwingend erforderlich

StrafVerfR

(OLG Nürnberg in BeckRS 2016, 01220; Beschluss vom 09.11.2015 – 2 Ws 633/15)

1. Die **handschriftliche Unterzeichnung** der Berufungsschrift ist für die Wahrung der Schriftform (§ 314 I StPO) **nicht unbedingt erforderlich**.
2. Die Frage, ob es sich um eine wirksame Berufung oder lediglich um einen Entwurf handelt, hat das Berufungsgericht **umfassend** und nicht nur allein anhand des in der Rechtsmittelfrist eingereichten Berufungsschreibens **zu prüfen**.

**Fall:** Das Amtsgericht Kehlheim hat den Angeklagten am 12.05.2015 wegen der in dem Strafbefehl des Amtsgerichts Kehlheim vom 20.03.2015 bezeichneten Nötigung mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs mit Körperverletzung und mit Beleidigung in zwei tateinheitlichen Fällen zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 30,00 € verurteilt und dem Angeklagten für die Dauer von drei Monaten verboten, Kraftfahrzeuge jeder Art im Straßenverkehr zu führen.

Mit Schreiben vom 13.05.2015, eingegangen per Fax am 15.05.2015, hat die Staatsanwaltschaft Regensburg Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts Kehlheim vom 12.05.2015 eingelegt. Im Original ist die Berufung der Staatsanwaltschaft am 20.05.2015 bei Gericht eingegangen. Beide Schreiben waren nicht unterschrieben, sondern lediglich mit „Gez. K... Staatsanwältin“ gezeichnet.

Mit Verfügung vom 13.08.2015 wies das Landgericht Regensburg unter Verweis auf die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Dresden vom 13.02.2014 (StraF 2014, 163) und des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 01.10.2014 (NStZ-RR 2015, 19) darauf hin, dass vorliegend Bedenken bestünden, ob die vorgeschriebene Schriftform nach § 314 I StPO eingehalten sei.

Die Staatsanwaltschaft Regensburg gab hierzu mit Verfügung vom 01.09.2015 eine Stellungnahme ab. Die fehlende Unterschrift schade nicht, da aus dem Schreiben durch dessen „Zeichnung“ ersichtlich sei, wer die Berufung eingelegt habe. Ist die Berufung wirksam eingelegt?

„Das Landgericht hatte ... **umfassend zu prüfen**, ob bei Ablauf der Rechtsmittelfrist das Rechtsmittel tatsächlich wirksam erhoben wurde. Vorliegend hätte das Landgericht damit prüfen müssen, ob das mit Fax eingegangene Berufungsschreiben auch **mit Willen der Staatsanwältin, die das Schreiben gefertigt hat, versandt** wurde und es sich nicht nur um einen aus Versehen in den Rechtsverkehr gebrachten Entwurf handelte. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass die entsprechenden Tatsachen bereits bei Ablauf der Rechtsmittelfrist hätten vorliegen müssen. Nach **Fristablauf wäre eine Genehmigung der Berufungseinlegung** durch den Vorgesetzten oder eine Zustimmung zu der allein von der Geschäftsstelle vorgenommenen Versendung der Berufung **nicht mehr möglich**.

Im vorliegenden Verfahren ist die Berufung, was sich aus der entsprechenden, später zu den Akten gelangten staatsanwaltschaftlichen Verfügung vom 13.05.2015 und der mit dem Beglaubigungsvermerk vom 15.05.2015 versehenen Berufungsschrift vom 15.05.2015 ergibt, **willentlich in den Rechtsverkehr gelangt**. Die Berufung war somit wirksam erhoben worden.“ (OLG Nürnberg aaO.)

VwGO  
§ 42 II

## Klage gegen Nichtheranziehung zu Wehrübungen Keine Klagebefugnis wegen Feststellung der Dienstleistungsunfähigkeit

ÖR

(BVerwG in NVwZ-RR 2016, 108; Urteil vom 28.10.2015 – 2 C 23.14)

Die Heranziehung früherer Berufssoldaten zu Dienstleistungen (hier: zu einer Wehrübung) **dient allein dem öffentlichen Interesse** an einer optimalen Personalbedarfsdeckung der Bundeswehr; sie ist nicht dazu bestimmt, privaten Interessen früherer Berufssoldaten zu dienen. Für die Klage eines Reservisten gegen die Feststellung seiner Dienstleistungsunfähigkeit **fehlt** daher die **Klagebefugnis**.

**Fall:** Der 1959 geborene Kl. stand als Berufssoldat, zuletzt im Dienstgrad eines Oberstabsfeldwebels (Besoldungsgruppe A 9 BBesO), im Dienst der Bkl. Im Jahr 2012 trat er in den Ruhestand, weil er die allgemeine Altersgrenze für Berufssoldaten erreicht hatte. Nachdem in der truppenärztlichen Entlassungsbegutachtung eine Verwendungsfähigkeit als Reservist (T 6) bescheinigt worden war, beorderte die Bkl. den Kl. auf einen Dienstposten in der Personalreserve. Einige Monate später teilte das Kreiswehrrersatzamt dem Kl. mit, dass er nicht dienstfähig sei und nicht zu Dienstleistungen herangezogen werde. Die anlässlich einer bevorstehenden Wehrdienstübung vorgenommene Überprüfung der truppenärztlichen Einstufung durch den ärztlichen Dienst der Wehrrersatzbehörde, bei der auch vom Truppenarzt nicht berücksichtigte medizinische Stellungnahmen einbezogen worden seien, habe zur Feststellung der fehlenden Dienstfähigkeit geführt. Den hiergegen erhobenen Widerspruch wies das Bundesamt für Personalmanagement der Bundeswehr zurück. Auf Grund einer nachträglich beim Kreiswehrrersatzamt durchgeführten Überprüfungsuntersuchung und der hierauf gestützten Stellungnahme des ärztlichen Dienstes müsse der Kl. als nicht dienstfähig beurteilt werden. Die abweichende Einschätzung in einigen vom Kl. eingereichten privatärztlichen Stellungnahmen stehe dem nicht entgegen. Allein der Musterungsarzt verfüge über ausreichende Kenntnis im Hinblick auf die wehrmedizinischen Anforderungen; im Übrigen sei die Feststellung der Dienstunfähigkeit nicht auf die konkrete bei einer Wehrübung in Aussicht genommene Tätigkeit im Innendienst bezogen. Ist die Klage zulässig?

### I. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage

Der Kl. begehrt die Aufhebung der Feststellung seiner Dienstunfähigkeit.

„Dieser Bescheid, der seine Rechtsgrundlage in § 73 S. 3 i.V.m. § 71 S. 5 SG findet, hat Regelungscharakter, weil er darauf gerichtet ist, den Kl. von der Heranziehung zu Dienstleistungen (§ 64 SG) und der Dienstleistungsüberwachung (§ 77 II Nr. 1 SG) auszunehmen (vgl. BVerwGE 58, 37 [38 f.] = NJW 1979, 2116 für die Wehrdienstunfähigkeit). Weitere Rechtsfolgen ergeben sich aus der Feststellung für den Kl. dagegen nicht, weil er bereits wegen Überschreitung der Altersgrenze in den Ruhestand getreten ist (vgl. § 44 I 1 SG). Die Feststellung betrifft für frühere Berufssoldaten daher nur die „Dienstleistungsunfähigkeit“ (vgl. Walz/Eichen/Sohm, Soldatengesetz, 2. Aufl. 2010, § 64 Rn. 4).“ (BVerwG aaO.)

### II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Nach § 42 II VwGO setzt die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage voraus, dass der Kl. durch den angegriffenen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt sein kann.

#### 1. Anwendbarkeit der Adressatentheorie

„Diese Möglichkeit ist für den **Adressaten eines belastenden Verwaltungsakts** grundsätzlich gegeben, weil ein unrechtmäßiger staatlicher Freiheitseingriff **jedenfalls die in Art. 2 I GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit** beeinträchtigen kann (vgl. BVerfGE 108, 186 [208] = NVwZ 2003, 1241 = NJW 2003, 3468 Ls.; sowie BVerwGE 79, 118 = NJW 1988, 2752 = NVwZ 1988, 1018 Ls.). Die Feststellung seiner Dienstleistungsunfähigkeit enthält aber **keine den Kl. belastende Wirkung**. Die „Dienstleistungspflicht“ (Überschrift des Vierten Abschnitts des SG) stellt eine rechtliche Verpflichtung des früheren Berufssoldaten dar; die Einräumung einer subjektiven Begünstigung ist hiermit nicht bezweckt.

Die **Dienstleistungspflicht** ist im Soldatengesetz – in bewusster Anlehnung an die Regelungen des Wehrpflichtgesetzes (BT-Drs. 15/4485 S. 28) – **als Verpflichtung ausgestaltet**. Durch die Feststellung der Dienstleistungsunfähigkeit wird der frühere Berufssoldat **von dieser Pflichtenstellung befreit**: er darf nicht mehr zu Dienstleistungen herangezogen werden

und unterliegt nicht mehr der Dienstleistungsüberwachung. Eine belastende Wirkung enthält die Regelung daher nicht.“ (BVerwG aaO.)

Die Adressatentheorie ist daher nicht anwendbar.

## 2. Klagebefugnis nach der Möglichkeitstheorie

Der Kläger ist daher nur klagebefugt, wenn er geltend machen kann, dass eine Verletzung in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint. Ein subjektiv-öffentliches Recht liegt vor, wenn eine öffentlich-rechtliche Norm nicht nur öffentlichen Interessen dient, sondern auch dazu bestimmt ist, private Interessen zu schützen.

„Die in § 59 I 1 SG vorgesehene Verpflichtung früherer Berufssoldaten ist auch **nicht dazu bestimmt**, den **privaten Interessen der Inpflichtgenommenen zu dienen**. Die Möglichkeit der Verletzung in eigenen Rechten ist daher ausgeschlossen, weil der Kl. sein Begehren nicht auf eine Norm stützen kann, die ihm einen subjektiven Anspruch gegen einen Träger öffentlicher Gewalt verleiht (st. Rspr., vgl. zuletzt etwa BVerwGE 151, 138 = NVwZ 2015, 1223 Rn. 14).

Für die **Heranziehung zur Wehrpflicht** ist in ständiger Rechtsprechung des BVerwG entschieden, dass die Verpflichtung zum Wehrdienst **allein dem öffentlichen Interesse** an einer optimalen Personalbedarfsdeckung der Bundeswehr und nicht zugleich auch privaten Interessen der Wehrpflichtigen dient (vgl. BVerwGE 92, 153 [157] = NJW 1993, 2065 = NVwZ 1993, 899 Ls. und BVerwG, Buchholz 448.0 § 48 WPflG Nr. 3 S. 3 = BeckRS 2003, 23128 m.w.N.).

**Entsprechendes** gilt für die **Heranziehung früherer Berufssoldaten** in besonderer Weise. Ihre fortwirkende Heranziehung wird vom Gesetzgeber für erforderlich gehalten, um die während ihres Dienstverhältnisses als Soldat vermittelten Kenntnisse und Erfahrungen zu aktualisieren und in Übung zu halten (vgl. BT-Drs. 11/6906 S. 12 und 16).“ (BVerwG aaO.)

Der Kläger ist daher auch nach der Möglichkeitstheorie nicht klagebefugt.

VerfGHG NRW  
§ 44 I

### Auftragsbefugnis im Organstreitverfahren Substantiierung der behaupteten Rechtsverletzung

VerwaltProzR

(VerfGH NRW in NWVBI 2016, 105; Beschluss vom 30.06.2015 – VerfGH 25/13)

Auch im **Organstreitverfahren** trifft den Antragsteller gem. § 18 I 2 VerfGHG NRW eine Pflicht zur **Substantiierung der behaupteten Rechtsverletzung**. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass eine Verletzung oder unmittelbare Gefährdung solcher Rechte **schlüssig dargestellt** ist und nach dem Vortrag möglich, d.h. nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint.

**Fall:** Die Antragsteller zu 1. bis 19. (Abgeordnete des Landtags Nordrhein-Westfalen) und die Antragstellerin zu 20. (eine im Landtag Nordrhein-Westfalen vertretene Fraktion) wenden sich gegen Art. 1 Nr. 10 lit. a) cc) und Art. 1 Nr. 22 lit. b) aa) des Gesetzes zur Neuausrichtung des Verfassungsschutzes in Nordrhein-Westfalen vom 21.06.2013 (GV. NRW. S. 367), mit denen § 8 I des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen (VSG NRW) um Sätze 2 und 3 ergänzt und § 26 II 1 VSG NRW geändert wurde. Sie beanstanden, dass § 8 I S. 2, 3 VSG NRW das freie Mandat der Antragsteller zu 1. bis 19. und § 26 II 1 Alt. 1 VSG NRW das freie Mandat des Antragstellers zu 5., der Mitglied des Innenausschusses ist, sowie das Recht auf Teilhabe und Gleichbehandlung der Antragstellerin zu 20. verletzen.

„§ 44 I VerfGHG NRW bestimmt, dass ein Antrag im **Organstreitverfahren** nur zulässig ist, wenn der Antragsteller geltend macht, dass er oder das Organ, dem er angehört, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners **in seinen ihm durch die Verfassung übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet** ist. Im Antrag ist die Maßnahme oder Unterlassung, durch die der Antragsgegner gegen die Verfassung verstoßen haben soll, näher darzulegen (§ 44 II VerfGHG NRW). Außerdem trifft den Antragsteller gemäß § 18 I 2 VerfGHG NRW eine Pflicht zur Substantiierung der behaupteten Rechtsverletzung. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass eine Verletzung oder unmittelbare Gefährdung solcher Rechte schlüssig dargelegt ist und nach dem Vortrag möglich, d. h. nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint (vgl. VerfGH NRW, OVG 48, 306, 307 = juris Rn. 40; 54, 289, 299 = juris Rn. 91; BVerfGE 134, 141, Rn. 161).“ (VerfGH NRW aaO.)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Steenbuck:** Die Rechte der Käufer von Fahrzeugen mit überhöhten Abgaswerten (in: MDR 2016, 185)

Der Skandal um manipulierte Abgasmessungen bei Volkswagen (VW) geht seit Monaten durch die Medien und zieht weitere Kreise. Im Fokus stehen vor allem Autos des Volkswagen Konzerns. Der folgende Beitrag erläutert, welche zivilrechtlichen Rechte der Käufer möglicherweise gegen Verkäufer und Hersteller geltend machen kann.

2. **Luther:** Vom Ende der Schlüsselgewalt (in: FamRZ 2016, 271)

In einem Beschluss vom 24.04.2013 hat der BGH entschieden, dass die Mitverpflichtung eines Ehegatten aus einem vom anderen Gatten geschlossenen Energielieferungsvertrag für die Ehwohnung nicht ohne Weiteres mit der Trennung und dem Auszug aus der Wohnung endet. Ein Energielieferant könne den aus § 1357 I 2 BGB mitverpflichteten Ehegatten deshalb auch für die Bezahlung von Lieferungen in Anspruch nehmen, die nach seinem Auszug aus der Wohnung erfolgten. Zur Begründung hat der BGH sich auf die herrschende Rechtsauffassung berufen, wonach die Mitverpflichtung aus einem der Bedarfsdeckung dienenden Bezugsvertrag nicht endet, wenn Eheleute sich nach Vertragsschluss trennen. Die Entscheidung fordert Widerspruch heraus, weil die Mitverpflichtung des anderen Ehegatten eine Unterhaltsgemeinschaft voraussetzt, § 1357 III BGB. Fraglich ist deshalb, ob und wieso der andere Ehegatte im Falle von Bezugsverträgen für Zahlungsverpflichtungen eintreten soll, die erst nach der Trennung entstehen. Möglicherweise scheitert seine Mitverpflichtung in diesen Fällen daran, dass sich „aus den Umständen etwas anderes ergibt“, § 1357 I 2 BGB a. E. Die Auslegung dieses Ausschlussbestandes ist schwierig, weil Zwecke und Bezüge der Norm uneindeutig und widersprüchlich sind.

3. **Lauber-Rönsberg:** Das Recht am eigenen Bild in sozialen Netzwerken (in: NJW 2016, 744)

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, wann die Veröffentlichung von Personenbildnissen in sozialen Netzwerken eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild darstellt. Soziale Netzwerke sind mittlerweile zu einem alltäglichen Kommunikationsmittel geworden. Die größte Netzwerkplattform Facebook hat in Deutschland mehr als 25 Millionen Nutzer; weltweit sind es mehr als 1,36 Milliarden Nutzer. Soziale Netzwerke erleichtern die Teilhabe am öffentlichen Diskurs, indem sie eine Kommunikationsform zwischen interpersonaler Kommunikation und Massenmedien schaffen mit der Folge, dass die Grenzen zwischen Privatheit und Öffentlichkeit verschwimmen. Zu Diskussionen führt aktuell nicht nur die Nutzung sozialer Netzwerke für rassistische und fremdenfeindliche Posts im Zuge der Debatte um die Flüchtlingspolitik; nach wie vor ergeben sich durch die neuen Kommunikationsformen auch Herausforderungen für den Schutz der Privatsphäre, die in diesem Beitrag im Hinblick auf das Recht am eigenen Bild untersucht werden.

### II. Strafrecht

1. **Oesterle:** Das Gewahrsamerfordernis des § 97 II 1 StPO: Eine einfachgesetzliche Begründung eines gewahrsamsunabhängigen Beschlagnahmeverbots für anwaltliche Unterlagen (in: StV 2016, 118)

Der Gesetzgeber erkennt mit § 97 StPO im Grundsatz an, dass allein die Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 52, 53 StPO nicht ausreichen, um das notwendige Vertrauensverhältnis innerhalb verschiedener persönlicher und beruflicher Beziehungen zu garantieren und normiert in § 97 StPO ergänzend ein entsprechendes Beschlagnahmeverbot für schriftlich niedergelegtes Wissen aus diesen Beziehungen. Der so bewirkte Umgehungsschutz ist gleichwohl in vielerlei Hinsicht unvollständig. Der Autor legt dar, dass § 97 StPO richtigerweise auch solche Unterlagen der Beschlagnahme entzieht, welche sich im Gewahrsam des Beschuldigten befinden.

2. **Meyer:** Die Zustellungsvollmacht im Strafprozessrecht (in: NStZ 2016, 76)

Neben der unmittelbaren Übersendung von Schriftstücken an den Beschuldigten kennt das Strafprozessrecht auch die Möglichkeit der Einschaltung eines Zustell(ungs)bevollmächtigten. Dies vermag insbesondere dann die Durchführung des Strafverfahrens zu erleichtern bzw. sicherzustellen, wenn die postalische Übermittlung an den Beschuldigten selbst mit erhöhtem Aufwand oder Schwierigkeiten behaftet ist. Mit Wirksamkeitsvoraussetzungen und Reichweite sowie Anwendungsbereichen der Zustellungsvollmacht im Strafprozess befasst sich der nachfolgende Beitrag.

### III. Öffentliches Recht

- 1. Stelkens/Wabnitz:** Pietät, Totenfürsorge, Totenruhe und postmortales Persönlichkeitsrecht in der neueren Rechtsprechung zum Friedhofs- und Bestattungsrecht (in: WiVerw 2016, 11)  
Der Beitrag stellt die neuere Rechtsprechung zum Friedhofs- und Bestattungsrecht seit 2014 vor, die sich mit Fragen im Spannungsverhältnis zwischen Totenfürsorgerecht und postmortalem Persönlichkeitsrecht befasst.
- 2. Roßnagel:** Die neue Vorratsdatenspeicherung (in: NJW 2016, 533)  
Seit dem 18.12.2015 werden in Deutschland wieder Telekommunikations-Verkehrsdaten flächendeckend und anlasslos von jedem Nutzer gesammelt. Mit der Wiedereinführung der Vorratsdatenspeicherung ist der nächste Schritt in dem seit über einem Jahrzehnt europaweit heftig geführten politischen und rechtlichen Streit vorläufig entschieden. Gegenüber den Vorläuferregelungen hat das Artikelgesetz vom 17.12.2015 die Rahmenbedingungen der Vorratsdatenspeicherung allerdings stark eingeschränkt. Der Beitrag stellt das neue Gesetz in seine geschichtliche Entwicklung, erläutert die neuen Regelungen, erörtert ihre unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Dimension und wagt eine Prognose der künftigen Entwicklung.
- 3. Stollwerck:** „Vergrundrechtlichung“ des Polizeirechts – Polizeiliche Einzelmaßnahmen nach dem All-gemeinen Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (in: LKV 2016, 103)  
Polizeiliche Standardmaßnahmen sind ein Paradebeispiel für die „Vergrundrechtlichung“ des Polizeirechts. Bei ihnen kommt es zu sog. typisierten Grundrechtsabwägungen. Dieser Ausgangslage muss sich der Rechtsanwender in der täglichen Praxis immer wieder von Neuem stellen wie die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zum Gewahrsam im Allgemeinen und im Besonderen im Zusammenhang mit politischen Protestveranstaltungen dokumentieren. Die Beziehung des Polizei- und Ordnungsrechtes zum Verfassungsrecht ist mit Blick auf die praktische Anwendung als eine Beziehung der einseitigen Abhängigkeit zu bezeichnen, innerhalb derer das Polizei- und Ordnungsrecht seine Umsetzungslegitimation aus der höherrangigen Verfassungsordnung zu beziehen hat.

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

- 1. Spilker:** Das häusliche Arbeitszimmer im Visier des BFH (in: NJW 2016, 842)  
In der aktuellen Entscheidung des Großen Senats des BFH geht es um die Auslegung des Begriffs „häusliches Arbeitszimmer“. Es sollte höchstrichterlich geklärt werden, ob für die Abzugsfähigkeit von raumbezogenen Aufwendungen vorausgesetzt wird, dass der jeweilige Raum ausschließlich oder nahezu ausschließlich für betriebliche Zwecke genutzt wird. Die Entscheidung des Großen Senats wurde in Praxis und Wissenschaft mit großer Spannung erwartet. Viele gingen davon aus, dass sie an die Entscheidung des Großen Senats des BFH vom 21.09.2009 anknüpfen werde und damit der Abzug von raumbezogenen Aufwendungen auch für ein gemischt genutztes häusliches Arbeitszimmer möglich sei. Dies hätte sich für viele Steuerpflichtige steuermindernd ausgewirkt. Dieser Beitrag betrachtet die diesbezügliche Rechtslage und stellt die sich daraus ergebenden Konsequenzen dar.
- 2. Nickel:** Pkh-Antragstellung – (k)ein Buch mit sieben Siegeln (in: NJW 2016, 853)  
Die Gewährung von Prozesskostenhilfe wird allgemein als Instrument sozialstaatlicher Daseinsfürsorge betrachtet. Sie soll verhindern, dass Bedürftige aus wirtschaftlichen Gründen gehindert sind, ihr Recht vor Gericht zu suchen. Damit stellt sie zwar für weite Teile der Bevölkerung ein wichtiges Vehikel für die Verfolgung rechtlicher Interessen dar. Dennoch wird sie in der Juristenausbildung kaum behandelt. Der Beitrag soll daher vor allem auch dem Anwaltsneuling helfen, Unsicherheiten bei der Pkh-Antragstellung in der ersten Instanz zu meistern.
- 3. Gehm:** Das Recht auf Akteneinsicht im Steuerstraf- sowie im Besteuerungsverfahren (in: StV 2016, 185)  
Das OLG Rostock hat mit Beschluss v. 07.07.2015 – 20 VAs 2/15 – zum Umfang der Akteneinsicht bei steuerstrafrechtlichen Ermittlungen entschieden. Hintergrund dieser Entscheidung ist die in der Praxis umstrittene Frage, ob die Strafverteidigung auch Anspruch hat, in die von der Finanzverwaltung als interne Vorgänge behandelten Unterlagen Einsicht zu bekommen. Letzteres ist umso mehr von Relevanz, wenn es darum geht, strafprozessuale Verwertungsverbote zu begründen. Zudem soll die rechtswidrige Verweigerung der Akteneinsicht sogar ein Verwertungsverbot hinsichtlich des gesamten Akteninhalts nach sich ziehen.

## Räuberischer Diebstahl (§ 252 StGB)

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

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

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

##### aa) Vollendung des Diebstahls

Der Diebstahl ist vollendet, wenn neuer Gewahrsam begründet wurde. Für die Frage, wann die Wegnahme "vollendet", also neuer Gewahrsam begründet wurde, ist die **Verkehrsauffassung** maßgebend. Befindet sich die Sache noch im räumlichen Machtbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers, so ist neuer Gewahrsam erst dann gegeben, wenn der Täter die Beute bereits in seine Kleidung gesteckt hat.

##### bb) Beendigung des Diebstahls

Der Diebstahl ist er beendet, wenn der Täter den Gewahrsam an den entwendeten Gegenständen gefestigt und gesichert hat.

**Beendigung** ist daher regelmäßig anzunehmen, wenn der Täter die Sache in ein Versteck oder seine Räume verbracht hat. Ob im **Stadium des Abtransports** der Gewahrsam noch begründet wird oder bereits als gesichert angesehen werden kann, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

Jedenfalls wird ein Diebstahl in der Regel noch nicht als beendet angesehen werden können, solange der Täter seine **Absicht, sich alsbald mit der Beute zu entfernen, noch nicht verwirklicht** hat, sondern sich noch auf dem Anwesen des Bestohlenen, also in seinem unmittelbaren räumlichen Herrschaftsbereich befindet. In einem solchen Fall muss der Dieb in besonderem Maße damit rechnen, dass ihm die Beute von dem Bestohlenen im Wege der Nacheile wieder streitig gemacht wird.

Solange er einem **erhöhten Risiko ausgesetzt** ist, die **Beute wieder zu verlieren**, kann von einer ausreichenden Sicherung des eben erst begründeten Gewahrsams keine Rede sein. Er ist vielmehr, will er sich im Besitz des gestohlenen Gutes erhalten, darauf angewiesen, dem Rückerlangungsbegehren des Bestohlenen mit Nötigungsmitteln entgegenzutreten.

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

Hier gelten keine Besonderheiten gegenüber § 240 StGB

##### c) Auf frischer Tat betroffen

Sinn der Strafbestimmung liegt darin, dass die Gewaltanwendung oder Bedrohung in **ursächlichem Zusammenhang mit der Vollendung oder Ausnutzung des Diebstahls** steht. Danach soll der Dieb, der nach Vollendung des Diebstahls und in unmittelbarem Zusammenhang mit ihm gegen eine Person Gewalt anwendet, um seinen unrechtmäßigen Gewahrsam zu sichern, wie ein Räuber bestraft werden, weil es **naheliegt, dass er dieselbe Gewalt angewendet hätte**, wenn er **vor der Vollendung des Diebstahls betroffen** worden wäre. Das Merkmal des "Betreffens auf frischer Tat" soll nur zeitlich und örtlich eingrenzen, um die Fälle auszuscheiden, in denen vollgesicherter Gewahrsam vorliegt. Ein "Überraschen" oder "**Entdecken**" ist danach **nicht nötig**. § 252 StGB ist also auch dann erfüllt, wenn der Gewahrsamsinhaber der Tat von Anfang an beigewohnt hat, ja selbst dann, wenn die Sache dem Gewahrsamsinhaber aus seinen Händen weggenommen wurde.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz hinsichtlich des objektiven Tatbestandes

b) Absicht, den Besitz des gestohlenen Guts zu erhalten

Der Täter muss aus der **Absicht** heraus gehandelt haben, sich den Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten.

### II. Rechtswidrigkeit / Schuld

Hier gelten keine Besonderheiten



# 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> Niedersachsen	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> VRi LG Dr. B.	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 14.03.2016
-------------------------------	---	--

**Zur Person:**

Herr Dr. B. leitet den Ferienklausurenkurs an der Universität Osnabrück. Herr Dr. B. ist ein sehr netter Prüfer, der durch seine entspannte Art die Nervosität sofort nehmen kann. Ein wirklicher Glücksgriff. Herr Dr. B. lächelte uns stets nett an und schien auch in den anderen Prüfungen sehr interessiert. Die Notengebung erfolgt scheinbar etwas vornotenorientiert. Man merkt ihm wirklich an wie erfahren er ist und das er die angespannte Lage der Studenten versteht. Ansonsten hält er sich in den anderen Prüfungsgesprächen zurück und stellt keine Zwischenfragen.

**Zur Prüfung:**

Herr Dr. B. stellte uns folgenden Fall (dabei spricht er sehr langsam, man hat also ausreichend Zeit zum notieren): A kann sich die nächste Hauptuntersuchung nicht leisten. Deshalb entfernt er mit einer scharfen Klinge die Plakette am PKW des X und überklebt damit die Plakette an seinem Fahrzeug. Dies geschieht in der Absicht am Straßenverkehr teilzunehmen.

Wir prüften § 267 mit allen Varianten und gingen besonders auf das Merkmal der Urkunde ein und kamen zu einer zusammengesetzten Urkunde. Danach sollten wir noch die Merkmale „echt/unecht“ und „herstellen/verfälschen“ definieren und am Fall erklären. Besonders wichtig war es den Aussteller zu erkennen (die Behörde).

Danach prüften wir § 242 wobei wir wirklich auf alle Merkmale eingegangen sind und besonders der subjektive Tatbestand mit der Zueignungsabsicht wichtig war. Diskutiert wurde über den Wert einer solchen Plakette und worin dieser zu sehen ist. Hier kam es auf eine gute Argumentation an.

Danach prüften wir noch § 274 mit der Nachteilzufügungsabsicht und § 303. Hier kam es Dr. B. nur auf den Unterschied von „beschädigen“ und „zerstören“ an und was hier vorliegen könnte. Auch dabei sollte man gut argumentieren.

Dann wurde der Fall weitergebildet: A ist nun im Straßenverkehr unterwegs. Als er erkennt, dass er in eine Polizeikontrolle kommen könnte will er fliehen. Dazu befährt er eine Nebenstraße mit 100 km/h. Er sieht das B die Straße überqueren will und erkennt die Gefahr die droht. Trotzdem bremst er nicht ab und fährt weiter. Er streift B, dieser erleidet schwere Verletzungen, kann aber noch im Krankenhaus gerettet werden.

Geprüft wurde erst der versuchte Mord in Verdeckungsabsicht, welcher auch bejaht wurde. Es waren keine besonderen Probleme vorhanden. Es ging wohl nur um den richtigen Aufbau beim Versuch und um die wichtigen Definitionen. Auf §§ 223, 224 gingen wir nur kurz ein. Danach wurde § 315c geprüft aber verneint. Dann § 316b mit dem Problem der Pervertierung eines Fahrzeugs als Waffe. Dies war anzunehmen. Dann war die Zeit bereits vorbei, sodass wir nicht mehr § 142 prüfen konnten.

Insgesamt kann man nur sagen, dass Dr. B. ein super Prüfer ist. Er will schnelle Antworten, Definitionen und saubere Subsumtion. Da braucht niemand Angst haben.

Viel Erfolg bei der Prüfung!

**AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG**  
**ASSESSORPRÜFUNG**  
**BÜRGERLICHES RECHT**

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

**Land:**  
**Saarland**

**Prüfer (mit Titel usw.)**  
**Präs. Herr B.**

**Tag d. mündl. Prüfung**  
**22.03.2016**

**Zur Person:**

Als Vorsitzender der Prüfungskommission führt er auch das Vorgespräch. Dabei ging er auf die Examensnote des 1. Staatsexamens ein und war überrascht, dass sich bei mir die Note der Pflichtfachprüfung durch die Schwerpunkts-Prüfung etwas verschlechtert hat, weil es sonst immer andersherum sei. Er ging auch auf die Leistungen während dem Referendariat ein und fragte warum die Leistungen schwächer als beim 1. Staatsexamen sind. Zudem fragte er wie meine beruflichen Perspektiven aussehen. Das Vorgespräch verlief in einer angenehmen Atmosphäre.

**Zur Prüfung:**

Herr B. knüpfte an den vorhergehenden Aktenvortrag aus dem Strafrecht an:

Dabei ging es um ein Model dessen Freund ihr absichtlich eine Schnittwunde mit einem Fleischermesser im Gesicht zugeführt hat. Er fragte nach den möglichen Anspruchsgrundlagen. Zu nennen war § 823 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 223, 224 StGB.

Nachdem die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen (Rechtsgutverletzung, Verletzungshandlung, Objektive Zurechenbarkeit, Rechtswidrigkeit und Verschulden) bejaht wurden, gingen wir auf den Schaden selbst ein.

Er fragte nach den arbeitsrechtlichen Ansprüchen aus dem Verdienstausfall. Wir gingen auf den Haushaltsführungsschaden ein und wo dieser eine gesetzliche Verankerung gefunden hat (§ 845 BGB). In diesem Zusammenhang können auch Schäden Dritter erfasst werden, wenn ein Unterhaltsanspruch des Dritten gegen den Geschädigten besteht.

Welche Funktion hat der Schmerzensgeldanspruch aus § 253 BGB? Genugtuungsfunktion und Ausgleichfunktion.

Welche Berechnungsmethoden gibt es? Fiktive und konkrete Schadensberechnung.

Muss die Schmerzensgeldhöhe beziffert werden? Nein. Warum nicht, wegen § 287 ZPO. Welchen Vorteil hat die unbezifferte Schmerzensgeldhöhe noch? Dadurch keine negativen Auswirkungen auf die Kostenverteilung.

Wann macht es Sinn beim Verlangen nach Schmerzensgeld eine Feststellungsklage zu erheben. Wenn die zukünftige Weiterentwicklung des Schadens nicht absehbar ist. Worin besteht das Feststellungsinteresse? Der Geschädigte hat ein rechtliches Interesse an der Feststellung, dass die anspruchsbegründeten Voraussetzungen vorliegen.

Im Rahmen eines neuen Falles gingen wir auf die Tierhalterhaftung nach § 833 BGB ein. Die Katze des Nachbarn hat den Geschädigten gekratzt. Der Tierhalter hat eine Katzenhaftpflicht. Besteht ein Direktanspruch gegen den Versicherer und woraus? In Betracht kommt § 110 VVG als Direktanspruch, jedoch scheidet dieser aus, da keine Versicherungspflicht für den Tierhalter besteht.

# 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



