



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

41. Jahrg.

September 2016

Heft 09

---

## Aus dem Inhalt

**OLG Schleswig:** Wechselbezüglichkeit eines Gemeinschaftlichen Testaments

**BGH:** Sozialethische Einschränkung des Notwehrrechts

**BVerfG:** Organstreitverfahren um Oppositionsrechte

**OVG Münster:** Sperrzeitverlängerung zum Lärmschutz

**BGH:** Anscheinsbeweis bei Parkplatzunfällen

**LG Trier:** Anfangsverdacht bei Befund nach Drogenscreening

**OVG Münster:** Einseitige Erledigungserklärung

ISSN 1868 – 1514



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

#### **Verantwortliche 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 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten  
Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Brandaktuell

OLG Hamm:	Formunwirksames Testament (Keine unechte Urkunde).....	1
-----------	---	---

### Zivilrecht

OLG Schleswig:	Gemeinschaftliches Testament (Wechselbezüglichkeit).....	2
BGH:	Erwerb einer Eigentumswohnung durch Mieter (Untergang des Mietverhältnisses durch Konfusion).....	7

### Strafrecht

BGH:	Sozialethische Einschränkung des Notwehrens (Nicht bei bloßer Wohngemeinschaft).....	11
BGH:	Herstellung einer unechten technischen Aufzeichnung (Auslesegerät bei Geldspielautomaten).....	15

### Öffentliches Recht

BVerfG:	Organstreitverfahren um Oppositionsrechte (Kein Anspruch auf Schaffung spezifischer Oppositionsfraktionsrechte).....	19
OVG Münster:	Gaststättenrecht (Sperrzeitverlängerung zum Lärmschutz).....	23

### Kurzauslese I

BGH:	Online-Banking (Anscheinsbeweis für Autorisierung eines Zahlungsvorgangs).....	27
KG Berlin:	Umfang der Prokura (Änderung der Geschäftsanschrift).....	27
BGH:	Drittanfechtung wechselseitiger Verfügungen (Keine Beschränkung hinsichtlich des erstversterbenden Ehegatten).....	28
BGH:	Mängelbeseitigung ohne Erfolgskontrolle (Keine Arglisthaftung des Verkäufers).....	30
LG München:	Betriebskostenabrechnung (Einwendungsfrist gilt auch für zu gering berücksichtigte Vorauszahlungen).....	30
LG Braunschweig:	Führerscheinentzug nach Verkehrsunfallflucht (Begriff des bedeutenden Sachschadens).....	31
BGH:	Annahme von bedingtem Tötungsvorsatz (kein zwingender Schluss von Schuss auf Vorsatz).....	32
LG Mainz:	Amtshaftung (Bei fehlerhafter Hauptuntersuchung).....	33
VGH München:	Dauerversammlung (Versammlungsrechtliche Beschränkung).....	33
OVG Lüneburg:	Widerruf einer Waffenbesitzkarte (Wegen Unzuverlässigkeit).....	34
OVG Münster:	Konkurrentenklage (Primärrechtsschutz vor Schadenersatz).....	34

### Zivilrecht

BGH:	Anforderungen an ordnungsgemäße Klageschrift (Bezugnahme auf andere Schriftstücke oder sonstige Anlagen).....	35
BGH:	Anscheinsbeweis (Anwendung bei Parkplatzunfällen).....	38

**Strafrecht**

BGH:	Verfahrensverständigung (Kompensation einer überlangen Verfahrensdauer).....	40
LG Trier:	Durchsuchungsanordnung (Anfangsverdacht bei Befund nach Drogenscreening).....	43

**Öffentliches Recht**

OVG Münster:	Einseitige Erledigungserklärung (Schutzwürdiges Interesse des Beklagten an der Prüfung).....	45
--------------	---	----

**Kurzauslese II**

BGH:	Hinweispflicht des Berufungsgerichts Widerruf von Prozesshandlungen).....	48
OLG Hamm:	E-Post-Brief (Bestimmter Schriftsatz).....	48
BGH:	Feststellungsklage (Keine zwingende Aufspaltung in Feststellungs- und Leistungsklage).....	48
OLG Oldenburg:	Blutentnahme durch Polizei (Beweisverwertungsverbot).....	49
OLG Stuttgart:	Dashcam-Video (kein zwingendes Beweisverwertungsverbot).....	50
OVG Hamburg:	Klagebefugnis gegen Baugenehmigung (nicht wegen Umweltverträglichkeitsprüfung).....	50
VGH München:	Vollstreckung eines schriftlichen Vergleichs (vorheriges Zustellung der Ausfertigung erforderlich).....	51
VGH München:	Ladungsfrist (Zur Mündlichen Verhandlung).....	51
BVerwG:	Normenkontrolle (Unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften).....	51
BVerwG:	Säumniszuschläge und § 80 V (Anordnung der aufschiebenden Wirkung).....	52

**Speziell für Rechtsanwälte und Notare**

**Gebühren und Kosten**

OLG Braunschweig:	Pauschalgebühr (Fälligkeit erst bei Rechtskraft).....	53
OLG Karlsruhe:	Geschäftsreise (Anreise von Wohnanschrift).....	54
KG:	Klage auf Feststellung der Wirksamkeit von Darlehenswiderruf (Streitwert).....	54
BGH:	Schuldbeitritt zur Vergütungsvereinbarung (Formbedürftigkeit).....	55

**Aus der Praxis**

BGH:	Anwaltliche Tätigkeit des Notars (Notarielle Beurkundung).....	56
BGH:	Wartezeiten für die Bestellung zum Anwaltsnotar (Signifikante Erfahrungen im Anwaltsberuf).....	56
BGH:	Einreichung eines fristgebundenen Schriftsatzes (Anforderungen bei eigener Einreichung durch RA).....	57

**Steuerrecht**

FG Hannover:	Benennungsverlangen hinsichtlich Betriebsausgabenempfänger (Ermittlungen bezüglich Hintermännern nicht zumutbar).....	58
--------------	--	----

<b>Weitere Schrifttumsnachweise:</b> .....	59
--	----

## Brandaktuell

**BGB**  
**§ 2339**

### Formunwirksames Testament Keine unechte Urkunde

**ErbR**

(OLG Hamm in becklink 2004287; Urteil vom 12.07.2016 - 10 U 83/15)

Ein handschriftlich abgesetztes Testament, das die Erblasserin im Text **nicht selbst geschrieben, aber selbst unterschrieben** hat, ist ein im zivilrechtlichen Sinn formunwirksames Testament, aber **keine im strafrechtlichen Sinn unechte Urkunde**.

**Fall:** Die 1927 geborene und 2013 im Alter von 85 Jahren verstorbene Erblasserin hinterließ drei Kinder. Zu diesen gehörte der heute 50-jährige Beklagte, den sie mit notariellem Testament aus dem Jahr 2007 zu ihrem alleinigen Erben bestimmte. In dem Testament ordnete die Erblasserin zugleich an, dass ihre Tochter, die heute 63-jährige Klägerin, den Pflichtteil erhalten soll. Im Jahr 2009 unterzeichnete die Erblasserin ein handschriftlich nicht von ihr verfasstes Schriftstück, in dem sie einen wesentlichen Teil ihres Vermögens nicht mehr dem Beklagten, sondern ihrer Enkelin, der Tochter der Klägerin, zuwandte. Nach dem Tod der Erblasserin stritten die Beteiligten über die Erbfolge und insbesondere darüber, ob die Erblasserin mit dem Schriftstück aus dem Jahr 2009 entgegenstehende Regelungen des im Jahr 2007 errichteten Testaments widerrufen habe. Dabei versicherte die Klägerin an Eides statt, ihre Mutter – die Erblasserin – habe das Schriftstück aus dem Jahr 2009 in ihrer Gegenwart selbst geschrieben und unterschrieben. Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt die Klägerin vom Beklagten, den sie nunmehr als Alleinerben ihrer verstorbenen Mutter anerkennt, den Pflichtteil in Höhe von circa 5.000 Euro, dessen Zahlung der Beklagte verweigert, weil er die Klägerin für erbunwürdig erachtet.

Ein eigenhändiges Testament i.S.d. § 2247 BGB setzt eine **eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung** voraus. Eine solche liegt hier nicht vor. Wird ein Testament von einer anderen Person oder maschinenschriftlich geschrieben und vom Erblasser nur unterschrieben, liegt ein **formunwirksames Testament** vor. Vor diesem Hintergrund ist der Beklagte Alleinerbe und die Klägerin kann als Schwester, also als Abkömmling der Erblasserin, grundsätzlich nach § 2303 I 1 BGB den **Pflichtteil** geltend machen, der nach § 2303 I 2 BGB die **Hälfte des gesetzlichen Erbteils** beträgt. Im vorliegenden Fall hätten die Geschwister nach der gesetzlichen Erbfolge als **Erben erster Ordnung** nach § 1924 I BGB jeweils zur Hälfte geerbt, so dass der Pflichtteil der Klägerin ein **Viertel des Wertes des Nachlasses** beträgt. Dieser Pflichtteilsanspruch richtet sich grundsätzlich nach § 2303 I 1 BGB gegen den Erben, also hier den Beklagten. Allerdings könnte die Klägerin nach § 2339 BGB **erbunwürdig** und daher auch mit ihrem **Pflichtteil ausgeschlossen** sein.

Erbunwürdig ist u.a. nach § 2339 I Nr. 4 BGB, wer sich in Ansehung einer Verfügung des Erblassers von Todes wegen einer Straftat nach den §§ 267, 271 bis 274 des Strafgesetzbuchs schuldig gemacht hat. Hier könnte eine **Urkundenfälschung** im Sinne des § 267 StGB begangen worden sein.

*„Das OLG Hamm hat der Klägerin den begehrten Pflichtteil zugesprochen. Es verneinte eine Erb- und Pflichtteilsunwürdigkeit der Klägerin. Diese sei nicht deswegen erbunwürdig, weil sie an der Herstellung oder dem Gebrauch einer im strafrechtlichen Sinn unechten Urkunde beteiligt gewesen sei. Das 2009 von der Erblasserin unterzeichnete Schriftstück sei zwar ein formunwirksames Testament, weil die Erblasserin den Text der Urkunde nicht selbst geschrieben habe. Es sei aber keine im strafrechtlichen Sinn unechte Urkunde, weil die Erblasserin die Erklärung selbst unterzeichnet habe und von einem fehlenden Bewusstsein der Erblasserin, dass sie überhaupt irgendeine Erklärung abgebe, nicht auszugehen sei. Damit habe sich die Erblasserin die in dem Schriftstück enthaltene Erklärung zu Eigen gemacht und diese als eigene gelten lassen. Das schließe den Tatbestand einer Urkundenfälschung im Sinn von § 267 StGB aus, dessen Erfüllung durch die Klägerin nach den zivilrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu ihrer Erbunwürdigkeit führen würde.*

*Ein weiterer, im BGB geregelter Grund, nach welchem die Klägerin erbunwürdig sein könne, liege nicht vor. So brauche im vorliegenden Verfahren nicht beurteilt zu werden, ob die Klägerin eine falsche eidesstattliche Versicherung abgegeben oder sich an einem versuchten Betrug ihrer Tochter zum Nachteil des Beklagten beteiligt habe. Diese Umstände stellten nämlich keinen gesetzlichen Erbunwürdigkeitsgrund dar. Das OLG habe zudem nicht über eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Klägerin zu befinden.“ (OLG Hamm aaO.)*

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 2270

### Gemeinschaftliches Testament Wechselbezüglichkeit

ErbR

(OLG Schleswig in FamRZ 2016, 1306; Beschluss vom 11.01.2016 – 3 WX 95/15)

1. Für die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament kommt es nach § 2270 I BGB darauf an, dass die Verfügung des einen Ehegatten **gerade deshalb getroffen wurde, weil auch der andere Ehegatte eine bestimmte andere Verfügung getroffen hat** und deshalb nach dem Willen des gemeinschaftlich Testierenden die eine Verfügung mit der anderen stehen und fallen soll.
2. Errichten Ehegatten nacheinander **zwei gemeinschaftliche Testamente**, die **nebeneinander bestehen** sollen, so besteht eine Wechselbezüglichkeit der Verfügungen beider Testamente nur, wenn dieser **Wille in dem späteren gemeinsamen Testament deutlich zum Ausdruck** kommt.

**Fall:** Die Erblasserin A war verheiratet mit dem am ... 2010 verstorbenen B. Nach dessen Tod wurde beim Nachlassgericht das handschriftliche Testament vom 25.05.1994 - unterschrieben von beiden Eheleuten - eingereicht, in dem es heißt:

*„Wir, A und B, setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein.“*

Die Beteiligte zu 2. - sie ist wie die Beteiligte zu 1. eine Schwester des vorverstorbenen Ehemanns der Erblasserin - teilte dem Nachlassgericht unter dem 21.09.2010 mit, die Erblasserin habe bei ihrem Erbscheinsantrag eine nicht richtige Versicherung an Eides statt insoweit geleistet, als sie angegeben habe, der Erblasser habe nur das oben genannte handschriftliche Testament als letztwillige Verfügung hinterlassen. Tatsächlich sei dieses Testament um einen Passus ergänzt worden, der besage, dass nach Ableben des Letzt Hinterbliebenen Ehepartners die Erbmasse zu gleichen Teilen auf die Familien der beiden Eheleute aufgeteilt werden sollte.

Mit Schreiben des Notars X vom 14.10.2010 wurde eine notarielle Ergänzungsverhandlung eingereicht und zudem im Original ein weiteres von beiden Eheleuten unter dem 06.02.1996 unterzeichnetes handschriftliches Schriftstück mit folgendem Inhalt:

*„Nachtrag: Nach dem Ableben des zuletzt verstorbenen Ehegatten geht das Vermögen je zur Hälfte an die Geschwister C, D und E, F*

Die Erblasserin hat zur UR-Nr. ... des Notars X am 15.11.2011 ein Testament beurkunden lassen in dem es heißt:

*„§ 1: Ich widerrufe hiermit meine etwaigen früheren letztwilligen Verfügungen. Hierzu merke ich an, dass mein verstorbener Ehemann und ich uns darüber einig waren, dass der Testamentsnachtrag vom 06.02.1996 (AG Meldorf ...) für den Längstlebenden von uns nicht verbindlich sein sollte. Der Längstlebende von uns sollte völlig frei sein, insbesondere auch von Todes wegen uneingeschränkt neu verfügen können.*

*§ 2: Zu meinen Erben setze ich zu gleichen Teilen ein 1. Meinen Bruder E 2. Meine Schwester F 3. Meine Cousine G 4. Herrn H.“*

Die Erblasserin verstarb am 11.02.2014. Die Ehe mit dem vorverstorbenen Ehemann ist kinderlos geblieben. Die Beteiligte zu 1. stellte zur UR-Nr. ... der Notarin ... einen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins auf der Grundlage der handschriftlichen Testamente vom 25.05.1994 und 06.02.1996 dahingehend, dass die Erblasserin beerbt worden ist von den Beteiligten zu 1. - C - und 2. - D - (den Schwestern des vorverstorbenen Ehemanns der Erblasserin) und den Beteiligten zu 3. - E - und 4. - F - (den Geschwistern der Erblasserin) zu je 1/4. In dem Erbscheinsantrag wird ausgeführt, das ebenfalls eröffnete notarielle Testament vom 15.11.2011 stehe im Widerspruch zu dem handschriftlichen Testament vom 06.02.1996. Dort sei nicht vermerkt worden, dass der Längstlebende nach dem Tod des Erstverstorbenen nicht mehr an dieses Testament gebunden wäre. Deswegen werde das Testament vom 15.11.2011 gemäß § 2271 II BGB für unwirksam gehalten. Der Erbschein wurde antragsgemäß unter dem 26.05.2014 erlassen.

Mit Schriftsatz des Notars X vom 11.12.2014 beantragte der Beteiligte zu 5. - H -, den gemeinschaftlichen Erbschein gemäß § 2361 BGB als unrichtig einzuziehen. Der Erbschein sei unrichtig, als dort die Geschwister der Erblasserin nämlich die Beteiligten zu 3. und 4. (E und F) als Erben zu 1/4 ausgewiesen seien. Die Erblasserin sei nicht nämlich nicht an der Errichtung des notariellen Testaments vom 15.11.2011 gehindert gewesen....

Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 03.06.2015 den Antrag des Beteiligten zu 5. auf Einziehung des Erbscheins zurückgewiesen. Zu Recht?

Der Antrag wurde zu Recht zurückgewiesen, wenn es an den Voraussetzungen für die Einziehung eines Erbscheins nach § 2361 BGB fehlt. Ein **Erbschein** ist nach § 2161 BGB **einzuziehen**, wenn er **unrichtig** ist. Ein Erbschein ist unrichtig, wenn die Erbfolge, die sich aus dem Erbschein LG **nicht mit der tatsächlich eingetretenen Erbfolge übereinstimmt**. Ob dies der Fall ist, hängt davon ab, ob sich die Erbfolge nach den ursprünglich von den Ehegatten errichteten handschriftlichen Testamenten vom 25.05.1994 und 06.02.1996 richtet oder nach dem Testament der Erblasserin vom 15.11.2011. Das Testament der Erblasserin vom 15.11.2011 ist nur dann wirksam, wenn diese an einer solchen Verfügung nicht durch die zuvor errichteten Testamente gehindert war.

### I. Testament vom 25.05.1994

Bei dem Testament vom 25.05.1995, welches **handschriftlich verfasst** und **von beiden Ehegatten unterzeichnet** wurde, handelt es sich um ein gemeinschaftliches Testament nach § 2255 BGB ff., welches durch die gegenseitige Erbeinsetzung **wechselseitige Verfügungen** im Sinne von § 2270 BGB enthält und daher nach dem Tod eines Ehegatten grundsätzlich auch **für den überlebenden Ehegatten weiterhin bindend** ist. Mit diesem Testament haben die Ehegatten jedoch nur ihre gegenseitige Erbeinsetzung verfügt und keine Regelung für die Erbfolge nach dem Tod des Letztversterbenden getroffen. Das Testament vom 25.05.1994 stünde daher der Wirksamkeit des Testamentes der Erblasserin vom 15.11.2011 nicht entgegen.

### II. Testament vom 06.02.1996

Im Testament vom 06.02.1996 wurden Verfügungen der Ehegatten hinsichtlich der Erbfolge nach dem Tod des Letztversterbenden getroffen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob es sich auch hierbei um ein **gemeinschaftliches Testament mit wechselseitigen Verfügungen im Sinne des § 2270 BGB** handelt, welches zu einer Bindungswirkung des Überlebenden nach dem Tod des Erstversterbenden führen würde.

#### 1. Anforderungen an Wechselbezüglichkeit von Verfügungen

*„Verfügungen in einem von Ehegatten gemeinschaftlich errichteten Testaments sind dann wechselbezüglich, wenn anzunehmen ist, dass die **Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen** worden wäre. Es kommt nach § 2270 I BGB darauf an, dass die Verfügung des einen Ehegatten **gerade deshalb getroffen wurde, weil auch der andere Ehegatte eine bestimmte andere Verfügung getroffen hat** und deshalb nach dem Willen des gemeinschaftlich Testierenden die eine Verfügung mit der anderen stehen und fallen soll.*

*Die Frage, ob ein Testament wechselbezügliche Verfügungen in diesem Sinne enthält, muss dabei für **jede einzelne Verfügung gesondert im Verhältnis zu den anderen Verfügungen** untersucht werden. Findet sich in dem gemeinschaftlichen Testament keine ausdrückliche Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, muss diese Frage durch individuelle Auslegung nach den §§ 133, 2084 BGB beantwortet werden. Es kommt auf den übereinstimmenden Willen beider Ehegatten zur Zeit der Testamentserrichtung an.“ (OLG Schleswig aaO.)*

Hierbei sieht die **Zweifelsregelung des § 2270 II BGB** vor, dass ein solches Verhältnis der Verfügungen zueinander im Zweifel anzunehmen ist, wenn sich die Ehegatten **gegenseitig bedenken** oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht. Fall liegt hier jedoch hinsichtlich der Verfügung vom 06.02.1996 nicht vor.

*„Greift die Zweifelsregel aber nicht ein und **verbleiben Zweifel an der Wechselbezüglichkeit**, geht dies zulasten desjenigen, der sein Erbrecht auf die Wechselbezüglichkeit stützt, dieser trägt die Feststellungslast war groß (vgl. zu diesen Grundsätzen nur Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl. 2016, § 2270 Rn. 4 m.w.N.). Wechselbezügliche Verfügungen können mithin nur angenommen werden, wenn der **Wille der Erblasser**, solche wechselbezüglichen Verfügungen zu treffen, **auch festgestellt werden kann**, ggf. unter Heranziehung der Zweifelsregel des § 2270 II BGB (vgl. OLG München ErbR 2009, 259 ff. Rn. 100 und BayObLG NJW-RR 1999, 878ff. Rn. 35 - 40).“ (OLG Schleswig aaO.)*

## 2. Anwendung auf den Fall

### a) Ausdrückliche Wechselbezüglichkeit des Testaments vom 06.02.1996

„Bei den Bestimmungen, die die Erblasserin und ihr vorverstorbenen Ehemann am 06.02.1996 getroffen haben, handelt es sich um ein **formwirksames handschriftliches gemeinschaftliches Testament nach den §§ 2265, 2247 BGB**. Auch wenn das Schriftstück nicht das Wort „Testament“ aufweist, wird aus dem Inhalt deutlich, dass die Erblasser letztwillig verfügen wollen. In diesem **Testamentsnachtrag** haben die Erblasserin und ihr vorverstorbenen Ehemann jeweils bestimmt, dass **nach dem Ableben des zuletzt verstorbenen Ehegatten** das Vermögen je zur Hälfte an die Geschwister C und D - Schwestern des Erblassers - und E sowie F - Geschwister der Erblasserin - gehen soll. Eine **Wechselbezüglichkeit** dieser beiden Verfügungen (einerseits der Erblasserin und andererseits ihres Ehemannes) zueinander im oben genannten Sinne lässt sich jedoch nicht, jedenfalls **nicht mit ausreichender Sicherheit feststellen**. Das Amtsgericht hat angeführt, den Ehegatten sei es offenbar darum gegangen, das gemeinsam erarbeitete und erworbene Vermögen der Familie zu erhalten, wobei beide Erblasser zufällig jeweils zwei Geschwister gehabt hätten. Daraus lässt sich aber nicht sicher entnehmen, dass die Erblasserin die Geschwister ihres Ehemannes als Schlusserben gerade deshalb mit bedacht hat, weil umgekehrt ihr Ehemann auch ihre Geschwister bei den Schlusserben berücksichtigt hat. **Ausdrücklich** ist eine solche **Abhängigkeit** der Verfügung voneinander in dem Text des Testaments vom 06.02.1996 **nicht bestimmt** worden. Es bleibt ebenso gut denkbar, dass jeder der Erblasser der Überzeugung war, in der Verteilung des gemeinsam erarbeiteten Vermögens gleichmäßig auf die Geschwister beider Eheleute nach dem Tode des Letztversterbenden liege eine gerechte und angemessene Nachlassverteilung, ohne dass er diese Verfügung aber **nur deshalb getroffen hat, weil auch der andere Ehepartner entsprechend testiert hat**. Die Beteiligten zu 3. und 4. haben in der Beschwerdeerwiderung ausdrücklich vorgetragen, beide Erblasser hätten die Schlusserben deshalb ausgewählt, weil, „alle Schlusserben ...ihnen beide gleich lieb“ gewesen seien. Das aber spricht deutlich gegen eine Auslegung des Nachtrages dahin, die Erblasserin habe insbesondere die Geschwister des Ehemannes bei den Schlusserben nur deshalb berücksichtigt, weil auch ihr Ehemann ihre eigenen Geschwister als Schlusserben bedacht hat.“ (OLG Schleswig aaO.)

### b) Zweifelsregelung des § 2270 II BGB

Die Zweifelsregelung des § 2270 II BGB hilft hierbei nicht weiter.

„Denn danach ist Wechselbezüglichkeit von Verfügungen zueinander im Zweifel anzunehmen, wenn dem einem Bedachten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist. Diese Konstellation liegt bezogen auf die Verfügungen des Nachtragstestaments - also die jeweilige Schlusserbenbestimmung der Ehegatten - nicht vor. Die Zweifelsregel zeigt umgekehrt allerdings auf, dass **allein der Umstand**, dass Ehegatten jeweils Verwandte auch des anderen Partners zu Schlusserben berufen, für die Annahme **nicht ausreichen** kann, dass diese **Schlusserbeneinsetzung wechselbezüglich** ist (vgl. ebenso OLG München, ErbR 2009, 259 ff. Rn. 112).“ (OLG Schleswig aaO.)

### c) Auslegung des Testaments vom 06.02.1996

Es ist daher eine Auslegung des Testaments nach allgemeinen Kriterien vorzunehmen.

„Für die Auslegung sind auch **Umstände außerhalb des Testaments** heranzuziehen, wenn sie Rückschlüsse auf den gemeinsamen Willen der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments zulassen. **Indizien** können sich auch aus **Willensbekundungen** des überlebenden Ehegatten nach dem Tod des Erstversterbenden ergeben (s. etwa Schmucker, MittBayNot 2001, 526 ff., 529 unter Bezugnahme auf BayObLG FamRZ 1997, 251, 253). Im vorliegenden Fall hat die Erblasserin in ihrem notariellen Testament vom 15.11.2011 ausdrücklich ausgeführt, sie sei sich mit ihrem vorverstorbenen Ehemann **darüber einig gewesen**, dass der Testamentsnachtrag vom 06.02.1996 für den Längstlebenden **nicht verbindlich** sein sollte, dieser sollte völlig frei von Todes wegen verfügen können. Das steht nicht im Widerspruch zu dem bisher gefundenen Auslegungsergebnis und unterstützt es vielmehr. Der Beteiligte zu 5. hat sich auch auf die Vernehmung des beurkundenden Notars X als Zeugen dafür bezogen, dass auch dieser eine entsprechende Angabe der Erblasserin bestätigen könne. Eine **Vernehmung des Notars** durch den Senat - der die Beteiligten zu 3. und 4. widersprochen haben - bedarf es nicht, weil es keine Hinweise darauf gibt, dass der Notar anderes angeben könnte, als er selbst als Aussage der Erblasserin in deren Testament vom 15.11.2011 beurkundet hat. Weitere Anhaltspunkte oder Indizien dafür, warum die Bestimmungen des Nachtragstestaments der Erblasserin und ihres Ehemannes zueinander entgegen dem vorstehenden Ergebnis wechselbezüglich sein sollten, finden sich auch im Vorbringen der Beteiligten zu 3. und 4. nicht.“ (OLG Schleswig aaO.)

Eine Wechselbezüglichkeit kann insoweit nicht festgestellt werden.

### III. Wechselbezüglichkeit wegen nachträglicher Ergänzung des gemeinschaftlichen wechselseitigen Testaments durch selbst nicht wechselbezüglichen Nachtrag

Fraglich ist jedoch, ob sich die Wechselbezüglichkeit des Nachtrags vom 06.02.1996 nicht daraus ergibt, dass er eine Ergänzung zu dem bereits als wechselbezüglich festgestellten Testament vom 25.05.1994 ist und insofern an dessen Wechselbezüglichkeit teilnehmen könnte.

„Allein daraus, dass eine **Schlusserbenbestimmung Bestandteil eines gemeinschaftlichen Testaments mit wechselbezüglicher Erbeinsetzung** der Eheleute als Erbe des zuerst Versterbenden wird, folgt indes nicht, dass auch die Schlusserbeneinsetzung - sei es die jeweilige Schlusserbeneinsetzung zueinander oder sei es auch die jeweilige Schlusserbeneinsetzung im Verhältnis zu der wechselseitigen Erbeinsetzung der Eheleute – wechselbezüglich wird. Es bleibt vielmehr bei dem bereits oben angesprochenen Grundsatz, dass für jede Verfügung gesondert festzustellen ist, ob sie zu einer anderen Verfügung im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit steht.

Nicht richtig ist auch die Auffassung der Beteiligten zu 3. und 4., dass eine Wechselbezüglichkeit bereits dann vorliegt, wenn es **keine Anhaltspunkte** dafür gibt, dass der länger Lebende berechtigt sein solle, die **gemeinsam getroffenen Verfügungen einseitig zu ändern**. Es bedarf gerade umgekehrt der Anhaltspunkte, dass eine Wechselbezüglichkeit gewollt ist. Diese muss **positiv festgestellt** werden, und sei es letztlich unter Heranziehung von Zweifelsregeln, wenn diese denn der Sache nach einschlägig sind.“ (OLG Schleswig aaO.)

### IV. Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung hinsichtlich der Geschwister des Ehemannes mit eigener Erbeinsetzung der Erblasserin

Fraglich ist, ob dann nicht aber die Erbeinsetzung der Erblasserin wechselbezüglich ist mit der Einsetzung der Geschwister des Ehemannes als Schlusserben.

#### 1. Bezugspunkte der Wechselbezüglichkeit

„Es kommt keinesfalls ‚nur darauf an, ob die **Schlusserbeneinsetzung für sich wechselbezüglich** sein sollte oder nicht‘ und es ist nicht richtig, dass ‚schon per se die Wechselbezüglichkeit einer Schlusserbeneinsetzung nicht davon abhängig sein kann, dass die Eheleute sich gegenseitig bedenken‘, wie dies aber die Beteiligten zu 3. und 4. meinen. Gerade aus der Zweifelsregel des § 2270 II, 2. Variante BGB ergibt sich, dass das Gesetz von anderem ausgeht. Denn dort soll im Zweifel Wechselbezüglichkeit gerade zwischen der Berufung des einen Ehegatten von dem anderen Ehegatten zu seinem Erben mit dessen Berufung von Personen zu Schlusserben bestehen, die wiederum mit dem anderen Ehegatten verwandt sind oder ihm sonst nahe stehen. Es ist also gerade zu prüfen, ob sich eine **Wechselbezüglichkeit** und damit eine Bindung des Überlebenden **zwischen seiner Einsetzung als Erbe** durch den vorverstorbenen Ehegatten **und der eigenen Schlusserbenbestimmung** ergeben.“ (OLG Schleswig aaO.)

#### 2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob dies im vorliegenden Fall angenommen werden kann.

##### a) Anfängliche Wechselbezüglichkeit

„**Ursprünglich** kann die gegenseitige Erbeinsetzung der Eheleute **nicht wechselbezüglich zu der jeweiligen Schlusserbeneinsetzung** gewesen sein, weil das Testament vom 25.05.1994 keine Schlusserbeneinsetzung enthält. Es lässt sich deshalb gerade nicht ohne weiteres feststellen, dass der vorverstorbenen Ehegatte der Erblasserin diese nur deshalb zu seiner Erbin berufen hat, weil sie wiederum auch seine Geschwister als Schlusserben bestimmt hat. Eine solche Abhängigkeit hat es vielmehr zunächst sicher nicht gegeben, weil die **Schlusserbenbestimmung erst fast zwei Jahre später getroffen** worden ist.“ (OLG Schleswig aaO.)

##### b) Nachträgliche Wechselbezüglichkeit

###### aa) Möglichkeit einer nachträglichen Wechselbezüglichkeit

„Es ist in **Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt**, dass dann, wenn Verfügungen in zwei zeitlich nacheinander errichteten gemeinschaftlichen Testamenten aufgenommen werden, eine Wechselbezüglichkeit nur bei Vorliegen qualifizierter Voraussetzungen bejaht werden kann. Die Ehegatten müssen dazu **nicht nur den Willen zur Zusammenfassung** beider Testamente zum Ausdruck bringen - etwa durch die Bezeichnung des zweiten Testaments als Nachtrag - sondern sie müssen zusätzlich auch hinsichtlich der früheren und der späteren Verfügung jeweils **deutlich machen**, dass auch inhaltlich von einem **Abhängigkeitsverhältnis** auszugehen ist. Es reicht also nicht aus, dass die Verfügungen des früheren und diejenigen des späteren Testaments sich sachlich ergänzen. Es muss vielmehr festgestellt werden, ob die zunächst ohne Rücksicht auf die spätere Verfügung getroffene gegenseitige Erbeinsetzung durch das spätere Testament in der Weise modifiziert wird, dass diese gegenseitige Erbeinsetzung nunmehr nur noch mit Rücksicht auf die Verfügung des jeweils anderen Ehegatten im späteren Testament gelten soll, der früheren gegenseitigen Erbeinsetzung insoweit also ausdrücklich oder stillschweigend nachträglich eine zusätzliche Bedingung im Sinne von Wechselbezüglichkeit beifügt worden ist.

Ob dies der Fall ist, ist eine **Frage der Auslegung des Testaments**, bei der aber die Auslegungsregel des § 2270 II BGB nicht heranzuziehen ist. Für deren Anwendung ist vielmehr das Ergebnis dieser Auslegung vorrangig. Es muss also dem späteren gemeinschaftlichen Testament ein **Hinweis auf den Willen der Eheleute** entnommen werden können, dass das **frühere gemeinsame Testament** im Sinne einer Wechselseitigkeit der seinerzeit angeordneten gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute mit der Einsetzung von Schlusserben **zu ergänzen** ist (vgl. BayObLG NJW - RR 1999, 878 ff bei juris Rn. 42; OLG München ErbR 2009, 259 ff bei juris Rn. 119 f; Reymann in Juris PK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 2270 Rn. 11; Jörg Mayer in Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2270 Rn. 7 Litztenburger in Beck OK BGB, Stand: 01.08.2015, § 2270 Rn. 9 a; Braun in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2270 Rn. 9 f und Schmucker in MitBayNot 2001, 526, 529 f).“ (OLG Schleswig aaO.)

#### bb) Vorliegen eines solchen Ergänzungswillens

„Im vorliegenden Fall lässt sich im Rahmen der Auslegung nach den §§ 133, 2084 BGB aber **nicht feststellen**, dass **der früheren Verfügung** - nämlich der wechselseitigen Einsetzung der Eheleute als Erben - **durch den Nachtrag** zwei Jahre später nachträglich **eine Bindung** im Sinne von Wechselbezüglichkeit derart **beigefügt worden** ist, dass die jeweilige gegenseitige Erbeinsetzung nunmehr auch in einem wechselbezüglichen Verhältnis zu der jeweiligen Schlusserbeneinsetzung steht, das eine mit dem anderen also stehen und fallen und dadurch bedingt sein soll. Dafür kann **ersichtlich nicht allein ausreichen**, dass hier durch die Überschrift „**Nachtrag**“ in dem späteren gemeinschaftlichen Testament eine Verknüpfung mit dem vorausgegangenen gemeinschaftlichen Testament hergestellt wird. Es müsste nämlich zusätzlich noch zum Ausdruck gekommen sein, dass die **frühere Verfügung nunmehr derart modifiziert** wird, dass sie von der späteren im Sinne einer Wechselbezüglichkeit abhängig sein soll. Ausdrücklich ist dafür aber gerade nichts bestimmt worden.

Der Umstand, dass beide Verfügungen **zeitlich weit auseinander** liegen, die **fehlende räumliche Verbindung** der beiden Verfügungen, die ausdrücklichen **Erklärungen** der Erblasserin zu dem gegenteiligen gemeinschaftlichen Willen der Erblasser bei Errichtung des Nachtragstestaments und der Vortrag der Beteiligten zu 3. und 4. dazu, dass den Eheleuten jeweils allen berufenen Schlusserben „gleich lieb“ gewesen sind, sprechen sämtlichst gegen eine Wechselbezüglichkeit. Es fehlt an Anhaltspunkten, die für eine solche Wechselbezüglichkeit sprechen könnten. Dann aber kann diese gerade nicht festgestellt werden und hat mangels Wechselbezüglichkeit keine Bindung der Erblasserin an die Schlusserbenbestimmung in dem Nachtragstestament bestanden.“ (OLG Schleswig aaO.)

#### V. Ergebnis

Die Auslegung der beiden Testamente vom 25.05.1994 und 06.02.1996 nach den §§ 133, 2084 BGB ergibt, dass eine solche **Wechselbezüglichkeit** und damit im Ergebnis eine Bindung der Erblasserin an die Schlusserbenbestimmung in dem späteren gemeinschaftlichen Nachtragstestament **nicht besteht**. Der Erbschein ist damit fehlerhaft und folglich einzuziehen.

BGB  
§ 577**Erwerb einer Eigentumswohnung durch Mieter**  
**Untergang des Mietverhältnisses durch Konfusion**  
(BGH in NJW-RR 2016, 784; Urteil vom 27.04.2016 – VIII ZR 323/14)

MietR

1. Ein Mietverhältnis kann nicht wirksam entstehen, wenn auf Gebrauchsnutzerseite eine Person beteiligt ist, die zugleich Vermieterstellung einnimmt, und es **erlischt durch Konfusion**, wenn der **Mieter nachträglich** das mit dem Recht zur Gebrauchsnutzung verbundene **Eigentum an der Mietsache** erwirbt.
2. Eine vom Vermieter gem. § 535 I 2 BGB vorzunehmende Gebrauchsüberlassung erfordert in Fällen, in denen - wie bei der Raummiete - der Gebrauch der Mietsache notwendig deren Besitz voraussetzt, über die Gestattung/Duldung eines (Mit-)Gebrauchs oder die bloße Einräumung der Möglichkeit zum (Mit-)Gebrauch hinaus die **Verschaffung des ungestörten alleinigen Besitzes an den Mieter**, damit dieser die Mietsache ausschließlich, und zwar auch unter Ausschluss des Vermieters, benutzen kann.
3. Einem Mieter, der seine in Wohnungseigentum umgewandelte Mietwohnung durch **Ausübung des Vorkaufsrechts** (§ 577 BGB) erwirbt, wird dadurch unter Ersetzung der bisherigen mietvertraglichen Nutzungsrechte eine nunmehr dem Inhalt des Kaufvertrags entsprechende Rechtsposition verschafft. Demgemäß kann sich der Wohnungserwerber gegenüber den anderen Wohnungseigentümern **grundsätzlich nicht auf fortbestehende Nutzungsbefugnisse aus dem erloschenen Mietverhältnis** berufen, die mit der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung nicht in Deckung zu bringen sind.

**Fall:** Die Parteien streiten um die Herausgabe eines von den Beklagten genutzten Gartenanteils auf dem Grundstück D.in Köln. Die Beklagten mieteten ab Mai 2004 die Dachgeschosswohnung des auf diesem Grundstück befindlichen Dreifamilienhauses. Der Mietvertrag beinhaltete die Mitbenutzung des Gartens. Der damalige Vermieter veräußerte das Grundstück später an die W. Immobilien und Projektentwicklung GmbH (im Folgenden: W.), die es im Juli 2010 in Wohnungseigentum aufteilte. Dabei wurde der Erdgeschosswohnung ein Sondernutzungsrecht am Garten zugeordnet.

Die W., die sich ein Recht zur Neugestaltung der Sondernutzungsrechte vorbehalten hatte, vereinbarte im Oktober 2010 mit den Beklagten unter anderem:

"Hiermit wird bestätigt, dass der Mieter einen Teil des Gartens als Sondernutzungsrecht weiterhin nutzen kann. Dieser Teil ist in dem beigegeführten Lageplan mit den Buchstaben A1-B-C-C1-A1 gekennzeichnet. Weiterhin wird dem Mieter bei einem Kauf seiner Mietwohnung dieser Teil des Gartens als Sondernutzungsrecht für die Wohnung mit verkauft."

Den angesprochenen Kauf der von ihnen bewohnten Dachgeschosswohnung lehnten die Beklagten kurz darauf ab. Anschließend veräußerte die W. die Erdgeschosswohnung im April 2011 an die Kläger. In Bezug auf den Garten heißt es im Kaufvertrag unter anderem:

"Dem Käufer ist bekannt, dass der vordere Teil des Gartens, welcher als Sondernutzungsrecht dem hier verkauften Wohnungseigentum zugeordnet ist, vom Mieter im Dachgeschoss genutzt wird, und gestattet diese Nutzung, solange das Mietverhältnis mit dem Verkäufer besteht."

Im März 2013 schlossen die Kläger und die W. einen weiteren Kaufvertrag über die von den Beklagten gemietete Dachgeschosswohnung, die als Letzte noch zum Verkauf gestanden hatte. Zugleich verzichtete die W. in einer Änderungsvereinbarung zur Teilungserklärung auf ihr Recht zur Neugestaltung der Sondernutzungsrechte. Bezüglich dieses Kaufvertrages über die Dachgeschosswohnung übte der Beklagte zu 2 ein Vorkaufsrecht als Mieter aus und erwarb die Wohnung im April 2013 von der W. Die Beklagte zu 1 zahlte anschließend jedenfalls in der Zeit von Juli bis November 2013 an den Beklagten zu 2 monatlich 800 € mit dem Verwendungszweck "Miete".

Die Kläger, die das Mietverhältnis der Beklagten einschließlich des Gartennutzungsrechts spätestens mit dem Erwerb der Mietwohnung durch den Beklagten zu 2 für beendet erachten, nehmen die Beklagten auf Räumung und Herausgabe des von ihnen nach wie vor in Besitz gehaltenen Gartenanteils in Anspruch. Zu Recht?

Die Kläger haben nach § 546 BGB einen Anspruch auf Herausgabe des Gartens aufgrund ihres Sondernutzungsrechts, wenn die Beklagten keine entsprechende Nutzungsberechtigung aufgrund Mietvertrages mehr haben.

**I. Ursprüngliche Rechtslage**

Ursprünglich hatten die Beklagten aufgrund Mietvertrages mit dem Voreigentümer und Erwerb durch W. ein Nutzungsrecht an dem betreffenden Gartenteil.

## II. Aufteilung in Wohnungseigentum und Erwerb durch die Kläger

Nach Aufteilung des Wohnungseigentums wurde der Eigentumswohnung der Kläger das **Sondernutzungsrechts an dem gesamten Garten** zugeordnet. Allerdings hatte sich W. eine Änderung des Sondernutzungsrechts vorbehalten. In Ausübung dieser Befugnis wurde den Beklagten weiterhin **im Rahmen des bestehenden Mietvertrages** und für dessen Dauer die Nutzungsbefugnis an dem streitigen Teil des Gartens eingeräumt. Zugleich sollte für den Fall des Erwerbs der Mietwohnung durch die Beklagten das Nutzungsrecht am Garten als Sondernutzungsrecht der Wohnung zugeordnet werden. Zudem wurden die Kläger bei Erwerb ihrer Eigentumswohnung verpflichtet, die weitere Nutzung durch die Beklagten für die Dauer des Fortbestandes des Mietverhältnisses zu gestatten.

*„Die **Kläger** sind durch den im April 2011 erfolgten Erwerb der Erdgeschosswohnung, der nach der Teilungserklärung das Sondernutzungsrecht am Garten zugeordnet worden war, **in den** zwischen der W. und den Beklagten unter Einschluss des betreffenden Gartenanteils **bestehenden Mietvertrag über die Dachgeschosswohnung eingetreten**. Denn die W. hatte spätestens durch die im Oktober 2010 geschlossene Vereinbarung den Beklagten das alleinige Nutzungsrecht an der im Streit stehenden Gartenfläche eingeräumt, die ihnen bis dahin schon als Teil des Mietgebrauchs zur (Mit-)Nutzung zur Verfügung gestanden hatte, ihnen also auch insoweit überlassen war.*

*In solch einem Fall ist nach der Rechtsprechung des Senats **der über die Dachgeschosswohnung und einen bestimmten Teil des Gartens bestehende einheitliche Mietvertrag** durch die Veräußerung der Erdgeschosswohnung einschließlich des ihr zugewiesenen Sondernutzungsrechts am Garten an die **Kläger nicht in mehrere Mietverhältnisse aufgespalten** worden. Vielmehr sind die Kläger, die in dem mit der W. geschlossenen Kaufvertrag ohnehin klarstellend die Nutzung der betreffenden Gartenfläche für die Dauer des bestehenden Mietverhältnisses gestattet haben, mit Erwerb der Erdgeschosswohnung gemäß § 566 I BGB in den bestehenden Mietvertrag eingetreten (vgl. BGH, NJW 2005, 3781 unter 1 m.w.N.).“ (BGH aaO.)*

Durch die Aufteilung in Wohnungseigentum und den Erwerb durch die Kläger nebst Sondernutzungsrecht am Garten ist das Nutzungsrecht der Beklagten nicht untergegangen.

## III. Erwerb der Dachgeschosswohnung durch den Beklagten zu 2

Allerdings könnte das einheitliche Mietverhältnis über die Dachgeschosswohnung und den streitigen Gartenanteil der Beklagten durch den Erwerb der Dachgeschosswohnung durch den Beklagten zu 2 beendet worden sein.

*„Das **Mietverhältnis des Beklagten zu 2** an der von ihm erworbenen Dachgeschosswohnung ist im Umfang des dabei erlangten Wohnungseigentums **durch Konfusion erloschen**. Denn ein Schuldverhältnis setzt nach allgemeiner Auffassung voraus, dass **Gläubiger und Schuldner verschiedene Personen** sind. Genauso wie ein Schuldverhältnis zwischen denselben Personen nicht entstehen kann, erlischt es in der Regel wieder, wenn sich **Forderung und Schuld nachträglich in einer Person vereinen** (BGH, Urteile vom 01.06.1967 - II ZR 150/66, BGHZ 48, 214, 218; vom 04.07.1991 - III ZR 101/90, BGHZ 115, 116, 121 f.; vom 14.06.1995 - IV ZR 212/94, WM 1995, 1693 unter 3 a; BVerwG, NVwZ-RR 2014, 310, 311; BFH, Urteil vom 07.06.2006 - IX R 14/04, juris Rn. 15; jeweils m.w.N.). Dementsprechend kann ein Mietverhältnis nicht wirksam entstehen, wenn **auf Gebrauchsnutzerseite eine Person beteiligt ist, die zugleich Vermieterstellung einnimmt** (BGH, Urteil vom 04.07.1991 - III ZR 101/90, aaO.; BFH, Urteil vom 07.06.2006 - IX R 14/04, aaO.), und ein Mietverhältnis erlischt, wenn der Mieter - wie hier der Beklagte zu 2 - nachträglich das Eigentum mit dem daraus fließenden Gebrauchsrecht an der Mietsache erwirbt (Senatsurteil vom 09.06.2010 - VIII ZR 189/09, WuM 2010, 518 Rn. 18 m.w.N.; ebenso schon RGZ 49, 285, 286).“ (BGH aaO.)*

Mit dem Erwerb der Dachgeschosswohnung durch den Beklagten zu 2 ist das Mietverhältnis mit ihm und dadurch auch das Nutzungsverhältnis an dem Gartenteil jedenfalls ihm gegenüber erloschen.

## IV. Schicksal des Mietvertrages mit der Beklagten zu 1

Ist dergestalt das Mietverhältnis des Beklagten zu 2 durch Konfusion beendet, könnte das mit der Beklagten zu 1 bestehende Mietverhältnis dieses Schicksal teilen.

### 1. Grundsatz: Kauf bricht nicht Miete

*„§ 566 I BGB, wonach bei Veräußerung eines dem Mieter überlassenen Wohnraums von dem Vermieter an einen Dritten der Erwerber **an Stelle des Vermieters** in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eintritt, bewirkt, dass im Augenblick des Eigentumsübergangs **kraft Gesetzes ein neues Mietverhältnis** zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter entsteht, und zwar **mit demselben Inhalt**, den es zuvor mit dem Veräußerer besessen hat (BGHZ 166, 125 Rn. 14; BGH, NJW 2008, 2256 Rn. 17;; NJW 2000, 2346 unter 2; jeweils m.w.N.).*

Hinsichtlich der Rechtsstellung des **bisherigen Vermieters** - hier der W. - folgt daraus, dass der bisherige Vermieter mit dem Verlust seiner aus der Eigentümerstellung resultierenden Möglichkeit zur weiteren Gewährung eines Mietgebrauchs auch **nicht mehr in einem Mietverhältnis zum Mieter** steht; die Modalitäten einer künftigen Gebrauchsgewährung bestimmen sich vielmehr allein nach dem mit dem Eigentumswechsel zum Tragen kommenden (neuen) Nutzungsrechtsverhältnis mit dem Erwerber. Das **Mietverhältnis der Beklagten zu 1 mit der W.** ist also vorbehaltlich einer im Streitfall nicht relevanten Haftung nach § 566 II BGB in der Weise **beendet worden**, dass allein der Beklagte zu 2 als Erwerber der Wohnung für die nach dem Eigentumswechsel entstehenden oder fällig werdenden Verpflichtungen aus dem nunmehr nur noch mit ihm bestehenden Nutzungsrechtsverhältnis einzustehen hatte.“ (BGH aaO.)

Das Mietverhältnis mit der W. ist damit beendet. Fraglich ist jedoch, ob das Mietverhältnis nunmehr mit dem Beklagten zu 2 inhaltsgleich fortbesteht.

## 2. Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem Beklagten zu 2

Grundsätzlich wird zwar das Mietverhältnis mit dem neuen Eigentümer fortgesetzt und besteht gleichartig fort. Hier ist jedoch zu beachten, dass der neue Eigentümer hinsichtlich des Mietverhältnisses Mitmieter und damit auch Mitbesitzer der Wohnung war.

„Ungeachtet der mit der Veräußerung der Dachgeschosswohnung einhergehenden Beendigung des Mietverhältnisses zwischen der W. und der Beklagten zu 1 konnte das **neue Nutzungsrechtsverhältnis zum Beklagten zu 2** jedoch aus Rechtsgründen nicht in Gestalt eines gleichartigen Mietverhältnisses im Sinne von § 535 BGB fortgesetzt werden. Denn zu der einen Mietvertrag gemäß § 535 I 1 BGB **prägenden Hauptpflicht des Vermieters**, dem Mieter den (ungestörten) Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren (vgl. BGH, Urteil vom 12.12.2012 - XII ZR 6/12, NZM 2013, 191 Rn. 17), gehört nach dessen Satz 2 die **Pflicht zur Gebrauchsüberlassung**. Eine Gebrauchsüberlassung wiederum ist mehr als die Gestattung oder Duldung eines (Mit-)Gebrauchs oder die bloße Einräumung der Möglichkeit zum (Mit-)Gebrauch (BGH, Urteile vom 08.05.2015 - V ZR 62/14, NZM 2015, 592 Rn. 18; vom 18.11.1955 - V ZR 162/54, BGHZ 19, 85, 93; BFHE 139, 408, 410; jeweils m.w.N.). Sie erfordert, wenn - wie hier bei der Raummiete - der Gebrauch der Mietsache notwendig deren Besitz voraussetzt, **die vom Vermieter vorzunehmende Verschaffung des ungestörten alleinigen Besitzes an den Mieter**, damit dieser die Mietsache ausschließliche, und zwar insbesondere auch unter Ausschluss des Vermieters, benutzen kann (vgl. BGH, Urteile vom 17.07.2002 - XII ZR 86/01, NJW 2002, 3322 unter 2 b bb; vom 01.02.1989 - VIII ZR 126/88, NJW-RR 1989, 589 unter II 1 a; vom 22.10.1975 - VIII ZR 122/74, BGHZ 65, 137, 139 f.; BFHE 132, 124, 128).

An diesem für die Existenz eines Mietverhältnisses unerlässlichen Überlassen, das über die Zurverfügungstellung einer Wohnung zur Mitbenutzung das **Recht des Mieters zur ausschließlichen ungehinderten Benutzung der ganzen Wohnung oder zumindest eines abgegrenzten Teils** davon voraussetzt (Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl., § 540 BGB Rn. 3; Jauernig/Teichmann, BGB, 16. Aufl., § 535 Rn. 11), fehlt es - und zwar ungeachtet der Zahlung des von der Beklagten zu 1 als "Miete" bezeichneten Entgelts an den Beklagten zu 2 - im Verhältnis der Beklagten untereinander. Insoweit regelt sich die **Benutzung der Dachgeschosswohnung vielmehr ausschließlich nach Maßgabe des zwischen ihnen bereits zuvor bestehenden Rechtsverhältnisses**, gleich ob dieses etwa durch Familienrecht oder Gesellschaftsrecht geprägt ist (vgl. LSG Halle, Urteil vom 13.11.2014 - L 5 AS 585/13, juris Rn. 33; Schmidt-Futterer/Blank, aaO.). Ein die **Identität des ursprünglichen Mietverhältnisses kennzeichnendes Überlassen der Mieträume an die Beklagten** durch einen außerhalb dieser Rechtsbeziehung stehenden Dritten ist dagegen mit dem Erwerb der Wohnung durch den Beklagten zu 2 entfallen, so dass ein dem ursprünglichen Mietverhältnis gleichartiges Rechtsverhältnis zwischen den Beklagten nicht mehr neu entstehen konnte.“ (BGH aaO.)

Das hinsichtlich des Beklagten zu 2 durch Konfusion eingetretene Erlöschen des Mietverhältnisses an der Dachgeschosswohnung hat auch das Mietverhältnis der Beklagten zu 1 im gleichen Umfang beendet.

## V. Auswirkungen auf das mietvertragliche Nutzungsrecht an der Gartenfläche

Mit dem Erwerb der Dachgeschosswohnung durch den Beklagten zu 2 und dessen damit einhergehenden **Eintritt in die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer** könnte daher auch zugleich das Mietverhältnis mit den Klägern über die im Streit stehende Gartenfläche erloschen sein. Dies kommt nur in Betracht, wenn sich das durch Konfusion eingetretene Erlöschen des Mietverhältnisses mit dem Beklagten zu 2 und aus den vorstehenden Gründen auch mit der Beklagten zu 1 auch auf die Nutzung der Gartenfläche erstreckt.

„Mit der **Einräumung des Vorkaufsrechts im Umwandlungsfall** (§ 570b BGB a.F.; § 577 BGB) hat der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, den Mieter vor spekulativen Umwandlungen von Mietwohnungen durch Verschaffung der Möglichkeit zu schützen, die Wohnung zu einem Kaufpreis zu erwerben, den auch ein Dritter für die Wohnung zu zahlen bereit ist (Senatsurteil vom 21.01.2015 - VIII ZR 51/14, WM 2015, 687 Rn. 37 m.w.N.). Dem Mieter, der seine in Wohnungseigentum umgewandelte Mietwohnung durch Ausübung des Vorkaufsrechts erwirbt, sollte daher nach den Absichten des Gesetzgebers eine **Rechtsposition verschafft werden, wie sie bestanden hätte**,

wenn ihm die Wohnung unmittelbar vom Vermieter zu marktüblichen, also weder besseren noch schlechteren Bedingungen angeboten worden wäre (vgl. Senatsurteil vom 17.12.2008 - VIII ZR 13/08, WM 2009, 1000 Rn. 18).

Die Nutzung wird daher bei Erwerb einer Wohnung durch den Mieter zukünftig den Nutzungs- und Gebrauchsmöglichkeiten nach der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung unterstellt. „Dementsprechend kann sich der Wohnungserwerber, soweit keine abweichenden Nutzungs- und Gebrauchsabreden getroffen sind, gegenüber den anderen Wohnungseigentümern nicht auf fortbestehende Nutzungsbefugnisse aus dem ehemaligen Mietverhältnis berufen, die mit der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung nicht in Deckung zu bringen sind (so zutreffend KG, NZM 2003, 561, 563).“ (BGH aaO.)

Das sich aus dem Mietvertrag ergebende Nutzungsrecht ist damit mit dem Untergang des Mietvertrages ebenfalls erloschen.

## VI. Sonstiges Nutzungsrecht am Garten des Beklagten zu 2

Im vorliegenden Fall sind keine Abreden ersichtlich, die unabhängig von den **Nutzungszuweisungen der Teilungserklärung oder der Gemeinschaftsordnung** den Beklagten ein über das Erlöschen des Mietverhältnisses an der Dachgeschosswohnung hinausreichendes Nutzungsrecht an der im Streit stehenden Gartenfläche einräumen könnten.

„Im Gegenteil ergibt sich aus dem Kaufvertrag über die Dachgeschosswohnung zwischen den Klägern und der W. und der darin in Bezug genommenen Teilungserklärung, nach der das **Sondernutzungsrecht am Garten nunmehr endgültig und ausschließlich der Erdgeschosswohnung zugeordnet** war, dass dem jeweiligen Eigentümer der Dachgeschosswohnung gerade kein Nutzungsrecht am Garten (mehr) zustehen sollte.

Dieser für den jeweiligen Eigentümer der Dachgeschosswohnung ersichtlich **abschließend gedachte Ausschluss von der Gartennutzung** bindet auch den Beklagten zu 2, nachdem er von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht hat und dadurch unter Aufgabe seiner bisherigen Mieterstellung als Wohnungseigentümer mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten in die Eigentümergemeinschaft eingerückt ist.

Zwar wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß § 577 I, III, § 464 II BGB zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten ein **selbstständiger Kaufvertrag** neu begründet. Dies geschieht allerdings **zu denselben Bedingungen**, wie sie zwischen dem Verpflichteten und dem Drittkäufer vereinbart worden sind. Die beiden Kaufverträge unterscheiden sich deshalb grundsätzlich nur dadurch, dass **an die Stelle des Erstkäufers der Vorkaufsberechtigte tritt**, der vertragliche Regelungsgehalt, wie er sich aus der Kaufvertragsurkunde erschließt, im Übrigen aber unverändert bleibt (BGH, Urteile vom 14.12.1995 - III ZR 34/95, BGHZ 131, 318, 320; vom 14.07.1995 - V ZR 31/94, WM 1995, 1996 unter II 2; jeweils m.w.N.; vom 28.11.1962 - VIII ZR 236/61, WM 1963, 31). Auf diese Weise wird unmittelbar über die Festlegung des Vertragsinhalts gewährleistet, dass den Vorkaufsberechtigten nach dem Inhalt seines Kaufvertrages keine anderen Bedingungen treffen als diejenigen, die für den Erstkäufer aufgrund seines Kaufvertrages mit dem durch die Vorkaufsverpflichtung gebundenen Verkäufer gegolten hätten (BGH, Urteil vom 14.07.1995 - V ZR 31/94, aaO.).“ (BGH aaO.)

## VII. Kein „Restnutzungsrecht“ der Beklagten zu 1

Wie bereits festgestellt ist das Mietverhältnis mit dem Beklagten zu 2 bezüglich der Dachgeschosswohnung aufgrund von Konfusion erloschen. Das Mietverhältnis besteht auch nicht zur Beklagten zu 1 allein fort, da der Beklagte zu 2 insofern nicht zur alleinigen Gebrauchsüberlassung in der Lage ist. Mit dem Mietverhältnis ist jedenfalls auch bezüglich des Beklagten zu 2 das mietvertragliche Nutzungsrecht an dem Garten erloschen und wird auch nicht durch ein sich aus dem Wohnungseigentumsrecht ergebende Nutzungsrecht ersetzt. In Betracht käme allein, dass die Beklagte zu 1 im Hinblick auf die Gartennutzung in einem „Restmietverhältnis“ steht.

„Das **Erlöschen des Mietverhältnisses** in Bezug auf die Dachgeschosswohnung und der damit einher gehende Fortfall des den Vertragscharakter prägenden Wohnraums sowie erst recht das ersatzlose Ausscheiden des Beklagten zu 2 aus dem Mietverhältnis, von dem die Beklagte zu 1 ihre Nutzungsbefugnisse am Grundstück allein noch herleiten kann, entfaltet mit Rücksicht auf den **Grundsatz der Einheitlichkeit des Mietverhältnisses** eine **Gesamtwirkung** dahin, dass ein „Mietvertragsrest“, der nur noch auf die Beklagte zu 1 und den als Nebenfläche mitvermieteten Gartenanteil bezogen wäre, keinen Bestand mehr haben kann.“ (BGH aaO.)

## VIII. Ergebnis

Die Kläger, die mit Erwerb des Eigentums an der Erdgeschosswohnung über das dieser Wohnung zugewiesene Sondernutzungsrecht am Garten gemäß § 566 I BGB auf Vermieterseite neben der W. in das Mietverhältnis zwischen dieser und den Beklagten eingetreten waren, können deshalb von den Beklagten gemäß § 546 I BGB die Räumung und Herausgabe der im Streit stehenden Gartenfläche beanspruchen.

(BGH in BeckRS 2016, 10329; Beschluss vom 12.04.2016 – 2 StR 523/15)

1. Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, ist sie grundsätzlich berechtigt, das Abwehrmittel zu wählen, welches eine **endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet**
2. **Unter mehreren Verteidigungsmöglichkeiten** ist der Angegriffene zudem nur dann auf eine für den Angreifer **weniger gefährliche Alternative** zu verweisen, wenn ihm genügend Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht
3. In der Regel ist der Angegriffene bei einem **lebensgefährlichen Waffeneinsatz** gegen einen unbewaffneten Angreifer gehalten, den **Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen** oder einen weniger gefährlichen als den lebensbedrohenden Einsatz zu versuchen
4. Das Notwehrrecht setzt **keine Güterproportionalität** voraus; eine Abwägung der Bedeutung des angegriffenen Rechtsguts mit dem verteidigten Rechtsgut ist danach im Allgemeinen nicht erforderlich (vgl. Schönke/Schröder/Perron, aaO. § 32 Rn. 47). Nur wenn die Rechtsgutbeeinträchtigung durch die **Verteidigungshandlung gegenüber einem unerheblichen Angriff eindeutig unverhältnismäßig** ist, kann ein solches Missverhältnis angenommen werden, das zur Einschränkung des Notwehrrechts führt.
5. Ein **soziales Näheverhältnis**, wie eine Wohngemeinschaft, führt **nicht allgemein** zu einer Beschränkung des Notwehrrechts. Die Fallgruppe **der besonderen persönlichen Beziehungen**, die zu einer sozialetischen Einschränkung des Notwehrrechts führen, ist daher auf **Fälle einer engen familiären Verbundenheit oder eheähnlichen Lebensgemeinschaft** zu beschränken.

**Fall:** Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt.

Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte der Nebenkläger den wohnsitzlosen Angeklagten, den er aus der Drogenszene kannte, in seiner Wohnung aufgenommen, womit er zugleich dem Angeklagten helfen und erreichen wollte, dass er nicht alleine sei. Der Nebenkläger war kokainsüchtig und abhängig von Benzodiazepinen. Auch der Angeklagte konsumierte zur Tatzeit Kokain, war davon aber nicht abhängig. Er hatte Kontakte zur örtlichen Drogenszene und trieb Handel mit Betäubungsmitteln, was der Nebenkläger wiederum dazu nutzte, um seinen Bedarf zu decken. Der Nebenkläger und der Angeklagte konsumierten jeweils aus dem vorhandenen Kokainvorrat gemeinsam.

Der Angeklagte hatte die Nacht zum 23.09.2012 bei einem Bekannten verbracht und wenig geschlafen. Am Vormittag versuchte er zunächst vergeblich in die Wohnung des Nebenklägers zu gelangen. Dieser schlief und hörte das Klingeln und Klopfen des Angeklagten sowie dessen Anrufe nicht. Er hatte seinen Wohnungsschlüssel im Türschloss stecken gelassen. Erst am späten Vormittag öffnete der Nebenkläger dem Angeklagten die Tür und beklagte sich darüber, dass dieser erst so spät nach Hause gekommen sei. Dann konsumierten beide gemeinsam Kokain. Der Angeklagte nahm noch eine Tablette Diazepam. Er war müde und wollte sich ausruhen, während der Geschädigte ständig in der Wohnung hin und her lief und Lärm verursachte, indem er Schrank- und Zimmertüren zuschlug und laut telefonierte. Die Tür zum Schlafzimmer war zu dieser Zeit aus den Angeln gehoben und stand an einen Schreibtisch gelehnt im Raum. Deshalb konnte der Angeklagte sich dem Lärm nicht entziehen. Er forderte den Nebenkläger mehrfach dazu auf, ruhig zu sein, was dieser jedoch nur vorübergehend beachtete. Auch der gemeinsame Konsum einer Portion Kokain im Verlauf des Nachmittags änderte nichts an seinem Verhalten. Der Nebenkläger erwartete die Rückkehr seines Vaters aus dem Urlaub, der ihm einen Geldbetrag versprochen hatte, den er zum Erwerb von Kokain verwenden wollte. Der Angeklagte erklärte jedoch, er werde ihm an diesem Tag keine Drogen mehr kaufen. Darüber ärgerte sich der Nebenkläger sehr und fuhr damit fort, Lärm zu verbreiten. Der Angeklagte packte Medikamente und seinen Ausweis in eine Bauchtasche und wollte die Wohnung verlassen. Er wurde jedoch vom Nebenkläger, der nicht in der Wohnung allein bleiben wollte, zurückgehalten.

Gegen 21.15 Uhr glaubte der Nebenkläger, das Klicken eines Feuerzeugs im Schlafzimmer gehört zu haben und folgerte, dass der Angeklagte dabei war, sich eine Portion „Crack“ zuzubereiten, ohne ihm etwas davon abzugeben. Er geriet deshalb in Wut, begab sich ins Schlafzimmer, fragte den Angeklagten erregt, ob er ihn „verarschen“ wolle und packte diesen am Arm, um ihn aus der Wohnung zu werfen.

Der Angeklagte verstand nicht, warum der Nebenkläger so erregt war und fragte ihn, was „das“ solle. Daraufhin begann der Nebenkläger, dem Angeklagten mit der flachen Hand auf die Brust zu schlagen und ihn zum Wohnungsausgang zu drängen. Der Angeklagte litt ohnehin immer wieder unter Schmerzen in der Brust, deren Ursache ungeklärt war. Die Schläge des Nebenklägers führten dazu, dass die latent vorhandenen Brustschmerzen erneut ausgelöst wurden. Im Flur schlug der Nebenkläger weiter auf den Brustkorb des Angeklagten ein, worauf sich

dieser halb rückwärts, halb seitlich gehend in das Schlafzimmer zurückzog. Dort erblickte er ein Einhandklappmesser mit einer Klingenlänge von 7 cm auf einem Ablagebrett. Er ergriff dieses Messer, klappte es auf und hielt es dem Nebenkläger vor, um ihn von weiteren Schlägen abzuhalten. Der Nebenkläger gab sich unbeeindruckt. Er schlug weiter mit der flachen Hand auf die Brust des Angeklagten ein, dem schwindelig wurde. Der Angeklagte fiel rückwärts auf das Bett. Der Nebenkläger schlug auch danach weiter auf ihn ein. Der Angeklagte stand auf und stach dem Nebenkläger mit dem Messer in den Arm, um dessen Angriff zu beenden. Da der Nebenkläger trotz weiterer Stiche in seine Arme nicht aufhörte auf den Angeklagten einzuschlagen, stach dieser schließlich ungezielt und wuchtig zweimal auf den Oberkörper des Nebenklägers ein. Er traf ihn in Brust und Bauch. Darauf ließ der Nebenkläger von dem Angeklagten ab und erbrach sich. Der Nebenkläger bat den Angeklagten einen Rettungswagen zu rufen. Die Messerstiche hatten ihn in den Herzmuskel und den Magen getroffen. Der Angeklagte floh aus der Wohnung, setzte aber alsbald einen Notruf ab, der dazu führte, dass der Nebenkläger gerettet wurde. Wie hat sich der Angeklagte strafbar gemacht?

## I. Versuchter Totschlag, §§ 212, 22, 23 StGB

Der Angeklagte könnte sich wegen versuchten Totschlags nach §§ 212, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben.

*„Das Landgericht hat angenommen, dass der Angeklagte vom Versuch des Totschlags strafbefreiend zurückgetreten ist.“ (BGH aaO.)*

## II. Gefährliche Körperverletzung, § 224 I Nr. 2 StGB

Der Angeklagte könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung **mittels eines gefährlichen Werkzeugs** (§ 224 I Nr. 2 StGB) und einer **das Leben gefährdenden Behandlung** (§ 224 I Nr. 5 StGB) strafbar gemacht haben.

Es steht außer Frage, dass der Angeklagte insofern tatbestandsmäßig gehandelt hat. Fraglich ist jedoch, ob sein Verhalten rechtswidrig war. Der Angeklagte könnte hier durch Notwehr nach § 32 StGB gerechtfertigt sein.

### 1. Notwehrlage

Der Angeklagte müsste sich in einer Notwehrlage befunden haben. Er müsste daher einem **gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff** ausgesetzt gewesen sein. Die fortdauernden Schläge und Stöße des Nebenklägers stellen mindestens eine Körperverletzung dar, die durch nichts gerechtfertigt ist, so dass von einem gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff ausgegangen werden kann. Eine Notwehrlage bestand folglich für den Angeklagten.

### 2. Notwehrhandlung

Die Notwehrhandlung muss **erforderlich und geboten** gewesen sein.

#### a) Erforderlichkeit

Eine Notwehrhandlung ist erforderlich, wenn sie **geeignet** ist, den Angriff zu beenden und hierbei das **relativ mildeste Mittel** darstellt.

#### aa) Geeignetheit

Die Verteidigungshandlung, hier das Zustechen mit dem Messer, muss geeignet gewesen sein, die Notwehrlage zu beenden, also den gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff des Nebenklägers zu stoppen. Die Stiche des Angeklagten mit dem Messer waren insofern eine geeignete Verteidigung gegenüber der Körperverletzungshandlung des Nebenklägers.

#### bb) Relativ mildestes Mittel

##### (1) Mildestes Mittel gleicher Eignung

*„Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, ist sie grundsätzlich berechtigt, das Abwehrmittel zu wählen, welches eine **endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet**. Der Angegriffene muss sich nicht mit der Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel begnügen, wenn deren Abwehrwirkung zweifelhaft ist; auf Risiken braucht er sich nicht einzulassen (vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., § 15 Rn. 43). Nur wenn **mehrere wirksame Mittel** zur Verfügung stehen, hat der Verteidigende dasjenige Mittel zu wählen, das für den Angreifer am wenigsten gefährlich ist. Wann eine weniger gefährliche Abwehrhandlung geeignet ist, die Gefahr zweifelsfrei und sofort endgültig zu beseitigen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl. Senat, Urteil vom 05.10.1990 - 2 StR 347/90, NJW 1991, 503, 504). **Unter mehreren Verteidigungsmöglichkeiten** ist der Angegriffene zudem nur dann*

auf eine für den Angreifer **weniger gefährliche Alternative** zu verweisen, wenn ihm genügend Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht (vgl. BGH, Urteil vom 30.06.2004 - 2 StR 82/04, BGHR StGB § 32 I Erforderlichkeit 17; Urteil vom 27.09.2012 - 4 StR 197/12, BGHR StGB § 32 Erforderlichkeit 20).

In der Regel ist der Angegriffene bei einem **lebensgefährlichen Waffeneinsatz** gegen einen unbewaffneten Angreifer gehalten, den **Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen** oder einen weniger gefährlichen als den lebensbedrohenden Einsatz zu versuchen (BGH, Urteil vom 21.03.1996 - 5 StR 432/95, BGHSt 42, 97, 100; Fischer, StGB, 63. Aufl., § 32 Rn. 33a). Dem hat der Angeklagte nach den Feststellungen des Landgerichts jedoch Rechnung getragen.

Nach dem **Rechtbewährungsprinzip des Notwehrrechts** entfällt dieses Recht im Allgemeinen auch nicht wegen der Möglichkeit einer Flucht vor dem Angreifer (vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., § 32 II 2 c, S. 343; Schönke/Schröder/Perron, StGB, 29. Aufl., § 32 Rn. 40; Roxin aaO. § 15 Rn. 49).“ (BGH aaO.)

## (2) Anwendung auf den Fall

Dem Angeklagten standen nach den bisherigen Feststellungen gleich geeignete mildere Mittel nicht zur Verfügung. Die Verteidigungshandlung war daher erforderlich.

### b) Gebotenheit

Die Messerstiche müssten jedoch als Verteidigungshandlung auch geboten gewesen sein. Eine Verteidigungshandlung ist geboten, wenn **kein krasses Missverhältnis** zwischen drohender Verletzung und dem verteidigten Rechtsgut besteht. Zudem darf das Notwehrrecht nicht ausnahmsweise beschränkt sein.

#### aa) Krasses Missverhältnis

Eine Notwehrhandlung ist dann nicht geboten, wenn ein **unerträgliches Missverhältnis zwischen Angriff und Verteidigung** (vgl. Fischer, aaO. § 32 Rn. 39; SSW/Rosenau, StGB, § 32 Rn. 34) besteht.

„Das Notwehrrecht setzt **keine Güterproportionalität** voraus; eine Abwägung der Bedeutung des angegriffenen Rechtsguts mit dem verteidigten Rechtsgut ist danach im Allgemeinen nicht erforderlich (vgl. Schönke/Schröder/Perron, aaO. § 32 Rn. 47). Nur wenn die Rechtsgutbeeinträchtigung durch die **Verteidigungshandlung gegenüber einem unerheblichen Angriff eindeutig unverhältnismäßig** ist, kann ein solches Missverhältnis angenommen werden, das zur Einschränkung des Notwehrrechts führt. Die Urteilsgründe belegen nicht, dass hier ein solcher Fall vorlag.

Das Landgericht hat nicht geklärt, inwieweit der Angeklagte latent unter Schmerzen in der Brust litt und der Nebenkläger dies wusste, als er ihm mit der Hand immer wieder dagegen schlug. Wenn die Schläge für den Angeklagten zur Tatzeit schmerzhaft waren, lag **kein Bagatelangriff** vor, der seine Verteidigungshandlungen eindeutig als unverhältnismäßig erscheinen lassen könnte. Der Angegriffene muss **Körperverletzungen im Allgemeinen nicht hinnehmen** (vgl. MüKo-StGB, § 32 Rn. 211 m.w.N.). Allein aus der Tatsache, dass der Angeklagte keine nachhaltigen Verletzungsfolgen in Form von später noch anhaltenden Schmerzen, Hämatomen oder Blutungen erlitten hat, ergibt sich nicht, dass es sich zur Tatzeit um Bagatelangriffe handelte.“ (BGH aaO.)

Von einem krassen Missverhältnis zwischen verteidigtem und verletztem Rechtsgut kann daher nicht ausgegangen werden.

#### bb) Einschränkung des Notwehrrechts aus sozialetischen Gründen

Fraglich ist jedoch, ob hier nicht aufgrund der Wohngemeinschaft zwischen dem Angeklagten und dem Nebenkläger von einer Einschränkung des Notwehrrechts ausgegangen werden muss.

„Ein **soziales Näheverhältnis**, wie eine Wohngemeinschaft, führt **nicht allgemein** zu einer Beschränkung des Notwehrrechts (vgl. Fischer, aaO. § 32 Rn. 37). Selbst eine Garantenstellung aufgrund einer rasch auflösbaren Gemeinschaft hätte nämlich jedenfalls sowohl den Angreifer als auch den Verteidiger zur Rücksichtnahme verpflichtet. Sie kann daher das dem Notwehrrecht zu Grunde liegende Prinzip der Rechtsbewährung nicht durchbrechen (vgl. Schönke/Schröder/Perron, aaO. § 32 Rn. 53). Die Fallgruppe **der besonderen persönlichen Beziehungen**, die zu einer sozialetischen Einschränkung des Notwehrrechts führen, ist daher auf **Fälle einer engen familiären Verbundenheit oder eheähnlichen Lebensgemeinschaft** zu beschränken (vgl. MüKo-StGB, 2. Aufl., § 32 Rn. 221; LK/Rönnau/Hohn, StGB, 12. Aufl., § 32 Rn. 238 f.;

*Schönke/Schröder/Perron, aaO. § 32 Rn. 53; Roxin aaO. § 15 Rn. 98). Damit ist die Wohngemeinschaft des Angeklagten und des Nebenklägers nicht vergleichbar.“ (BGH aaO.)*

Sozioethische Gründe führen daher im vorliegenden Fall nicht zu einer Einschränkung des Notwehrrechts des Angeklagten.

### cc) Einschränkung des Notwehrrechts wegen Schuldunfähigkeit des Nebenklägers

Auch die **erkennbare Schuldunfähigkeit** des Angreifers führt im Rahmen der Gebotenheit einer Notwehrhandlung zu einer Einschränkung des Notwehrrechts.

*„Der Nebenkläger war zur Tatzeit nicht für den Angeklagten erkennbar schuldunfähig, so dass der Angeklagte auch nicht aus diesem Grund zur Zurückhaltung verpflichtet war (vgl. Schönke/Schröder/Perron, aaO. § 32 Rn. 52). Dies gilt auch deshalb, weil der Angeklagte **von dem Angriff des Nebenklägers überrascht** war und dessen **Ursache nicht kannte**. Zudem wäre eine gebotene Zurückhaltung gegenüber einem rechtswidrigen Angriff nur von begrenzter Dauer (vgl. Senat, Beschluss vom 12.12.1975 - 2 StR 451/75, BGHSt 26, 256, 257). Es konnte sich nicht dahin auswirken, dass der Angeklagte eine anhaltende Serie von Schlägen unbegrenzt hätte hinnehmen müssen. Danach kann offen bleiben, ob eine lediglich verminderte Schuldfähigkeit des Angreifers ein ausreichender Grund zur Annahme einer sozioethischen Einschränkung des Notwehrrechts des Angegriffenen sein kann (dagegen MüKo-StGB, § 32 Rn. 213; dafür SSW/Rosenau, StGB, 2. Aufl., § 32 Rn. 32; Roxin aaO. § 15 Rn. 64).“ (BGH aaO.)*

### III. Ergebnis

Die Tathandlungen des Angeklagten sind durch Notwehr gerechtfertigt. Die Verletzung des Nebenklägers ist daher nicht rechtswidrig, so dass der Angeklagte sich nicht strafbar gemacht hat.

StGB  
§ 268**Herstellung einer unechten technischen Aufzeichnung  
Auslesegerät bei Geldspielautomaten**

StR BT

(BGH in StV 2016, 364; Beschluss vom 16.04.2015 – 1 StR 490/14)

1. Der mit dem Auslesegerät erstellte **Ausdruck**, der in einem eigenständigen Bauteil eines Geldspielautomaten automatisch eingespielte Umsätze erfasst, stellt eine **technische Aufzeichnung** i.S.v. § 268 StGB dar.
2. Bei den in Geldspielgeräten in elektronischer Form festgestellten **Umsatzzahlen** handelt es sich **um Daten i.S.d. § 268 II StGB**.
3. Eine technische Aufzeichnung verfälscht, wer die durch die Aufzeichnung ausgewählten und fixierten Zeichen **durch imitierte Zeichen ergänzt, löscht oder (teilweise) ersetzt** und damit den Eindruck erweckt, als seien diese das nach ordnungsgemäßem Herstellungsvorgang produzierte Ergebnis des Geräts.
4. Nimmt der Aufsteller selbst eine Datenfälschung zu Täuschungszwecken vor, entfällt der Tatbestand des § 269 StGB, weil das **Fälschungsergebnis** nicht einer falschen Urkunde, sondern einer **schriftlichen Lüge** entspricht.

**Fall:** Die Angekl. G. und K. waren im Tatzeitraum gewerblich als Aufsteller von Geldspielgeräten mit Gewinnmöglichkeit in verschiedenen Gaststätten und Spielhallen tätig. Formal traten in beiden Fällen die Ehefrauen als Inhaberinnen des Gewerbes in Erscheinung, für den Angekl. K. außerdem auch ein S. und die Be. GmbH. Tatsächlich übten aber alleine die Angekl. die Geschäftstätigkeiten zum Betrieb der Spielautomaten aus und trafen alle damit im Zusammenhang stehenden Entscheidungen.

Die Umsätze aus den Geldspielautomaten waren umsatzsteuer- und vergnügungssteuerpflichtig. Zusätzlich zu den monatlich bei den zuständigen Finanzämtern abzugebenden Umsatzsteuervoranmeldungen waren bei den Stadtverwaltungen der Städte, in denen die Automaten betrieben wurden, die nach der dort jeweils geltenden Vergnügungssteuersatzung anfallenden Abgaben anzumelden und zu entrichten. Hierzu waren – ebenfalls monatlich – die von den Geldspielautomaten ausgedruckten Umsatznachweise in Gestalt sog. Auslesestreifen zusammen mit den Vergnügungssteueranmeldungen bei der Stadtverwaltung abzugeben.

Diese Auslesestreifen weisen ähnlich elektronischen Registrierkassen automatisch gespeicherte Datensätze aus, insbes. das Datum des letzten Umsatzabrufs sowie die erzielten Umsatzerlöse (sog. Bruttokasse). Ebenso festgehalten werden – zur Gewährleistung sicherer Zuordnung – Bauart und Zulassungsnummer des Automaten. Zur Auslesung der Geldspielautomaten wird ein spezielles Auslesegerät eingesetzt, welches über eine Schnittstelle im Inneren des Geldspielautomaten einerseits mit diesem und zugleich mit einem mobilen Drucker verbunden ist. Die eigentliche Auslesung läuft so ab, dass die von dem Spielautomaten generierten Daten von einem internen Speichermedium des Automaten auf den Speicher des Auslesegeräts übertragen und von dort aus ausgedruckt werden. Wahlweise besteht die Option, den Datensatz auf dem internen Speicher des Spielautomaten zu belassen oder ihn nach dem Auslesen dort zu löschen.

Der Angekl. K. betrieb insgesamt 37 dieser Spielautomaten in sechs verschiedenen Lokalitäten in O., F., M., Ka. und H. Spätestens im März 2011 entschloss er sich, die auf den Auslesestreifen ausgewiesenen Umsätze durch Manipulation zu verringern und die dann ausgewiesenen Ergebnisse den monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen und den Vergnügungssteueranmeldungen zugrunde zu legen sowie die verfälschten Auslesestreifen zum Beleg der Vergnügungssteuer bei der jeweiligen Stadtverwaltung abzugeben. Zu diesem Zweck erwarb er einen Adapter, der bei dem Auslesevorgang zwischen die Schnittstelle des Spielautomaten und das Auslesegerät gesteckt werden kann, um in den Auslesevorgang einzugreifen. Mittels eines Drehknopfes kann an dem Adapter in Zehner-Schritten eingestellt werden, um welchen prozentualen Anteil die ausgewiesenen Umsatzbeträge verringert werden sollen. Die übrigen auf dem Auslesestreifen dargestellten Angaben (Auslesedatum, Zulassungsnummer) bleiben davon unbeeinflusst, so dass die Manipulation für Dritte nicht ohne Weiteres erkennbar ist.

Der Angekl. K. nutzte diesen Adapter in der Absicht, seine monatliche Umsatzsteuer- und Vergnügungssteuerlast zu senken. Den Umfang der Manipulation passte er den zuvor festgestellten tatsächlichen Umsätzen an; je höher diese waren, desto stärker verringerte er den auf dem Auslesestreifen ausgewiesenen Betrag. Im Durchschnitt senkte er seine Umsätze auf diese Weise um 30 Prozent; die von ihm angegebenen Umsätze entsprachen demnach 70 Prozent des tatsächlich erzielten Umsatzes. Die manipulierten Umsätze legte er den Umsatzsteuervoranmeldungen von Juli bis Dezember 2012 zugrunde, wodurch die Umsatzsteuer insgesamt um 43.294,03 € verkürzt wurde. Seine Vergnügungssteuerlast verkürzte der Angekl. K. durch die Verwendung der manipulierten Auslesestreifen um insgesamt 24.789,04 €. Sind die Angekl. wegen Fälschung technischer Aufzeichnungen nach § 268 StGB strafbar?

Die Angekl. könnten wegen Fälschung technischer Aufzeichnungen nach § 268 StGB strafbar sein.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

Nach § 268 StGB macht sich strafbar, wer zur Täuschung im Rechtsverkehr entweder eine unechte technische Aufzeichnung herstellt oder eine technische Aufzeichnung verfälscht oder eine unechte oder verfälschte technische Aufzeichnung gebraucht.

#### a) Allgemeines

„Der Straftatbestand der Fälschung technischer Aufzeichnungen soll, wie auch die Urkundenfälschung (§ 267 StGB), die **Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs** schützen. Abweichend von § 267 StGB ist der Wahrheitsschutz aber nicht auf einen Aussteller, sondern auf die Herkunft aus einem vorgegebenen unbeeinflussten Herstellungsvorgang eines **selbsttätig und ordnungsgemäß arbeitenden technischen Geräts** bezogen (vgl. BGHSt 28, 300 [304]; 29, 204 [207]; BGHR StGB § 268 Aufzeichnung 1; so auch die explizite Vorstellung des Gesetzgebers, vgl. Begr. E 1962, BT-Drs. IV/650, S. 481 f.). Die spezifische Leistung technischer Aufzeichnungsverfahren im Rechts- und Beweisverkehr besteht darin, dass bestimmte Geräte aufgrund ihrer Konstruktion dazu in der Lage sind, bestimmte Phänomene zu registrieren, nach vorgegebenen Kriterien voneinander zu unterscheiden und einer Klassifikation zuzuführen (vgl. LK-StGB/Zieschang, 12. Aufl., § 268 Rn. 3; NK-StGB/Puppe, 4. Aufl., § 268 Rn. 8). Diese **Klassifikationsleistung der Maschine** kommt dem Menschen dadurch zugute, dass er die Informationen selbst nicht mehr interpretieren muss, sondern das Ergebnis der Aufzeichnung in für ihn verständlichen Zeichen wahrnehmen kann. Hieraus ergibt sich ein gegenüber anderen Aufzeichnungen und Augenscheinsobjekten **gesteigertes Vertrauen** in die Richtigkeit des Entstehungsvorgangs, die **Unbestechlichkeit der selbsttätig arbeitenden Maschine**. Dieses Vertrauen missbraucht der Fälscher, indem er den Anschein erweckt, die von ihm beeinflussten Zeichen seien das Ergebnis der von der Maschine automatisch und selbstständig vorgenommenen Klassifikation (vgl. BGHSt 28, 300 [304]; 29, 204 [207]; BGH, Beschl. v. 05.07.1990 – 1 StR 135/90, BGHR StGB § 268 Aufzeichnung 1).“ (BGH aaO.)

#### b) Vorliegen einer technischen Aufzeichnung

Technische Aufzeichnung ist gem. § 268 II StGB eine **Darstellung von Daten, Meß- oder Rechenwerten, Zuständen oder Geschehensabläufen**, die durch ein technisches Gerät ganz oder zum Teil selbsttätig bewirkt wird, den **Gegenstand der Aufzeichnung allgemein oder für Eingeweihte erkennen** lässt und zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache bestimmt ist, gleichviel ob ihr die Bestimmung schon bei der Herstellung oder erst später gegeben wird.

##### aa) Erfassung von Umsatz- und Spieldaten als Darstellung

Zunächst muss es sich bei den Umsatz- und Spieldaten und deren Auslesung um eine Darstellung von Daten handeln.

##### (1) Begriff

„Darstellung i.d.S. sind Aufzeichnungen, bei denen die **Informationen in einem selbstständig verkörperten, vom Gerät abtrennbaren Stück enthalten** sind (vgl. BGHSt 29, 204 [205]). Daran fehlt es, wenn etwa Mess- oder Rechenergebnisse wie bei dem Kilometerstand eines Tachometers am Kraftfahrzeug (vgl. BGHSt 29, 204 [208]), einer Waage (vgl. BGH, Beschl. v. 05.07.1990 – 1 StR 135/90, BGHR StGB § 268 Aufzeichnung 1) oder einem Strom- oder Wasserzähler mit ablesbarem Display nur momentan wahrnehmbar sind. **Bloße Anzeigevorrichtungen** sind von dem Begriff der technischen Aufzeichnung deshalb **nicht mehr erfasst**. Erforderlich ist vielmehr eine Perpetuierung der Aufzeichnung auf einem Medium, welches die Wahrnehmbarkeit der Aufzeichnung dauerhaft ermöglicht.“ (BGH aaO.)

##### (2) Anwendung auf den Fall

„Bei den Geldspielautomaten erfolgt die **automatische Sicherung** der erfassten Umsatz- und Spieldaten in dem in das Gerät **eingebauten Speichermedium**. Dabei handelt es sich um ein selbstständiges Bauteil i.S.d. Gesetzes (vgl. Begr. E 1962, BT-Drs. IV/650, S. 481 f., wonach eine technisch-funktionelle Auslegung des Begriffes geboten ist), denn es ist von dem eigentlichen Funktionsablauf und der Konstruktion des Spielmechanismus völlig unabhängig. Das Speichermedium befindet sich im Inneren des Geräts, um vor dem Zugriff Dritter geschützt zu sein, und ohne dass über eine Datenbuchse oder eine Funk- oder andere Datenverbindung darauf zugegriffen werden kann.“ (BGH aaO.)

Die entsprechenden Informationen werden daher im Sinne des Tatbestandes dargestellt.

## bb) Umsatzzahlen als Daten

### (1) Begriff

„Daten sind alle durch Zeichen oder kontinuierliche Funktionen zum Zwecke der Verarbeitung dargestellten Informationen, die einer weiteren Verarbeitung in einer Datenverarbeitungsanlage bedürfen (vgl. BT-Drs. V/4094, S. 37; Corves, Sonderausschuss Prot. V S. 2410, 2618; Zieschang aaO., § 268 Rn. 8).“ (BGH aaO.)

### (2) Anwendung auf den Fall

Bei den in den Geldspielgeräten in elektronischer Form festgestellten Umsatzzahlen müsste es sich um Daten i.S.d. Tatbestands handeln.

„So liegt es hier. Die **Einspielergebnisse**, die auf dem geräteinternen Speicher erfasst werden, stellen Daten i.d.S. dar. Ob der Begriff der Daten i.S.v. § 268 StGB über die in § 202a II StGB enthaltene Legaldefinition hinausgeht, braucht der Senat nicht zu entscheiden, denn die **elektronische Feststellung der über einen Zeitabschnitt entstandenen Umsätze** ist davon umfasst.

Allerdings handelt es sich bei den im Datenspeicher des Geräts abgelegten Daten noch nicht um eine technische Aufzeichnung i.S.v. § 268 StGB, denn diese Informationen sind zu diesem Zeitpunkt allein Teil des vom Spielautomaten (ohne technische Eingriffe) nicht abtrennbaren Gerätespeichers. Erst die dauerhafte Verkörperung auf dem mittels des Auslesegerätes – grundsätzlich ohne Einwirkungsmöglichkeit von außen – hergestellten Ausdruck ist eine Darstellung i.S.d. § 268 StGB, durch die sich der Mensch den Informationswert der in den Automaten gespeicherten Werte nutzbar machen kann. (BGH aaO.)

## cc) Vorliegen einer technischen Aufzeichnung

Technische Geräte sind **Instrumente**, die **unter Ausnutzung der Erkenntnisse von Technik und Naturwissenschaft** vorgegebene Abläufe ausführen und in einer bestimmten Weise **voll- oder teilautomatisch** wirken. Ohne dass es auf bestimmte technische Merkmale wie Gütesiegel, Zulassung durch eine Prüfstelle oder Eichung ankäme, fallen darunter alle Geräte, die menschliches Handeln technisch ersetzen (vgl. BGHSt 29, 204 [208]).

„Im Falle des Geldspielautomaten liegt die Leistung des Geräts in der **eigenständigen Erfassung und Klassifikation der eingeworfenen Geldbeträge**. Der Automat nimmt dadurch selbsttätig, nämlich ohne weitere Eingaben durch den Menschen, eine buchhalterische Tätigkeit an dessen Stelle wahr. Die Erfassung der Umsätze wird durch den Geldspielautomaten als technisches Gerät auch selbsttätig bewirkt und nach Anschluss des Auslesegerätes als technische Aufzeichnung perpetuiert.“ (BGH aaO.)

Es liegt daher eine technische Aufzeichnung vor.

## c) Wahrnehmbarkeit der technischen Aufzeichnung

Die technisch aufgezeichneten Daten müssen aber auch für den Menschen erkennbar sein. Dies ist mit der Vornahme des Ausdrucks der Fall. Die **automatische Herstellung des Ausdrucks** der gespeicherten Daten **verbürgt** hierbei grundsätzlich die **Identität der Abbildung mit der Aufzeichnung** (vgl. in diesem Zusammenhang Zieschang aaO., § 268 Rn. 22).

„Die auf dem Geldspielautomaten gespeicherten Daten werden **mittels eines bestimmten und bestimmbaren Auslesegeräts** in Gestalt eines **auf Papier fixierten Auslestreifens** der menschlichen Wahrnehmung zugänglich gemacht. Es schadet dabei nicht, dass die Daten als in der Geldspielmaschine gespeicherter Datensatz grundsätzlich für das menschliche Auge nicht lesbar sind; vielmehr ist die **nicht unmittelbare Wahrnehmbarkeit gerade Voraussetzung des Datenbegriffs** (vgl. MüKo-StGB/Graf, 2. Aufl., § 202a Rn. 12 f.). Um die Daten für den Menschen weiter verarbeiten zu können, ist deren Umsetzung als technische Aufzeichnung erforderlich; diesen Aufzeichnungsvorgang hat der Angekl. durch die zusätzliche Manipulation mit dem zwischengeschalteten Adapter beeinflusst.“ (BGH aaO.)

## d) Tatvarianten

### aa) Verfälschen einer technischen Aufzeichnung

„Eine technische Aufzeichnung verfälscht, wer **die durch die Aufzeichnung ausgewählten und fixierten Zeichen durch imitierte Zeichen ergänzt, löscht oder (teilweise) ersetzt** und damit den Eindruck erweckt, als seien diese das nach ordnungsgemäßem Herstellungsvorgang produzierte Ergebnis des Geräts. Die Verfälschung kann sich auf den Inhalt der Aufzeichnung beziehen

oder auf den perpetuierten Beweisbezug (vgl. Fischer aaO., § 268 Rn. 21; Puppe aaO., § 268 Rn. 32; Zieschang aaO., § 268 Rn. 41).“ (BGH aaO.)

Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

### bb) Herstellung einer unechten technischen Aufzeichnung

Es wird auch nicht originär eine unechte technischer Aufzeichnung hergestellt. Allerdings steht es der Herstellung einer unechten technischen Aufzeichnung gleich, wenn das Ergebnis der Aufzeichnung durch **störende Einwirkung auf den Aufzeichnungsvorgang** beeinflusst und hierdurch eine unechte technischen Aufzeichnung hergestellt wird (§ 268 III i.V.m. I Nr. 1 StGB).

„Eine **störende Einwirkung** auf den Aufzeichnungsvorgang i.S.d. § 268 III StGB liegt vor, wenn der Täter auf diesen in der vorbeschriebenen Weise **Zugriff nimmt** und hierdurch eine **Änderung des produzierten Ergebnisses bewirkt**.“ (BGH aaO.)

Die durch Zugriff auf den Aufzeichnungsvorgang vorgenommene Einwirkung auf die von den Geldspielautomaten erfassten Umsätze in Gestalt ihrer Verkürzung um ausgewählte Prozentsätze erfüllt diese Voraussetzungen.

„Die manipulativ hergestellten Auslesestreifen erweckten für unbefangene Dritte den Eindruck, das Ergebnis eines standardisierten und störungsfreien Auslesevorgangs zu sein. Die Manipulation bezog sich dabei auch – anders als in dem nicht tatbestandsmäßigen Fall der bloß täuschenden Beschickung – unmittelbar auf den Herstellungsvorgang der Aufzeichnung, der in der Wiedergabe der in dem jeweiligen Zeitabschnitt angefallenen Umsätze bestand.“ (BGH aaO.)

Der Tatbestand des § 268 StGB ist damit in der Variante des Herstellens einer unechten technischen Aufzeichnung nach -§ 268 III i.V.m. § 268 I Nr. 1 StGB erfüllt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

„Die Feststellungen belegen, dass der Angekl. vorsätzlich und zur Täuschung im Rechtsverkehr (vgl. BGHSt 5, 149 [151]; 28, 300 [304]) gehandelt hat. Die Vollendung der jeweiligen Tat ist dabei bereits im Zeitpunkt der Herstellung des verfälschten Auslesestreifens eingetreten; auf dessen Vorlage bei der Stadtverwaltung kam es nicht an.“ (BGH aaO.)

### II. Rechtswidrigkeit

Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

### III. Schuld

Zweifel an der Schuldfähigkeit der Angekl. bestehen nicht. Entschuldigungsgründe greifen nicht ein.

### IV. Ergebnis

Die Angekl. sind wegen der Herstellung einer unechten technischen Aufzeichnung nach § 268 III i.V.m. § 268 I Nr. 1 StGB strafbar.

GG

**Organstreitverfahren um Oppositionsrechte**

VerfR

Art. 38 I **Kein Anspruch auf Schaffung spezifischer Oppositionsfraktionsrechte**

(BVerfG in DÖV 2016, 779; Urteil vom 03.05.2016 – 2 BvE 4/14)

1. Das Grundgesetz enthält einen durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konkretisierten **allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz effektiver Opposition**.
2. Das Grundgesetz begründet jedoch **weder explizit spezifische Oppositions(fraktions-)rechte**, noch lässt sich ein Gebot der Schaffung solcher Rechte aus dem Grundgesetz ableiten.
3. Einer **Einführung spezifischer Oppositionsfraktionsrechte** steht zudem Art. 38 I 2 GG entgegen.
4. Einer **Absenkung der grundgesetzlich vorgegebenen Quoren** eines Drittels (Art. 39 III 3 GG) oder Viertels (Art. 23 I a 2, Art. 44 I 1, Art. 45 a II 2 und Art. 93 I Nr. 2 GG) der Mitglieder des Bundestages **für die Ausübung parlamentarischer Minderheitenrechte** steht die bewusste Entscheidung des Verfassungsgebers für die bestehenden Quoren entgegen.

**Fall:** Gegenstand des Organstreitverfahrens sind auf verschiedenen Normebenen angesiedelte Minderheiten- und Oppositionsrechte im Deutschen Bundestag (Ag.), die von der Fraktion Die Linke im Deutschen Bundestag (Ast.) überwiegend beschränkt auf die 18. Wahlperiode eingefordert wurden.

Auf Grund der Mehrheitsverhältnisse im 18. Deutschen Bundestag können die die Regierung tragenden Fraktionen CDU/CSU und SPD derzeit insgesamt 503 der 630 Sitze auf sich vereinen, während auf die nicht die Bundesregierung tragenden Fraktionen – die Ast. sowie die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – lediglich 127 Sitze entfallen.

Damit unterschreitet die Gesamtheit der Abgeordneten der Oppositionsfraktionen die Quoren, die das Grundgesetz für die Ausübung von parlamentarischen Minderheitenrechten vorsieht. Dies betrifft im Einzelnen

- das Antragsrecht eines Viertels der Mitglieder des Bundestages auf Erhebung einer Subsidiaritätsklage durch den Bundestag (Art. 23 I a 2 GG),
- das Antragsrecht eines Drittels der Mitglieder des Bundestages auf Einberufung des Bundestages durch den Präsidenten des Bundestages (Art. 39 III 3 GG),
- das Antragsrecht eines Viertels der Mitglieder des Bundestages auf Einsetzung eines Untersuchungsausschusses durch den Bundestag (Art. 44 I 1 GG),
- das Antragsrecht eines Viertels der Mitglieder des Verteidigungsausschusses auf dessen Tätigwerden als Untersuchungsausschuss (Art. 45 a II 2 GG) sowie
- die Antragsberechtigung eines Viertels der Mitglieder des Bundestages für die abstrakte Normenkontrolle (Art. 93 I Nr. 2 GG).

Diese Minderheitenrechte sind – mit Ausnahme des Antragsrechts aus Art. 39 III 3 GG – auch einfachgesetzlich geregelt, namentlich das Antragsrecht aus Art. 23 I a 2 GG in § 12 I 1 des Integrationsverantwortungsgesetzes (IntVG), das Antragsrecht aus Art. 44 I 1 GG und das Antragsrecht aus Art. 45 a II 2 GG in § 1 I sowie § 34 I 2 des Untersuchungsausschussgesetzes (PUAG), und das Antragsrecht aus Art. 93 I Nr. 2 GG in § 76 I BVerfGG.

Darüber hinaus sind weitere an die Erreichung eines Viertel-Quorums gebundene Minderheitenrechte auf der Ebene einfacher Gesetze verankert, etwa in § 8 V 3 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBBG), in § 5 IV des ESM-Finanzierungsgesetz (ESMFinG) oder in § 12 I 2 IntVG.

In seiner Sitzung am 03.04.2014 stimmte der Ag. über insgesamt vier Anträge betreffend die parlamentarischen Minderheiten- und Oppositionsrechte ab. Während der am 11.02.2014 eingebrachte Antrag der Koalitionsfraktionen zur Änderung der Geschäftsordnung (BT-Drs. 18/481) mit Änderungen angenommen wurde – dies ist Gegenstand des Antrags zu 3 –, wurden drei von Oppositionsfraktionen eingebrachte Anträge abgelehnt. Hierbei handelt es sich zum einen um den durch die Ast. sowie die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen eingebrachten Gesetzentwurf vom 29.01.2014 zur Änderung mehrerer Gesetze (BT-Drs. 18/380) – auf dessen Ablehnung bezieht sich der Antrag zu 2 – und zum anderen um den allein von der Ast. eingebrachten Gesetzentwurf vom 18.03.2014 (BT-Drs. 18/838) zur Grundgesetzänderung – auf dessen Ablehnung bezieht sich der Antrag zu 1.

Die Ast. standen auf dem Standpunkt, der Ag. hätte die auf die Änderung von Bestimmungen des Grundgesetzes und einfacher Gesetze gerichteten Gesetzentwürfe nicht ablehnen und die Änderung der GO-BT nicht beschließen dürfen. Sind die Anträge begründet?

## I. Pflicht zur Effektuierung der Kontrollfunktion der Opposition durch Einräumung der beherrschten Oppositionsrechte auf Verfassungsebene

Der Bundestag könnte verpflichtet sein, auf der Verfassungsebene Änderungen dergestalt vorzunehmen, dass die Oppositionsrechte durch Absenkung erforderlicher Quoren geändert werden.

### 1. Effektive Opposition als Verfassungsgrundsatz

Das Grundgesetz enthält einen durch die Rechtsprechung des BVerfG konkretisierten allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz effektiver Opposition.

#### a) Verankerung im Demokratieprinzip

„Der verfassungsrechtliche Schutz der Opposition wurzelt im **Demokratieprinzip nach Art. 20 I, II und Art. 28 I 1 GG** (vgl. BVerfGE 2, 1 [13] = NJW 1952, 1407; BVerfGE 44, 308 [321] = NJW 1977, 1767; BVerfGE 70, 324 [363] = NJW 1986, 907). Aus dem **Mehrheitsprinzip nach Art. 42 II GG** und den – eine punktuelle Durchbrechung des Mehrheitsprinzips darstellenden – **parlamentarischen Minderheitenrechten nach Art. 23 I a 2, 39 III 3, 44 I 1, 45 a II 2 und 93 I Nr. 2 GG** folgen der Respekt vor der Sachentscheidung der parlamentarischen Mehrheit und die **Gewährleistung einer realistischen Chance der parlamentarischen Minderheit, zur Mehrheit zu werden** (vgl. BVerfGE 5, 85 [198 f.] = NJW 1956, 1393; BVerfGE 44, 308 [321] = NJW 1977, 1767; BVerfGE 70, 324 [363] = NJW 1986, 907; BVerfGE 123, 267 [367] = NJW 2009, 2267). Dahinter steht die Idee eines – inner- wie außerparlamentarischen – **offenen Wettbewerbs der unterschiedlichen politischen Kräfte**, welcher namentlich voraussetzt, dass die Opposition nicht behindert wird (vgl. BVerfGE 123, 267 [341 f.] = NJW 2009, 2267). Demgemäß ist die Bildung und Ausübung einer organisierten politischen Opposition konstitutiv für die freiheitliche demokratische Grundordnung (vgl. BVerfGE 2, 1 [13] = NJW 1952, 1407; BVerfGE 5, 85 [199] = NJW 1956, 1393; BVerfGE 123, 267 [367] = NJW 2009, 2267). (BVerfG aaO.)

#### b) Verankerung im Rechtsstaatsprinzip

„Zusätzlich verfassungsrechtlich abgesichert ist das **Recht „auf organisierte politische Opposition“** (BVerfGE 123, 267 [367] = NJW 2009, 2267) im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III und Art. 28 I 1 GG). Der dort verankerte **Grundsatz der Gewaltenteilung**, der die Gliederung und wechselseitige Kontrolle der gesetzgebenden, der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt anleitet und namentlich die **parlamentarische Kontrolle von Regierung und Verwaltung** erfasst (vgl. Art. 45 b GG), hat den Bedingungen des parlamentarischen Regierungssystems Rechnung zu tragen, wie sie durch das Grundgesetz und die politische Praxis ausgestaltet werden. Weil danach die Bildung einer stabilen Mehrheit für die Wahl einer handlungsfähigen Regierung und deren fortlaufende Unterstützung unerlässlich ist (vgl. Art. 63 und 67–69 GG), obliegt die **parlamentarische Kontrolle der Regierung** nicht nur dem Parlament als Ganzem, sondern **insbesondere und gerade auch den Abgeordneten und Fraktionen**, die nicht die Regierung tragen. Als parlamentarische Opposition stellen sie die **natürlichen Gegenspieler von Regierung und regierungstragender Mehrheit** dar (so genannter neuer oder innerparlamentarischer Dualismus; vgl. auch BVerfGE 49, 70 [85 f.] = NJW 1979, 261; BVerfGE 129, 300 [331] = NVwZ 2012, 33; BVerfGE 135, 259 [293 f.] = NVwZ 2014, 439).“ (BVerfG aaO.)

#### c) Gewährleistung durch Rechtsschutzsystem

Die Bedeutung der **parlamentarischen Kontrollfunktion der Opposition** zeigt sich auch in der Einräumung von Rechtsschutzmöglichkeiten zum einen durch die Einlegung einer abstrakten Normenkontrolle gegen neue Rechtssetzung und zum anderen durch das Organstreitverfahren (Art. 93 I Nr. 1 und 2 GG).

#### d) Notwendigkeit der Effektivität der Opposition

„Es gilt der Grundsatz effektiver Opposition. Sie darf bei der Ausübung ihrer Kontrollbefugnisse **nicht auf das Wohlwollen der Parlamentsmehrheit angewiesen** sein. Denn die Kontrollbefugnisse sind der parlamentarischen Opposition nicht nur in ihrem eigenen Interesse, sondern in erster Linie im **Interesse des demokratischen, gewaltengegliederten Staates** – nämlich zur öffentlichen Kontrolle der von der Mehrheit gestützten Regierung und ihrer Exekutivorgane – in die Hand gegeben (vgl. BVerfGE 49, 70 [87] = NJW 1979, 261). Der Grundsatz der Gewaltenteilung im parlamentarischen Regierungssystem gewährleistet daher die praktische Ausübbarkeit der parlamentarischen Kontrolle gerade auch durch die parlamentarische Opposition.“ (BVerfG aaO.)

## 2. Spezifische Oppositionsfraktionsrechte

Fraglich ist jedoch, ob sich aus diesem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz effektiver Opposition ein **Gebot des Bestehens und der Effektivität spezifischer Oppositionsfraktionsrechte** ergibt. Weder ist die Opposition als solche noch sind die Oppositionsfraktionen in der Verfassung als spezifische Rechtsträger vorgesehen.

„Die Ausgestaltung von Rechten der parlamentarischen Opposition vollzieht sich innerhalb der Ordnung des Grundgesetzes vielmehr **über die Rechte der parlamentarischen Minderheiten**. Den ihnen etwa in Art. 23 I a 2, 39 III 3, 44 I 1, 45 a II 2 oder 93 I Nr. 2 GG zugewiesenen Rechten kommt für das der parlamentarischen Opposition zur Verfügung stehende Instrumentarium zentrale Bedeutung zu. In keiner grundgesetzlichen Bestimmung wird eine **bestimmte Anzahl an Fraktionen** (vgl. Art. 53 a I 2 GG) mit besonderen Rechten ausgestattet.“ (BVerfG aaO.)

Allerdings ist in diesem Zusammenhang das **Mehrheitsprinzip nur punktuell durchbrochen** und zudem von der Erreichung bestimmter Mehrheiten unter der Minderheit abhängig. Diese Quoren von einem Drittel (Art. 39 III 3 GG) oder einem Viertel (Art. 23 I a 2, 44 I 1, 45 a II 2, 93 I Nr. 2 GG) sind dann die Grundvoraussetzung für die vom Mehrheitsprinzip abweichenden Oppositionsrechte.

Das Grundgesetz begründet damit keine spezifischen Oppositions(fraktions-)rechte.

### 3. Gebot der Schaffung spezifischer Oppositions(fraktions-)rechte

Allerdings könnte der Grundsatz der effektiven Opposition es gebieten, auch spezifische Oppositions(fraktions-)rechte zu schaffen. Fraglich ist jedoch, ob dies mit der sich aus Art. 38 I 2 GG ergebenden Gleichheit der Abgeordneten und ihrer Zusammenschlüsse unvereinbar ist.

„Das **individuelle Recht** zum – sowohl strukturellen als auch situativen – **parlamentarischen Opponieren** gegen die politische Linie von Regierung und regierungstragender Mehrheit gründet in der in Art. 38 I 2 GG garantierten **Freiheit und Gleichheit der Abgeordneten**, die als Vertreter des ganzen Volkes an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen sind. Diese Freiheit wird durch die nach Art. 46 GG gewährleistete Indemnität und Immunität und das Zeugnisverweigerungsrecht eines jeden Abgeordneten nach Art. 47 GG abgesichert und ist gerade für die Opposition von besonderer Bedeutung.“ (BVerfG aaO.)

Diese **Freiheit und Gleichheit der Abgeordneten** könnte der Einführung spezifischer Oppositionsfraktionsrechte entgegenstehen.

„Alle Mitglieder des Bundestages verfügen grundsätzlich über die gleichen Rechte und Pflichten. Dies folgt vor allem daraus, dass der Deutsche Bundestag seine **Repräsentationsfunktion** grundsätzlich in seiner Gesamtheit wahrnimmt, **durch die Mitwirkung aller seiner Mitglieder**, nicht durch einzelne Abgeordnete, eine Gruppe von Abgeordneten oder die parlamentarische Mehrheit (vgl. BVerfG NJW 1975, 2331; NJW 1977, 1767; NJW 1981, 1831; NJW 1990, 373; NVwZ 1996, 1197; NJW 1998, 3037; NJW 2009, 2267; NVwZ 2012, 495; NVwZ 2015, 1751 Rn. 91). Jeder Abgeordnete ist berufen, an der Arbeit des Bundestages, seinen Verhandlungen und Entscheidungen teilzunehmen. Dies gilt namentlich für die Kontrollfunktion des Parlaments gegenüber der Regierung (vgl. BVerfG NJW 1990, 373; LKV 1995, 293; stRspr). Demzufolge ist auch den Abgeordneten, die strukturell die Regierung stützen, die Möglichkeit eines Opponierens im Einzelfall eröffnet.

Diese Maßstäbe gelten auch für Fraktionen, deren Rechtsstellung als notwendige Einrichtungen des Verfassungslebens, politisches Gliederungsprinzip für die Arbeit des Bundestages und maßgebliche Faktoren der politischen Willensbildung ebenfalls in Art. 38 I 2 GG begründet ist, da **Fraktionen Zusammenschlüsse von Abgeordneten** sind (vgl. Art. 53 a I 2 GG; BVerfG NJW 1986, 907; NJW 1990, 373; NJW 1991, 2474; NVwZ 1996, 1197; zum Grundsatz der Fraktionsgleichheit vgl. BVerfG NVwZ 1996, 1197; NJW 2005, 203; NVwZ 2012, 495; NJW 2014, 1505 Rn. 153; NVwZ 2015, 175 Rn. 92).

Eine **Durchbrechung des Grundsatzes** der Gleichheit der Abgeordneten und ihrer Zusammenschlüsse ist **nur bei Vorliegen besonderer Gründe** verfassungsrechtlich gerechtfertigt (vgl. BVerfG NVwZ 1996, 1197; NJW 1998, 3037; stRspr), die **ihrerseits durch die Verfassung legitimiert** und von einem Gewicht sein müssen, das der Gleichheit der Abgeordneten die Waage halten kann. Die Anforderungen an einen solchen Grund entsprechen denen, die an Differenzierungen innerhalb der Wahlrechtsgleichheit zu stellen sind, weil diese **auf der zweiten Stufe der Entfaltung demokratischer Willensbildung**, d.h. im Status und der Tätigkeit der Abgeordneten, fortwirkt (vgl. BVerfG NJW 2000, 3771; NJW 2005, 203; NVwZ 2012, 495; stRspr).

Die **Zuweisung spezifischer Oppositionsrechte** stellt eine **Bevorzugung**, mithin eine Ungleichbehandlung zu Gunsten der oppositionellen Abgeordneten und ihrer Zusammenschlüsse **gegenüber den die Regierung tragenden Abgeordneten und deren Zusammenschlüssen** dar. Ein durchgreifender Rechtfertigungsgrund nach den genannten Maßstäben ist vorliegend weder vorgetragen noch ersichtlich.“ (BVerfG aaO.)

### 4. Effektivierung der Oppositionsrechte durch Absenkung der Quoren

Dem Rechtsschutzziel käme auch die Absenkung der verfassungsrechtlich vorgesehenen Quoren für die Ausübung der Minderheitenrechte gleich. Im Hinblick auf die Gleichheit aller Abgeordneten wäre eine solche Entscheidung jedenfalls neutral.

„Einer Absenkung der grundgesetzlich vorgegebenen Quoren eines Drittels (Art. 39 III 3 GG) oder Viertels (Art. 23 I a 2, 44 I 1, 45 a II 2 und 93 I Nr. 2 GG) der Mitglieder des Bundestages für die Ausübung parlamentarischer Minderheitenrechte steht jedenfalls die bewusste Entscheidung des Verfassungsgebers für die bestehenden Quoren entgegen; diese Entscheidung ist auch vom BVerfG zu respektieren.“ (BVerfG aaO.)

Aber auch aus sonstigen rechtlichen Gründen wäre eine solche Entscheidung verfassungsrechtlich nicht zulässig.

„Auf Grund des **expliziten Wortlauts der Grundgesetzbestimmungen** ist der Weg für eine Auslegung (zum Gebot der Auslegung zu Gunsten der Wirksamkeit parlamentarischer Kontrolle vgl. BVerfG NJW 1984, 2271; vgl. oben Rn. 90) im Sinne einer **teleologischen Reduktion der Quoren** verstellt; für **Analogieschlüsse** fehlt es bereits an einer analogiefähigen Norm. Namentlich für die abstrakte Normenkontrolle hat das BVerfG festgestellt, dass der Katalog der Antragsberechtigten abschließend und eine Erweiterung – im Wege der Auslegung oder Analogie – unzulässig ist (vgl. BVerfGE 21, 52 [53 f.] = NJW 1967, 244; BVerfGE 68, 346 [349]). Das Gericht würde damit die der Verfassungsgerichtsbarkeit vom Grundgesetz gezogenen Grenzen durch Zulassung weiterer Verfassungsstreitigkeiten überschreiten und so **von einer wichtigen Grundentscheidung des Verfassungsgebers abweichen**. Dazu ist es nicht befugt (vgl. BVerfGE 21, 52 [53 f.] = NJW 1967, 244). Diese Bewertung lässt sich auf sämtliche grundgesetzliche Quoren übertragen.“ (BVerfG aaO.)

Die Einführung spezifischer verfassungsrechtlicher Oppositionsrechte ist demnach rechtlich nicht zulässig.

## II. Pflicht zur Effektivierung der Kontrollfunktion der Opposition durch Einräumung der begehrten Oppositionsrechte auf der Ebene des einfachen Rechts

„Soweit grundgesetzlich nicht speziell geregelte Minderheitenrechte vom Antrag erfasst sind, ist das Ergebnis hingegen nicht durch explizite Verfassungsnormen vorgegeben. Dies betrifft die Änderung von § 5 IV ESMFinG und des IntVG, soweit das Recht der Erhebung der Subsidiaritätsklage nicht stützenden parlamentarischen Minderheiten betroffen ist, nach § 12 I 2 IntVG ihre Auffassung in der Klageschrift deutlich zu machen.“

Die begehrte Einfügung spezifischer Oppositionsrechte durch befristete Ergänzung des § 5 IV ESMFinG für die Dauer der 18. Legislaturperiode um die Berechtigung „zwei Fraktionen im Ausschuss, die nicht die Bundesregierung tragen“ (Art. 4 Nrn. 1 und 2 [i. V.m. Art. 7 I] des Gesetzentwurfs BT-Drs. 18/380), stellt eine verfassungsrechtlich **nicht zu rechtfertigende Beeinträchtigung der Gleichheit der Abgeordneten und ihrer Zusammenschlüsse nach Art. 38 I 2 GG** dar [wird ausgeführt].

Die begehrte Einfügung spezifischer Oppositionsrechte durch eine befristete Anfügung des vorgeschlagenen § 12 I 3 IntVG für die Dauer der 18. Legislaturperiode und damit die Erweiterung um berechtigte zwei Oppositionsfraktionen (Art. 6 [i. V.m. Art. 7 II] des Gesetzentwurfs BT-Drs. 18/380) stellt ebenfalls eine **verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende Beeinträchtigung der Gleichheit der Abgeordneten und ihrer Zusammenschlüsse nach Art. 38 I 2 GG** dar (vgl. Rn. 99 ff., 123 ff.).“ (BVerfG aaO.)

## III. Pflicht zur Effektivierung der Kontrollfunktion der Opposition durch Einräumung der begehrten Oppositionsrechte auf der Ebene der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages

„Der Antrag ... ist unbegründet, da eine Pflicht des Ag. zur Einräumung der von der Ast. begehrten Oppositionsrechte auf Ebene der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages nicht besteht.“ (BVerfG aaO.)

GastG  
§ 18 I 2

## Gaststättenrecht Sperrzeitverlängerung zum Lärmschutz

POR

(OVG Münster in DÖV 2016, 696; Beschluss vom 15.04.2016 – 4 A 17/14)

Ein gaststättenrechtliches Einschreiten zum Schutz der Bewohner von Nachbargrundstücken vor schädlichen Umwelteinwirkungen ist grundsätzlich zulässig, wenn der Gaststättenbetrieb einen **mehr als nur unerheblichen Mitverursachungsbeitrag** zu den abzuwehrenden schädlichen Umwelteinwirkungen leistet (hier: durch Verkauf über die Straße mitverursachte nächtliche Menschenansammlungen auf einem innerstädtischen Platz und damit einhergehender unzumutbarer Lärm).

**Fall:** Die Klägerin betrieb einen Kiosk und an gleicher Stelle eine als „Trinkhalle“ bezeichnete erlaubnisfreie Schank- und Speisewirtschaft. In den Geschäftsräumen befand sich bereits in den Vorjahren ein vergleichbarer Betrieb einer anderen Gewerbetreibenden. Der Kiosk lag unmittelbar am innerstädtischen C. Platz in L., der sich seit einigen Jahren zu einem beliebten Treffpunkt junger Menschen entwickelt hatte. Diese hielten sich dort vom Frühjahr bis in den Herbst, insbesondere in warmen Sommernächten, zu großer Zahl abends und nachts auf, um gemeinsam zu feiern, Musik zu hören und alkoholische Getränke zu konsumieren. Nach den behördlichen Feststellungen bildete schon der Vorgängerbetrieb für die auf dem Platz verweilenden Personen den Schwerpunkt der Nachschubversorgung mit alkoholischen Getränken. Aufgrund zahlreicher Anwohnerbeschwerden wegen Lärms und Verunreinigung und nach Durchführung von Lärmmessungen ergriff die beklagte Ordnungsbehörde eine Reihe von Maßnahmen, um den nächtlichen Menschenansammlungen und den damit einhergehenden Beeinträchtigungen entgegenzuwirken. Teil des Maßnahmenkatalogs waren gegenüber der Inhaberin des Vorgängerbetriebs verfügte Sperrzeitenverlängerungen an Sonn- und Feiertagen sowie ein nächtliches Verkaufs- und uneingeschränktes Ausschankverbot für alkoholische Getränke. Mit Ordnungsverfügung vom 25.04.2013 - jeweils befristet bis zum 31.10.2013 - hat die Beklagte für die erlaubnisfreie Schank- und Speisewirtschaft („Trinkhalle“) der Klägerin eine Sperrzeitverlängerung an Sonn- und Feiertagen angeordnet (Ziff. 1) und die nächtliche Abgabe von Flaschenbier an jedermann über die Straße ebenso verboten (Ziff. 2) wie den nächtlichen Verkauf alkoholischer Getränke über die von der Klägerin an gleicher Stelle betriebene Verkaufsstelle (Kiosk, Ziff. 3) sowie darüber hinaus - zeitlich unbefristet - die Abgabe alkoholischer Getränke in geöffneten Flaschen sowohl über die Schank- und Speisewirtschaft als auch die Verkaufsstelle untersagt (Ziff. 4). Hiergegen hat diese Klage erhoben. Ist die zulässige Anfechtungsklage begründet?

Die Anfechtungsklage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die getroffenen Anordnungen rechtswidrig sind und die Klägerin in ihren Rechten verletzen.

### I. Sperrzeitverlängerung

Die Sperrzeitverlängerung betrifft den Gaststättenbetrieb der Klägerin. Die allgemeine Sperrzeit für Schank- und Speisewirtschaften gilt nach § 18 I 2 GastG i.V.m. § 3 III 1 GewRV NW von 05:00 Uhr bis 06:00 Uhr.

#### 1. Voraussetzungen für eine Sperrzeitverlängerung

Nach § 18 I 2 GastG i.V.m. § 3 VI gewRV NW kann diese Sperrzeit bei Vorliegen eines öffentlichen Bedürfnisses oder besonderer örtlicher Verhältnisse für einzelne Betriebe verlängert, verkürzt oder aufgehoben werden.

„Da der **Schutzzweck der Sperrzeitfestsetzung** weitgehend mit demjenigen des § 5 GastG übereinstimmt, ist hierbei insbesondere von Bedeutung der in § 5 I Nr. 3 GastG normierte **Schutz gegen schädliche Umwelteinwirkungen** im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und gegen **sonstige erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Bewohner des Betriebsgrundstücks oder der Nachbargrundstücke sowie der Allgemeinheit** (vgl. BVerwGE 101, 157; VGH München, GewArch 2012, 370; Michel/Kienzie/Pauly, GastG, 14. Auflage 2003, § 18 Rn. 13, 19, 21.)“ (OVG Münster aaO.)

#### 2. Vorliegen der Voraussetzungen

„Das Verwaltungsgericht hat unter Bezugnahme auf die diesbezüglichen Darlegungen der Beklagten in der angefochtenen Ordnungsverfügung angenommen, der Gaststätten- und Einzelhandelsbetrieb der Klägerin trage mitursächlich zu nächtlichen Menschenansammlungen auf dem C. Platz und damit einhergehenden lärm- und verschmutzungsbedingten erheblichen Nachteilen, Gesundheitsgefahren und Belästigungen für die Anwohner und die Allgemeinheit bei. Diese Einschätzung begegnet keinen ernstlichen Zweifeln.“ (OVG Münster aaO.)

Hierbei ist nicht relevant, dass die Klägerin den Betrieb erst kurz vor Erlass der Ordnungsverfügung übernommen hatte.

„Die Bejahung eines öffentlichen Bedürfnisses bzw. besonderer örtlicher Verhältnisse gemäß § 18 I 2 GastG erfordert mit Blick auf den in § 5 I Nr. 3 GastG normierten Schutz die Feststellung von Tatsachen, die die dort bezeichneten **Beeinträchtigungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwarten lassen**. Ausschlaggebend ist eine auf Tatsachen gestützte Prognose. Für diese **Prognose** ist hier der Umstand, dass die Klägerin selbst den Betrieb erst kurz vor Erlass der Ordnungsverfügung aufgenommen hatte, unerheblich. Denn der Sache nach führt sie einen bereits zuvor an gleicher Stelle vorhandenen Gewerbebetrieb **ohne wesentliche Änderungen fort**, hat also lediglich ein Betreiberwechsel von der früheren Betriebsinhaberin zur Klägerin stattgefunden. Deshalb durfte die Beklagte davon ausgehen, dass ihre zu den Auswirkungen des Betriebs auf die Situation am C. Platz getroffenen Feststellungen durch den Wechsel der Betriebsinhaberin nicht überholt waren (vgl. zu einer vergleichbaren Fallgestaltung OVG NRW, GewArch 2013, 132).“ (OVG Münster aaO.)

Der Mitverursachung steht auch nicht entgegen, dass die „Nachschubversorgung auch über sonstige umliegende Gastronomiebetriebe und Kioske erfolgt und daher die ergriffenen Maßnahmen bislang keinen messbaren Erfolg gehabt hätten.

„Selbst wenn es zutreffen sollte, dass die zuvor von der Beklagten **ergriffenen Maßnahmen keine Verbesserung der Lärm- und Verschmutzungssituation** bewirkt hatten - die Beklagte geht in der Begründung der angefochtenen Ordnungsverfügung (S. 3) explizit vom Gegenteil aus -, rechtfertigt das nicht den von der Klägerin gezogenen Schluss, ihr Betrieb spiele für die „Nachschubversorgung“ keine Rolle und leiste deshalb keinen relevanten Mitverursachungsbeitrag.“ (OVG Münster aaO.)

Die Klägerin kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, dass sie sich nicht das Verhalten sämtlicher Personen zurechnen lassen müsse, die sich abends und nachts auf dem C. Platz aufhalten, da diese nicht alle zu ihren Kunden zählten.

„[Jedenfalls stellt] die Klägerin ... nicht in Abrede, dass einer Gaststätte der durch ihre Gäste auf dem Weg von oder zu ihr hervorgerufenen Lärm zuzurechnen ist, sofern er **noch einen erkennbaren Bezug zu dem Betrieb** hat (vgl. BVerwGE 101, 157; GewArch 2003, 300). Bereits ein **mehr als nur unerheblicher Mitverursachungsbeitrag** zu den abzuwehrenden schädlichen Umwelteinwirkungen rechtfertigt ein gaststättenrechtliches Einschreiten (vgl. VGH München, Beschluss vom 16.09.2010 - 22 B 10.289 -, juris, Rn. 17.; zum Immissionsschutzrecht Jarass, BImSchG, 10. Auflage 2013, § 5 Rn. 15, 17, § 22 Rn. 27).

Denn für das Vorliegen schädlicher Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes kommt es auf eine **summative, die Immissionsbeiträge auch anderer Quellen einschließende Betrachtung der Gesamtbelastung** an einem bestimmten Einwirkungsort an, nicht aber auf die Zuordnung dieser Immissionen zu einer bestimmten Anlage (vgl. BVerwG, Urteile vom 21.03.1996 - 4 C 9.95 -, BVerwGE 101, 1 = juris, Rn. 31, und vom 21.02.2013 - 7 C 22.11 -, NVwZ-RR 2013, 593 = juris, Rn. 27; Jarass, BImSchG, 10. Auflage 2013, § 3 Rn. 19, 49 f.).“ (OVG Münster aaO.)

Danach war die Inanspruchnahme der Klägerin gerechtfertigt, weil damit zu rechnen war, dass ihr Betrieb künftig - erneut - den Schwerpunkt der „Nachschubversorgung“ bilden würde.

### 3. Rechtsfolgen / Ermessen

Die Sperrzeitverlängerung stellt jedoch bei Vorliegen der Voraussetzungen für ihren Erlass keine gebundene Entscheidung dar, sondern ist nach § 18 I 2 GastG i.V.m. § 3 VI 1 GewRV NW in das Ermessen der Behörde gestellt. Die gegenüber der Klägerin ausgesprochene Sperrzeitverlängerung müsste daher auch ermessensgerecht gewesen sein. Es muss insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingehalten worden sein, d.h. die Anordnung der Sperrzeitverlängerung muss **geeignet, erforderlich und angemessen** gewesen sein.

#### a) Geeignetheit

Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie die Erreichung des angestrebten Zwecks fördert.

„Der gegen die Eignung der Sperrzeitverlängerung wie auch der weiteren von der Beklagten getroffenen Anordnungen gerichtete Einwand der Klägerin, trotz der bereits gegenüber der früheren Betriebsinhaberin getroffenen inhaltsgleichen Anordnungen habe sich die Situation am C. Platz nicht verbessert, insbesondere weil durch andere in der Umgebung vorhandene Anbieter eine fortdauernde Getränkeversorgung gesichert gewesen sei, greift nicht durch. Die gegen den Mitverursachungsbeitrag gerichtete Maßnahme ist schon deshalb geeignet, weil der **gewünschte Erfolg durch sie gefördert** werden kann, wobei die **Möglichkeit der Zweckerreichung genügt** (vgl. BVerfGE 103, 293).“ (OVG Münster aaO.)

Die Sperrzeitverlängerung war geeignet, den gewünschten Zweck zu fördern.

**b) Erforderlichkeit**

Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn es kein milderes Mittel gleicher Eignung gibt. Einziges in Betracht kommendes Alternativmittel, welches milder wirken würde, wäre die von der Klägerin angesprochene freiwillige Selbstverpflichtung. Diese würde das angestrebte Ziel jedoch nicht mit der gleichen Sicherheit fördern.

*„Angesichts der **Ungewissheit über das auch dauerhafte Bestehen der dafür notwendigen Mitwirkungsbereitschaft einer Vielzahl von Personen** handelt es sich bei einer derartigen Lösung nicht um ein gleich wirksames Mittel, auf das sich die im Rahmen ihrer ordnungsrechtlichen Befugnisse zur einseitigen Rechtsdurchsetzung berufene Beklagte einlassen müsste.“* (OVG Münster aaO.)

Die Sperrzeitverlängerung war demnach auch erforderlich.

**c) Angemessenheit**

Sie muss auch angemessen sein. Eine Maßnahme ist angemessen wenn die zur Zweckerreichung gewählten Mittel nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen.

*„[Das Verwaltungsgericht] ...ist auf der Grundlage einer insoweit gebotenen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 24.02.2011 - 8 B 105.10 -, juris, Rn. 4) **Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe** zu dem Ergebnis gelangt, das Interesse der Klägerin an einer zeitlich unbeschränkten Öffnung ihrer Gaststätte auch an Sonn- und Feiertagen müsse hinter dem Lärmschutzinteresse der Anwohner und der Allgemeinheit zurücktreten. Dass diese Einschätzung unzutreffend sein könnte, ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich.“* (OVG Münster aaO.)

Die Sperrzeitverlängerung war somit auch angemessen und damit insgesamt verhältnismäßig. Damit steht auch ihre Rechtmäßigkeit fest und die gegen die Sperrzeitverlängerung gerichtete Anfechtungsklage ist unbegründet.

**II. Verbot des Verkaufs von Flaschenbier zwischen 23:30 Uhr und 6:00 Uhr**

Gegenüber Gewerbetreibenden, die - wie die Klägerin - ein **erlaubnisfreies Gaststätten-gewerbe** betreiben, können nach § 5 II i.V.m. I Nr. 3 GastG Anordnungen zum Schutz gegen die in § 5 I Nr. 3 GastG genannten schädliche Umwelteinwirkungen und sonstigen erheblichen Nachteile, Gefahren oder Belästigungen erlassen werden. Hierunter fällt auch das Verbot, im Rahmen des Betriebs der „Trinkhalle“ zwischen 23:30 Uhr und 6:00 Uhr Flaschenbier an jedermann über die Straße abzugeben.

**1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen**

*„Das Verbot, mit dem der im Gaststättenbetrieb der Klägerin nach § 7 II Nr.2 GastG außerhalb der Sperrzeiten grundsätzlich zulässige Verkauf über die Straße eingeschränkt wird, soll unzumutbaren Lärmbelastigungen und gesundheitsgefährdenden Verschmutzungen am C. Platz entgegenwirken. Es soll die Attraktivität eines nächtlichen Verweilens auf dem Platz dadurch mindern, dass die Möglichkeit, sich im Betrieb der Klägerin nachts mit Flaschenbier zu versorgen, unterbunden wird. Insoweit ergänzt das Verbot die auf Sonn- und Feiertage beschränkte Sperrzeitverlängerung.“* (OVG Münster aaO.)

**2. Ermessensgerechtigkeit**

Hinsichtlich der vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung gelten hier die vorstehenden Ausführungen. Die Klägerin kann auch nicht mit Erfolg einwenden, dass gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG verstoßen werde, weil den Betrieben der Außengastronomie am C. Platz entsprechende Beschränkungen erst ab Mitternacht auferlegt sind.

*„Die für die Außengastronomie erteilten Sondernutzungserlaubnisse sind nach den von der Klägerin nicht in Zweifel gezogenen Angaben der Beklagten mit der Auflage versehen, dass der Betrieb inklusive der Auf- und Abräumarbeiten sowie der notwendigen Sicherungsmaßnahmen jeweils bis 24:00 Uhr beendet sein muss, um anschließend die Nachtruhe sicherzustellen. Hieran hat die Beklagte sich beim Erlass des täglich ab 23:30 Uhr geltenden Verbots unter Ziffer 2 orientiert und dabei von der sachgerechten Erwägung leiten lassen, dass Kunden der Klägerin bis 23:30 Uhr erworbenes Flaschenbier in der bis Mitternacht verbleibenden halben Stunde konsumieren und im Anschluss den Platz verlassen werden.“* (OVG Münster aaO.)

Die Anordnung ist damit rechtmäßig und die hiergegen gerichtete Anfechtungsklage unbegründet.

### III. Verbot des Verkaufs alkoholischer Getränke zwischen 23:30 Uhr und 6:00 Uhr

Dieses Verbot betrifft nicht den Gaststättenbetrieb der Klägerin, sondern die Abgabe von Getränken über den Verkaufskiosk.

#### 1. Ermächtigungsgrundlage

„Es kann dahinstehen, ob sich das Verkaufsverbot auf die gefahrenabwehrrechtliche Generalklausel des § 14 I OBG NW stützen lässt, ob als taugliche Rechtsgrundlage ausschließlich die Vorschrift des § 15 I 1 LImSchG NW in Betracht kommt, die § 14 I OBG NW als spezielle Eingriffsnorm zur Abwehr schädlicher Umwelteinwirkungen vorgehen könnte (vgl. § 14 II OBG NW), oder ob allein die Ermächtigung zum Erlass von Einzelfallanordnungen nach § 24 BImSchG - einschlägig ist, weil der dem Einzelhandelsbetrieb der Klägerin zurechenbare Mitverursachungsbeitrag zur Gesamtlärmbelastung als anlagenbezogener Lärm einzuordnen ist.“ (OVG Münster aaO.)

#### 2. Vorliegen der Voraussetzungen

„Die Beklagte ist als örtliche Ordnungsbehörde und untere Immissionsschutz- bzw. Umweltbehörde in jedem Fall sachlich und örtlich zuständig (vgl. §§ 3 I, 4 I, 5 I OBG NW, § 14 I, III und IV LImSchG NW i.V.m. § 12 II OBG NW und § 1 I, II Nr. 3 und III ZustVU NW) und nach pflichtgemäßem Ermessen zum Einschreiten gegen denjenigen befugt, der als Verursacher bzw. Anlagenbetreiber für die Entstehung nicht zulässigen unzumutbaren Lärms rechtlich verantwortlich ist (vgl. § 17 I OBG NW, §§ 3 I, 9 I LImSchG NW, § 22 I BImSchG).“ (OVG Münster aaO.)

Diese Voraussetzungen liegen nach den oben stehenden Ausführungen vor. Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit oder sonstiger ermessensbindender Aspekte bestehen nicht. Die getroffene Maßnahme ist rechtmäßig, die hiergegen gerichtete Anfechtungsklage damit ebenfalls unbegründet.

### IV. Verbot des Verkaufs alkoholische Getränke in geöffneten Getränkeflaschen zu verkaufen oder zu verabreichen,

„Die hinsichtlich des **erlaubnisfreien Gaststättenbetriebs** („Trinkhalle“) auf § 5 II i.V.m. I Nr. 3 GastG und hinsichtlich der **Verkaufsstelle** (Kiosk) auf § 14 I OBG gestützte Untersagung dient der Abwehr drohender Verstöße gegen das für den Betrieb der Klägerin aus § 1 I Nr. 1, 2 I 1, II Nr. 1 GastG folgende gesetzliche Verbot des Ausschanks alkoholischer Getränke. Ein Ausschank, d. h. das Verabreichen von Getränken zum Verzehr an Ort und Stelle (vgl. § 1 I Nr.1 GastG), ist ... insbesondere dann anzunehmen, wenn **besondere Einrichtungen oder Vorrichtungen für den alsbaldigen Verzehr** bereitgehalten werden, wozu auch Flaschenöffner zählen (vgl. Michel/Kienzle/Pauly, GastG, 14. Auflage 2003, § 1 Rn. 45.).

Dass der von der Klägerin **vorgehaltene Flaschenöffner** auch zum Öffnen alkoholfreier Getränke genutzt und eine Vielzahl alkoholischer Getränke in Flaschen mit Schraubverschlüssen angeboten werden mag, ist unerheblich, solange nicht durch entsprechende organisatorische Maßnahmen der Klägerin hinreichend sichergestellt ist, dass ihre Kunden den Flaschenöffner nicht zumindest auch zum Öffnen alkoholischer Flaschengetränke benutzen werden. Dass sie solche Maßnahmen ergriffen hätte, hat die Klägerin nicht dargelegt.“ (OVG Münster aaO.)

Auch diese Anordnung hält folglich einer rechtlichen Prüfung stand. Die hiergegen gerichtete Anfechtungsklage ist demnach unbegründet.

## Kurzauslese I

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

BGB

### Online-Banking

ZivilverfR

§§ 172, 675v II, 675w

#### Anscheinsbeweis für Autorisierung eines Zahlungsvorgangs

(BGH in MDR 2016, 660; Urteil vom 26.01.2016 – XI ZR 91/14)

1. Bei dem Nachweis der **Autorisierung eines Zahlungsvorgangs mittels eines Zahlungsauthentifizierungsinstruments** ist nach § 675w S. 3 BGB Voraussetzung einer Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises, dass auf Grundlage aktueller Erkenntnisse die **allgemeine praktische Unüberwindbarkeit des eingesetzten Sicherungsverfahrens** sowie dessen ordnungsgemäße Anwendung und fehlerfreie Funktion im konkreten Einzelfall feststehen.
2. Der Zahlungsdienstnutzer muss zur **Erschütterung eines** für die Autorisierung eines Zahlungsauftrags sprechenden **Anscheinsbeweises** keinen konkreten und erfolgreichen Angriff gegen das Authentifizierungsinstrument vortragen und beweisen, sondern kann sich auch auf **außerhalb des Sicherheitssystems des Zahlungsdienstleisters liegende Umstände** stützen, die für einen nicht autorisierten Zahlungsvorgang sprechen.
3. Es gibt **keinen** einen **Anscheinsbeweis** rechtfertigenden Erfahrungssatz, dass bei einem Missbrauch des Online-Bankings, wenn die Nutzung eines Zahlungsauthentifizierungsinstruments korrekt aufgezeichnet worden und die Prüfung der Authentifizierung beanstandungsfrei geblieben ist, eine **konkrete grob fahrlässige Pflichtverletzung** des Zahlungsdienstnutzers nach § 675v II BGB vorliegt.

HGB

### Umfang der Prokura

HandelsR

§ 49

#### Änderung der Geschäftsanschrift

(KG Berlin in DB 2016, 1430; Beschluss vom 04.05.2016 – 22 W 128/15)

Die dem Prokuristen gesetzlich eingeräumte **rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht reicht** für die Anmeldung der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift bei der Gesellschaft, für die die Prokura erteilt ist, **nicht aus**.

**Fall:** Die Beteiligte ist seit dem 27.06.2013 in das Handelsregister B des Amtsgerichts eingetragen. Neben dem Geschäftsführer verfügt sie über zwei Prokuristen, die Herren F... H... und J... K.... Sie dürfen die Beteiligte jew. zu zweit oder mit einem Geschäftsführer vertreten. Eine Befreiung von den Beschränkungen von § 181 BGB ist erteilt. Der einzige Geschäftsführer der Beteiligten wohnt in Italien. Als Geschäftsanschrift ist derzeit die F..., ..., im Register vermerkt.

Mit einer notariell beglaubigten Erklärung vom 02.10.2015 meldete der zum Prokuristen bestellte Herr H... die Änderung der Geschäftsanschrift zur Eintragung an. Die Geschäftsanschrift laute nunmehr: c/o Kanzlei M.... Der Wortlaut der Anmeldung enthält keinen Hinweis auf die Prokuristenstellung, es heißt vielmehr, dass die Anmeldung in der Eigenschaft als Geschäftsführer der Gesellschaft erfolgt.

Mit einem Schreiben vom 22.10.2015 hat das Amtsgericht unter Berufung auf die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 07.08.2014 darauf hingewiesen, dass die Vertretungsmacht eines Prokuristen nicht die Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift erfasse. Diese habe vielmehr durch den Geschäftsführer zu erfolgen, wofür eine Frist von sechs Wochen gesetzt werde. Gegen diese Verfügung hat der beurkundende Notar mit Schreiben vom 23.10.2015 Beschwerde eingelegt. Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und ausgeführt, dass eine Anmeldung zwar durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter erfolgen könne, die durch die Prokura eingeräumte gesetzliche Vertretungsmacht hierfür aber wegen der großen Bedeutung der Änderung der Geschäftsanschrift nicht ausreiche. Trifft dies zu?

#### I. Anmeldepflicht für Änderungen der Geschäftsanschrift

*„Die inländische Geschäftsanschrift ist nicht nur nach § 8 IV Nr. 1 GmbHG bei der Erstanmeldung der Gesellschaft in deren Rahmen mitzuteilen. Es besteht nach § 31 I HGB auch die Verpflichtung eine spätere Änderung der inländischen Geschäftsanschrift zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Diese Regelung gilt dabei für die GmbH entsprechend, weil diese nach § 13 III GmbHG Handelsgesellschaft ist, sodass auf sie nach § 6 I HGB die für den Kaufmann geltenden Vorschriften anzuwenden sind. § 31 HGB ist aber gerade eine einen Kaufmann betreffende Vorschrift.“ (KG Berlin aaO.)*

#### II. Anmeldeberechtigung für Gesellschaft

*„Anzumelden hat die Änderung nach § 31 I HGB i.V.m. § 29 I HGB **der Kaufmann**, hier also der **gesetzliche Vertreter der Beteiligten**. Dies ist zunächst der **Geschäftsführer**. Allerdings kann eine Anmeldung auch durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter erfolgen. Dies folgt aus § 12 I 2 HGB, der die Form der entsprechenden Vollmacht vorschreibt. Der **Prokurist** ist gerade ein rechtsgeschäftlicher Vertreter, wobei sich der Umfang seiner Vertretungsmacht aus § 49 HGB ergibt. Daraus folgt dann auch zugleich, dass der Nachweis des Umfangs der Vertretungsmacht nicht durch die Vorlage einer Vollmacht in der Form des § 12 I 2 i.V.m. Satz 1 HGB notwendig ist, sondern allein durch Hinweis auf die Registereintragungen geführt werden kann.“ (KG Berlin aaO.)*

#### III. Umfang der Prokura

*„Der Prokurist ist **von der Befugnis** zur Anmeldung von Eintragungsumständen allerdings **nicht generell ausgeschlossen**, denn es bedarf keiner Spezialvollmacht, die eben gerade darauf gerichtet wäre, Vertretungsmacht zur Vertretung bei einer Anmeldung gegenüber dem Registergericht einzuräumen. Es handelt sich bei der Anmeldung einer Änderung der inländischen*

Geschäftsanschrift auch **nicht um eine höchstpersönliche Anmeldung**, die generell einer rechtsgeschäftlichen Vertretung entgegensteht. Voraussetzung ist aber, dass sich die Handlung im Rahmen der eingeräumten Vertretungsmacht hält.

Nach § 49 I HGB ist der Prokurist zu **allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtshandlungen** ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Die Befugnis zur Vornahme von Rechts-handlungen vor Gericht, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, muss dann aber auch grds. die Stellung von Verfahrensanträgen im Rahmen eines Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit einschließen. Notwendig ist dann nur, dass der Betrieb eines Handelsgewerbes eine derartige Vertretung mit sich bringt. Dies ist von den sog. Grundlagengeschäften abzugrenzen, die gerade nicht den Betrieb des Handelsgewerbes betreffen, sondern seine Organisation.“ (KG Berlin aaO.)

#### IV. Meinungsstand zur Änderung der Geschäftsanschrift

Ob die Prokura vor diesem Hintergrund die Befugnis zur Anmeldung nach § 31 I HGB wegen der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift umfasst, ist umstritten.

„So hat der bisher für die Registersachen zuständige **12. Zivilsenat des Kammergerichts** die Auffassung vertreten, dass Umzüge häufiger vorkämen, gerade keine Verlegung des Gesellschaftssitzes vorläge, die **Geschäftsanschrift frei wählbar** sei und jedenfalls in dem von ihm zu entscheidenden Fall keine wesentliche Bedeutung gehabt habe, weil der Umzug innerhalb von Berlin erfolgt sei; auch der Gläubigerschutz verlange keine Anmeldung durch den Geschäftsführer. Aus diesem Grund sei von einer ausreichenden Vertretungsmacht auszugehen. Demgegenüber hat das **OLG Karlsruhe** darauf hingewiesen, dass der inländischen Geschäftsanschrift eine **weitreichende Bedeutung** zukomme, weil über sie der Gesellschaft rechtsrelevante Handlungen vorgenommen werden könnten; die inländische Geschäftsanschrift habe damit eine dem satzungsmäßigen Sitz kaum abweichende Bedeutung. Sie sei von wesentlicher organisatorischer Bedeutung.

**Der letzteren Auffassung ist zu folgen.** Allerdings rechtfertigt der Gläubigerschutz nicht die Annahme, es handele sich um einen wesentlichen Umstand, sodass die Handlung nicht dem Betrieb eines Handelsgewerbes zugeordnet werden kann. Denn **Gläubiger werden schon dadurch geschützt**, dass das Gesetz **vorteilhafte Rechtsfolgen** daran knüpft, dass die im Handelsregister eingetragene Geschäftsanschrift unzutreffend ist. Nach § 15a I HGB kann der Gesellschaft **öffentlich zugestellt** werden, **wenn eine Zustellung unter der eingetragenen Anschrift nicht möglich** ist. Ob die inländische Geschäftsanschrift wesentliche Bedeutung für die Gesellschaft hat, wofür in der Tat § 35 II 3 GmbHG sprechen könnte, oder nicht, kann letztendlich dahinstehen. Es kommt allein auf die Frage an, ob die **Wahl der inländischen Geschäftsanschrift** bei irgendeinem Handelsgewerbe **zum laufenden Geschäftsbetrieb** gehört oder ob es **dem Organisationsbereich zuzuordnen** ist. Eine gesetzliche Zuweisung, die man etwa in der Zuweisung der Entscheidungsbefugnis an Gesellschafterversammlung oder Hauptversammlung finden könnte, fehlt. Auch aus der Tatsache, dass die Verpflichtung zur Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift zwangsgeldbewehrt ist, lässt sich nicht schließen, dass eine Anmeldung durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter unzulässig wäre. Denn das Gesetz sieht auch in solchen Fällen keine Einschränkung der Möglichkeit der Vertretung bei der Anmeldung durch Vollmacht vor, § 12 I HGB. Der Wechsel der inländischen Geschäftsanschrift ist **aber in jedem Fall der Organisation des Handelsgewerbes zuzurechnen**. Dies folgt schon daraus, dass die Frage der inländischen Geschäftsanschrift früher uneingeschränkt mit der Frage nach dem Sitz der Gesellschaft verbunden war und erst durch die Abkehr der Notwendigkeit von Übereinstimmung von Satzungssitz und tatsächlichem Sitz durch Änderung des § 4a GmbHG durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 entfallen ist. Durch die Änderung sollte aber nicht die Wahl des tatsächlichen Sitzes als nunmehr dem laufenden Geschäftsbetrieb zugehörige Frage eingeordnet werden. Sie sollte den Gesellschaftern vielmehr mehr Gestaltungsmöglichkeiten einräumen, wie etwa die Möglichkeit den tatsächlichen Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen. Im Gegenzug ist die **Verpflichtung zur Anmeldung und Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift** eingeführt worden. Sitz und inländischer Geschäftsanschrift bleiben daher weiterhin Organisationsaspekte der Gestaltung des Unternehmens, auch wenn zur Änderung der Geschäftsanschrift keine Satzungsänderung nach § 53 I GmbHG erforderlich ist. Demnach kann es entgegen der Auffassung des 12. Zivilsenats auch nicht darauf ankommen, ob die inländische Geschäftsanschrift aufgrund einer Vielzahl von Umzügen häufig geändert werden muss. Denn hierdurch wird nichts über die Zuweisung zum Betrieb oder zur Organisation gesagt. **Tatsächlich ist aber auch kein Handelsgewerbe denkbar, in dessen Rahmen die Verlegung des Ortes, an dem der Eingang und die Vornahme rechtsrelevanter Erklärungen zu erwarten ist, zu dem laufenden Betrieb gehört.** Dann aber fehlt einem Prokuristen, der allein auf der Grundlage der ihm nach § 49 I HGB eingeräumten Vertretungsmacht vorgeht, eine ausreichende Befugnis zur Anmeldung.“ (KG Berlin aaO.)

Der dem Prokuristen **gesetzlich eingeräumt Vertretungsumfang** reicht aber nicht dazu aus, die Gesellschaft, für die die Prokura erteilt ist, im Rahmen einer Anmeldung nach § 31 I HGB wegen der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift zu vertreten.

BGB  
§ 2285

### Drittanfechtung wechselseitiger Verfügungen Keine Beschränkung hinsichtlich des erstversterbenden Ehegatten (BGH in ZEV 2016, 442; Urteil vom 25.05.2016 – IV ZR 205/15)

ErbR

Die Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten durch einen Dritten wird **nicht in entsprechender Anwendung von § 2285 BGB beschränkt**.

**Fall:** Die Klägerin begehrt die Feststellung ihrer Alleinerbenstellung nach ihrer verstorbenen Mutter.

Die Klägerin und die Beklagte sind die beiden leiblichen Töchter des Ehepaares M.. Die Eltern der Parteien errichteten am 07.04.1977 ein handschriftliches gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig als Erben einsetzen. Sie bestimmten die Klägerin zur Erbin des zuletzt versterbenden Ehegatten, enterbten die Beklagte und entzogen ihr den Pflichtteil.

Der Vater der Parteien verfasste außerdem im Jahr 1985 ein Einzeltestament, in dem er seine Ehefrau als Alleinerbin einsetzte. Nach seinem Tod im Jahr 1995 lag dem Nachlassgericht nur dieses von der Mutter abgelieferte Einzeltestament vor.

Die Mutter verstarb am 22.01.2012. Das Nachlassgericht erteilte einen Erbschein, der die Parteien je zur Hälfte als ihre Erben auswies.

Nachdem die Klägerin am 15.07.2013 das gemeinschaftliche Testament im Tresor des Elternhauses gefunden hatte, lieferte sie es beim Nachlassgericht ab und beantragte die Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbin der Mutter. Die Beklagte erklärte daraufhin mit Schreiben vom 27.07.2013 gegenüber dem Nachlassgericht die Anfechtung des Testaments wegen eines Motivirrtums ihrer Eltern. Diese seien damals wütend auf sie gewesen, weil sie entgegen deren Wunsch Sozialpädagogik statt Medizin

studiert und ihre Eltern außerdem erfolgreich auf Unterhaltsleistung verklagt habe. Bereits etwa ein Jahr später hätten sich ihre Eltern jedoch wieder mit ihr versöhnt.

Die Verfügungen zur Schlusserbeneinsetzung der Klägerin durch beide Ehegatten in dem gemeinschaftlichen Testament sind wechselbezüglich im Sinne von § 2270 I BGB.

## I. Anfechtung der Verfügung der Mutter

Fraglich ist jedoch, ob die Beklagte die Verfügung der Mutter zur Schlusserbeneinsetzung gemäß § 2285 BGB analog anfechten kann.

„Nach dieser Regelung kann ein **Dritter vertragsmäßige Verfügungen** im Erbvertrag **nicht mehr** auf Grund der §§ 2078, 2079 BGB **anfechten**, wenn das **Recht des Erblassers**, die Verfügung aus demselben Grund anzufechten, zur Zeit des Erbfalls **erloschen** ist. Die erbvertragliche Vorschrift des § 2285 BGB ist **auf die wechselbezüglichen Verfügungen** des letztverstorbenen Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament **entsprechend anwendbar** (Senatsbeschluss vom 15.06.2010 - IV ZR 21/09, ZEV 2010, 364 Rn. 7; Senatsurteile vom 15.05.1985 – IV a ZR 231/83, FamRZ 1985, 1123 unter IV 2; vom 18.01.1956 - IV ZR 199/55, FamRZ 1956, 83, 84). Die entsprechende Anwendung folgt aus der engen Verwandtschaft und völligen Gleichheit der Rechtslage, die gegenüber dem durch Erbvertrag gebundenen Erblasser und dem überlebenden Ehegatten besteht, soweit jener das ihm wechselbezüglich zugewendete nicht ausgeschlagen hat (RGZ 77, 165, 167 f.). Das Recht zum Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung erlischt gemäß § 2271 II 1 Halbsatz 1 BGB mit dem Tod des anderen Ehegatten, so dass der **überlebende Ehegatte** von diesem Zeitpunkt an wie der Erblasser beim Erbvertrag **grundsätzlich an seine Verfügung gebunden** ist. Es gibt daher keinen Grund, den anfechtungsberechtigten Dritten gegenüber dem gemeinschaftlichen Testament besser zu stellen und den überlebenden, gebundenen Ehegatten nicht ebenso wie den Vertragserblasser in die Lage zu versetzen, durch das Unterlassen der Anfechtung nach freiem Belieben das Anfechtungsrecht des Dritten zu zerstören (vgl. RG aaO. S. 169).

Im vorliegenden Fall war die **Jahresfrist des § 2283 I BGB für eine Selbstanfechtung durch die Mutter** zur Zeit des Erbfalls bereits abgelaufen, da sie nach dem Beklagtenvortrag den behaupteten Motivirrtum als Anfechtungsgrund bereits bei ihrer Versöhnung mit der Beklagten etwa ein Jahr nach Verfassen des gemeinschaftlichen Testaments erkannt hatte, so dass die Anfechtungsfrist mit dem Tod des Vaters im Jahr 1995 als frühestmöglichem Anfechtungszeitpunkt zu laufen begonnen hätte.“ (BGH aaO.)

Die Anfechtungsfrist für die Anfechtung der Verfügung durch die Mutter war daher bei der Anfechtungsklämung der Beklagten bereits abgelaufen.

## II. Anfechtung der Verfügung des Vaters

Fraglich ist, ob auch eine Anfechtung der Verfügung des Vaters zur Schlusserbeneinsetzung wegen Motivirrtums durch die Beklagte in entsprechender Anwendung von § 2285 BGB ausgeschlossen ist.

„Eine **analoge Anwendung** dieser Vorschrift auf die Drittanfechtung einer wechselbezüglichen Verfügung des erstversterbenden Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament **kommt nicht in Betracht**. Es fehlt an der vergleichbaren Interessenlage, die für eine Analogie neben einer planwidrigen Regelungslücke erforderlich ist.

Die **herrschende Meinung in der Literatur** geht davon aus, dass § 2285 BGB auf die Anfechtung von wechselbezüglichen Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten durch Dritte - vor oder nach dem Tod des Überlebenden - **nicht entsprechend angewendet** werden kann, weil dem **erstversterbenden Ehegatten selbst kein Anfechtungsrecht, sondern ein Widerrufsrecht** hinsichtlich seiner wechselbezüglichen Verfügungen zusteht (vgl. Palandt/Weidlich, BGB 75. Aufl. § 2271 Rn. 31; MüKo-BGB/Musielak, 6. Aufl. § 2271 Rn. 43; Staudinger/Kanzleiter, BGB Bearbeitung 2014 § 2271 Rn. 67; Soergel/Wolf, BGB 13. Aufl. § 2271 Rn. 38; Mayer in Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag 6. Aufl. § 2271 BGB Rn. 91; Beck OGK/Braun, BGB Stand: 04.01.2016 § 2271 Rn. 145; Klessinger in Damrau/Tanck, Praxiskommentar Erbrecht 3. Aufl. § 2271 Rn. 102; NK-BGB/Müßig, 4. Aufl. § 2271 Rn. 100 f.; Litzemberger in Bamberger/Roth, BGB 3. Aufl. § 2271 Rn. 39; Erman/S. u. T. Kappler, BGB 14. Aufl. § 2271 Rn. 23; Muscheler, Erbrecht I Rn. 2171; a.A. LG Karlsruhe NJW 1958, 714; in einem obiter dictum an der h.M. zweifelnd auch Bay ObLG ZEV 2004, 152, 153).“ (BGH aaO.)

Der BGH ist in der besprochenen Entscheidung dieser Auffassung gefolgt. Nach seiner Auffassung ist eine entsprechende Anwendung von § 2285 BGB ausgeschlossen, da der erstversterbende Ehegatte kein Anfechtungsrecht gehabt hätte, sondern lediglich ein Widerrufsrecht.

„Wegen der **unterschiedlichen Ausgestaltung des Widerrufsrechts** des erstversterbenden Ehegatten und des beim Erbvertrag bestehenden Anfechtungsrechts ist **weder § 2285 BGB zur entsprechenden Anwendung** auf die wechselbezügliche Verfügung des erstversterbenden Ehegatten **geeignet noch** ist diese Analogie angesichts der dort bestehenden Interessenlage **erforderlich**.

„§ 2285 BGB ergänzt das Selbstanfechtungsrecht, das dem Erblasser beim Erbvertrag gemäß § 2281 BGB und in entsprechender Anwendung auch dem überlebenden Ehegatten beim gemeinschaftlichen Testament (BGH, Urteile vom 03.11.1969 - III ZR 52/67, FamRZ 1970, 79 unter I 1; vom 04.07.1962 - V ZR 206/60, BGHZ 37, 331 unter 1) hinsichtlich seiner vertragsmäßigen bzw. wechselbezüglichen Verfügungen zusteht. Die **Selbstanfechtung** erfordert **dieselben Anfechtungsgründe** im Sinne von §§ 2078, 2079 BGB wie die Anfechtung durch einen Dritten und kann gemäß § 2283 I, 2 BGB **nur innerhalb eines Jahres ab Kenntnis vom Anfechtungsgrund** oder Beendigung der Zwangslage erklärt werden. Falls das Anfechtungsrecht des Erblassers durch Ablauf der Anfechtungsfrist oder durch Bestätigung, § 2284 BGB, beim Erbfall bereits erloschen ist, ist daher gemäß § 2285 BGB auch eine Anfechtung durch einen Dritten, die auf denselben Anfechtungsgrund gestützt werden soll, ausgeschlossen. Hat der Erblasser dagegen keine Kenntnis vom Anfechtungsgrund, beginnt auch die Anfechtungsfrist für ihn nicht zu laufen, so dass sein Anfechtungsrecht beim Erbfall nicht erloschen sein kann und eine Drittanfechtung daher möglich bleibt.

Dieser **besondere Schutz des Willens des Erblassers durch die Beschränkung der Drittanfechtung nach § 2285 BGB** folgt aus der Bindung des Vertragserblassers an seine eigene Verfügung, der er bereits zu Lebzeiten unterliegt. § 2285 BGB bringt den allgemeinen Gedanken zum Ausdruck, dass **stets der Wille des Erblassers dafür maßgebend bleibt, ob ein Dritter seinerseits den Bestand der letztwilligen Verfügung angreifen darf oder nicht** (RGZ 77, 165, 170). Wenn sich der gebundene Erblasser durch Bestätigung seiner Verfügung oder Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist dafür entscheidet, die anfechtbare Verfügung trotz Kenntnis des Anfechtungsgrundes gelten zu lassen, sollen an diese Entscheidung auch seine (potentiellen) Erben gebunden sein und nicht auf Grund eines eigenen Anfechtungsrechts eine dem Willen des Erblassers nicht entsprechende Korrektur seiner Nachlassregelung vornehmen können (MüKo-BGB/Musielak, aaO. § 2285 Rn. 1; vgl. auch Mayer aaO. § 2285 Rn. 7).

Dagegen ist der **erstversterbende Ehegatte** beim gemeinschaftlichen Testament **nicht an seine wechselbezüglichen Verfügungen gebunden** und auf ein Anfechtungsrecht beschränkt. Zu Lebzeiten beider Ehegatten kann jeder von ihnen seine wechselbezüglichen Verfügungen gemäß § 2271 I BGB widerrufen und hat dabei nur die Vorschriften über Form und Zugang der Widerrufserklärung nach § 2271 I 1 BGB i.V.m. § 2296 BGB zu beachten. Anders als die Anfechtung erfordert der Widerruf weder einen Grund noch besteht für ihn eine dem § 2283 I BGB vergleichbare Frist. Das Anfechtungsrecht eines Dritten reicht von vornherein nicht über dieses Recht des Erblassers, sich von seiner Verfügung zu lösen, hinaus, ohne dass es dazu einer Beschränkung der Drittanfechtung durch § 2285 BGB bedarf. Das **Widerrufsrecht des erstversterbenden Ehegatten** kann auch nicht "zur Zeit des Erbfalls" im Sinne von § 2285 BGB bereits erloschen sein, sondern es **erlischt mit seinem Tod**. Eine uneingeschränkte analoge Anwendung von § 2285 BGB auf das Erlöschen des Widerrufsrechts durch den Erbfall hätte daher zur Folge, dass eine Anfechtung durch Dritte immer und unabhängig davon ausgeschlossen wäre, ob der Erblasser Kenntnis von Tatsachen hatte, die ein Anfechtungsrecht begründen. Damit wäre es nicht mehr möglich, dem wahren Willen des Erblassers Geltung zu verschaffen. Für einen solch umfassenden Ausschluss der Drittanfechtung bei wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament lässt sich dem Gesetz jedoch nichts entnehmen." (BGH aaO.)

BGB  
§ 444

### Mängelbeseitigung ohne Erfolgskontrolle Keine Arglisthaftung des Verkäufers

SR BT

(BGH in NJW 2016, 2315; Urteil vom 19.02.2016 – V ZR 216/14)

1. Hatte der Verkäufer eines Hausgrundstücks in der Vergangenheit ein Fachunternehmen mit der umfassenden Beseitigung eines Mangels (hier: Befall eines Blockhauses mit Holzbock) beauftragt, muss er sich nicht Kenntnis vom Erfolg der Sanierungsbemühungen verschaffen. Mit dem Absehen von einer Erfolgskontrolle nach Ausführung der Arbeiten nimmt er ein späteres Wiederauftreten des Mangels nicht billigend in Kauf. Kennt der Verkäufer dagegen konkrete Umstände, die den Verdacht begründen, die Mängelbeseitigung habe keinen Erfolg gehabt, und teilt er diese Umstände dem Käufer nicht mit, nimmt er das Vorliegen eines Mangels in Kauf und handelt arglistig.
2. Der Verkäufer ist im Rahmen der ihm obliegenden sekundären Darlegungslast gehalten, die Einzelheiten der von ihm ergriffenen Mängelbeseitigungsmaßnahmen näher zu erläutern.

BGB  
§ 556 III 5

### Betriebskostenabrechnung Einwendungsfrist gilt auch für zu gering berücksichtigte Vorauszahlungen

MietR

(LG München in ZMR 2016, 453; Urteil vom 02.06.2016 – 31 S 1387/16)

1. Die **Einwendungsfrist** des § 556 III 5 BGB **gilt auch für** die in der Betriebskostenabrechnung eingestellten **Vorauszahlungen**. Der Saldo ist für den Mieter gem. § 556 III 6 BGB grundsätzlich auch dann verbindlich, wenn hierbei nicht sämtliche Vorauszahlungen mit berücksichtigt worden sind. Das **Berufen** des Vermieters **auf den Ablauf der Einwendungsfrist** ist grundsätzlich auch **nicht treuwidrig**.
2. **Fehlerhaft angesetzte Vorauszahlungen** stellen **(nur) materielle Fehler** dar und führen nicht zur Unwirksamkeit der Abrechnung aus formellen Gründen.

**Fall:** Mit Mietvertrag vom 27.08.2003 mietete der Beklagte von der Rechtsvorgängerin der Klägerin eine Wohnung. In dieses Mietverhältnis ist die Klägerin eingetreten.

Neben der monatlichen Miete war eine monatliche Vorauszahlung auf Betriebs- und Heizkosten von insgesamt 188,00 € geschuldet.

Mit Schreiben vom 27.08.2013 rechnete die Klägerin über die Betriebs- und Heizkosten für den Zeitraum 01.07.2012 bis 31.12.2012 ab. Hierbei berücksichtigte sie lediglich eine Vorauszahlung des Beklagten auf die Nebenkosten in Höhe von insgesamt 188,- €, so dass sich ein Nachzahlungsbetrag in Höhe von 871,95 € errechnete, welcher unter anderem mit der Klage geltend gemacht wird. Tatsächlich wurden seitens der Beklagten im Zeitraum 01.07.2012 bis 31.12.2012 jedoch Vorauszahlungen von monatlich 188,- € geleistet.

Der Einwand des Beklagten gegen die verfahrensgegenständliche Betriebskostenabrechnung vom 27.08.2013 könnte wegen Versäumung der Einwendungsfrist ausgeschlossen.

#### I. Einwendungsfrist

Der Mieter hat nach § 556 III 5 BGB Einwendungen gegen die Abrechnung spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Zugang der Abrechnung dem Vermieter mitzuteilen.

„Nach Ablauf dieser Frist kann der Mieter Einwendungen nicht mehr geltend machen, es sei denn, der Mieter hat die verspätete **Geltendmachung nicht zu vertreten** (§ 556 III 6 BGB). Der Saldo der Abrechnung ist für den Mieter verbindlich (z.B. Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 9. Aufl. 2014, § 556 Rn. 50).“ (LG München aaO.)

#### II. Umfang des Einwendungsausschlusses

Fraglich ist jedoch, ob dieser Einwendungsausschluss auch für die Berücksichtigung geleisteter Betriebskostenvorauszahlungen gilt.

„[Die] Abrechnungsfrist und die durch § 556 III BGB angeordneten Ausschlüsse von Nachforderungen nach Fristablauf [sollen] der **Abrechnungssicherheit** dienen sowie Streit darüber vermeiden (vgl. BGH, Urt. v. 17.11.2004 – VIII ZR 115/04, ZMR 2005, 121–123).

Die Bestimmung stellt im Interesse der **Ausgewogenheit** dem Nachforderungsausschluss für den Vermieter einen Einwendungsausschluss für den Mieter gegenüber. Damit soll erreicht werden, dass in absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung **Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche** besteht (BGH, Urteil vom 10.10.2007 – VIII ZR 279/06, ZMR 2008, 107–110). Es kommt dabei nicht darauf an, worauf der Fehler der Abrechnung beruht (BGH, Urteil vom 30.03.2011 –

VIII ZR 133/10, ZMR 2011, 710 - 711), so dass etwa vom Einwendungsausschluss auch die Abrechnung von Betriebskosten, für die es an einer Umlagevereinbarung fehlt oder für die eine Pauschale vereinbart ist mit umfasst sind (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.2007 – VIII ZR 279/06, aaO.; Beschl. v. 31.01.2012 – VIII ZR 335/10).“ (LG München aaO.)

StGB  
§ 69 II Nr. 3

**Führerscheinentzug nach Verkehrsunfallflucht**  
**Begriff des bedeutenden Sachschadens**

StrafR

(LG Braunschweig in BeckRS 2016, 10302; Beschluss vom 03.06.2016 – 8 Qs 113/16)

Es erscheint daher angemessen, den **Wert für einen bedeutenden Schaden** im Sinne des § 69 II Nr. 3 StGB ab dem Jahr 2016 **auf mindestens 1.500,00 €** festzusetzen.

**Fall:** Die Staatsanwaltschaft Braunschweig hat am 15.04.2016 beim Amtsgericht Braunschweig beantragt, dem Beschuldigten die Fahrerlaubnis gemäß § 111a StPO vorläufig zu entziehen.

Nach dem derzeitigen Stand der Ermittlungen wirft die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten vor, als Führer eines weißen Pkw VW Golf gegen zwei geparkte Fahrzeuge gefahren zu sein und hierbei einen Gesamtschaden in Höhe von 1.387,54 € verursacht zu haben. Danach habe sich der Beschuldigte vom Unfallort entfernt, ohne eine nach den Umständen angemessene Zeit zu warten, ob ein Feststellungsinteressent erscheine.

Der Beschuldigte hat den Vorfall im Wesentlichen eingeräumt. Er hat sich dahingehend eingelassen, dass er beim Abbiegen die Kontrolle über sein Fahrzeug verloren habe und rechts gegen geparkte Fahrzeuge gestoßen sei. Er habe sich selbst erschrocken und Angst bekommen. Deshalb sei er vor Schreck weitergefahren. Später sei er noch einmal zur Unfallstelle zurückgekehrt. Zu diesem Zeitpunkt seien die beschädigten Fahrzeuge jedoch nicht mehr vor Ort gewesen.

Mit dem angegriffenen Beschluss vom 28.04.2016 hat das Amtsgericht Braunschweig den Antrag der Staatsanwaltschaft auf vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis abgelehnt und dies damit begründet, dass nach ständiger Rechtsprechung des Amtsgerichts Braunschweig bei einem Schaden unterhalb des Betrages von 1.500,00 € noch kein bedeutender Schaden im Sinne des § 69 II Nr. 3 StGB anzunehmen sei. Die Entscheidungen, die bereits bei einem Schaden von 1.300,00 € von einem bedeutenden Schaden im Sinne der Norm ausgingen, lägen zum Teil schon längere Zeit zurück.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Staatsanwaltschaft Braunschweig vom 12.05.2016, mit der sie ihre Rechtsansicht verteidigt, dass bereits bei einem Schaden ab 1.300,00 € von einem bedeutenden Sachschaden im Sinne des § 69 II Nr. 3 StGB auszugehen sei.

Es müssten dringende Gründe für die Annahme vorhanden sein, dass dem Beschuldigten die Fahrerlaubnis zum Führen von Kraftfahrzeugen durch Urteil entzogen werden wird, § 69 II StGB.

Nach § 69 II Nr. 3 StGB ist ein Kraftfahrer in der Regel als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen anzusehen, wenn er sich eines Vergehens des unerlaubten Entferns vom Unfallort schuldig macht, obwohl er weiß oder wissen kann, dass bei dem Unfall an **fremden Sachen bedeutender Schaden** entstanden ist. Fraglich ist, ob hier von einem bedeutenden Schaden auszugehen ist.

„Der Regelfall des § 69 II Nr. 3 StGB ist vorliegend nicht erfüllt, da es an einem bedeutenden Schaden an fremden Sachen im Sinne der Norm fehlt. Der hier entstandene Sachschaden in Höhe von 1.387,54 € überschreitet die **maßgebliche Grenze von 1.500,00 €** nicht.“

Zwar lag die Grenze für einen bedeutenden Sachschaden nach § 69 II Nr. 3 StGB ab dem Jahr 2002 nach ständiger Rechtsprechung der 8. großen Strafkammer des Landgerichts Braunschweig bei einem Sachschaden von 1.300,00 € (LG Braunschweig, 8 Qs 392/04, Beschluss vom 22.11.2004 - juris).

Auch verweist die Staatsanwaltschaft Braunschweig in ihrer Beschwerdebegründung zu Recht darauf, dass **sämtliche führenden - auch aktuellen - strafrechtlichen Kommentierungen an dem bekannten Wert von 1.300,00 € festhalten** (Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 69 Rn. 29; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 69 Rn. 7; Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 69 Rn. 39; Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl. 2012, § 69 Rn. 71; Systematischer Kommentar zum StGB, 8. Aufl. 2012, § 69 Rn. 18 (Stand: Oktober 2014); von Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. 2015, § 69 Rn. 40 (Grenze: 1.250,00 €); Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. 2014, § 69 Rn. 42; Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 43. Aufl. 2015, § 69 Rn. 17; Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 24. Aufl. 2016, § 69 Rn. 20).

Jedoch stützen sich sämtliche Kommentierungen zur Begründung dieses Wertes **allein auf die dazu ergangene Rechtsprechung**, die, wie das Amtsgericht Braunschweig in dem angegriffenen Beschluss zu Recht ausgeführt hat, überwiegend älteren Datums ist. Auch die soweit ersichtlich zuletzt den Wert von 1.300,00 € bestätigenden Entscheidungen sind **bereits nahezu 6 Jahre** (OLG Hamm, Beschluss vom 30.09.2010, III 3 RVs 72/10, NZV 2011, 356) und 3 Jahre alt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2013, III-3 Ws 225/13, juris). Die Grenze von 1.300,00 € ist bereits seit dem Jahr 2002 anerkannt (Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 69 Rn. 29; LG Braunschweig, 8 Qs 392/04, Beschluss vom 22.11.2004 - juris) und wird bis heute überwiegend als gegeben hingenommen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2013, III-3 Ws 225/13, juris).

Jedoch kann bei der Interpretation ausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale wie dem bedeutenden Schaden im Sinne des § 69 II Nr. 3 StGB die **allgemeine Geldentwicklung nicht außer Betracht bleiben** (Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 69 Rn. 39), so dass bei einem seit dem Jahre 2002 unveränderten Wert nunmehr nach 14 Jahren eine Anpassung vorzunehmen ist.

*Einziger - wenn auch freilich für den zu entscheidenden Fall mit Einschränkungen und Vorbehalten - belastbarer, da auf Tatsachen gründender Anhaltspunkt für die durchschnittliche Preisentwicklung ist der Verbraucherpreisindex.*

Nach dem aktuell geltenden Verbraucherpreisindex für Deutschland mit dem Basisjahr 2010 (2010 = 100) erreichte der Verbraucherpreisindex im Jahr 2002 einen Jahresdurchschnittsstand von 88,6. Im Jahre 2015 betrug dieser 106,9. Die Veränderungsrate in Prozent zwischen diesen beiden Jahren berechnet sich folgendermaßen:  $106,9 / 88,6 \times 100 - 100 = 20,65\%$ .

Der Wert von 1.300,00 € aus dem Jahr 2002 wäre daher unter Zugrundelegung einer Preissteigerungsrate von 20,65% im Vergleichszeitraum auf exakt 1.568,45 € gestiegen.

Es erscheint daher angemessen, den **Wert für einen bedeutenden Schaden** im Sinne des § 69 II Nr. 3 StGB ab dem Jahr 2016 **auf mindestens 1.500,00 €** festzusetzen.“ (LG Braunschweig aaO.)

(BGH in NJW 2016, 1970; Beschluss vom 27.10.2015 – 2 StR 312/15)

1. Nicht **jeder** auf einen Menschen gerichtete **Schuss** mit einer scharfen Waffe legt wegen der außergewöhnlich großen Lebensgefährlichkeit den **Schluss auf bedingten Tötungsvorsatz** nahe.
2. Der **Schluss von einer besonders gefährlichen Gewalthandlung auf einen bedingten Tötungsvorsatz** ist jedoch nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter auch die im Einzelfall in Betracht kommenden Umstände in seine Erwägungen einbezogen hat, die den Vorsatz in Frage stellen können

**Fall:** Der Angekl. hatte auf das Tatopfer mit einer Pistole Schüsse abgegeben. Er hat sich in der Hauptverhandlung dahin eingelassen, dass er *Ka*, der ihn kurz zuvor erneut mit dem Tode bedroht habe, nicht habe treffen wollen. Er habe beim türkischen Militär als „ausgezeichneter Schütze“ gegolten und habe *Ka* absichtlich verfehlt. Beim ersten der beiden Schüsse habe er „neben“ den Zeugen *Ka* gezielt; einen weiteren Schuss habe er in die Luft abgegeben, nachdem *Ka* geflohen sei. Diese Einlassung hat das *SchwurGer.* als unwahre Schutzbehauptung bewertet und dabei unter anderem berücksichtigt, dass der Angekl. im Rahmen der Exploration gegenüber der psychiatrischen Sachverständigen angegeben hatte, er habe den Zeugen *Ka* nicht töten, sondern ihm einen „Denkzettel“ verpassen wollen, weshalb er nicht auf Kopf oder Bauch, sondern „nur auf den Arm“ des Zeugen gezielt habe. Seine Überzeugung, dass der Angekl. bei Abgabe der Schüsse die Möglichkeit des Todeseintritts erkannte und dies billigte, hat das *LG* unter anderem damit begründet, dass „jeder auf einen Menschen gerichtete Schuss mit einer scharfen Waffe ... wegen der außergewöhnlich großen Lebensgefährlichkeit den Schluss auf bedingten Tötungsvorsatz nahe“ lege. Das Motiv des Angekl., dem Zeugen *Ka* einen „Denkzettel“ zu verpassen, spreche nicht gegen bedingten Tötungsvorsatz, weil es „in der Natur der Sache“ liege, dass der mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Täter in Verfolgung seines anders gelagerten Handlungsantriebs in der Regel über kein Tötungsmotiv verfüge. Ist diese Wertung hinsichtlich des Tötungsvorsatzes haltbar?

### I. Anforderungen an die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes

„**Bedingten Tötungsvorsatz** hat, wer den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Handelns erkennt (**Wissenselement**) und billigend in Kauf nimmt (**Willenselement**). Beide Elemente müssen durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer **Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände** erfolgen (Senat, *NStZ* 2016, 25 = *NJW* 2016, 179 Ls.; BGH, *NStZ* 2011, 699 [702]). Die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende **objektive Gefährlichkeit der Tathandlung** ist dabei ein wesentlicher Indikator für das Vorliegen beider Elemente des bedingten Tötungsvorsatzes (vgl. BGH, *NStZ* 2015, 216). Hinsichtlich des **Willenselements** sind neben der konkreten Angriffsweise regelmäßig auch die Persönlichkeit des Täters, sein **psychischer Zustand zum Tatzeitpunkt und seine Motivation** mit in die erforderliche umfassende Gesamtbetrachtung einzubeziehen (BGH, *BGHR StGB* § 212 I Vorsatz, *bedingter* 51 = *BeckRS* 2000, 09545).

Zwar liegt es **bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen nahe**, dass der **Täter mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne dabei zu Tode kommen** und dass er, weil er gleichwohl sein gefährliches Handeln beginnt oder fortsetzt, einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt (Senat, *NStZ* 2014, 35). Der Schluss von einer besonders gefährlichen Gewalthandlung auf einen bedingten Tötungsvorsatz ist jedoch nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter auch die im Einzelfall in Betracht kommenden Umstände in seine Erwägungen einbezogen hat, die den Vorsatz in Frage stellen können (Senat, *NStZ* 2015, 516 [517]; *NStZ* 2014, 35). Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Täter die **Gefahr des Eintritts eines tödlichen Erfolgs ausnahmsweise nicht erkannt** oder jedenfalls darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten, ist der Tatrichter verpflichtet, sich hiermit auseinanderzusetzen (Senat, *NStZ* 2016, 25 = *NJW* 2016, 179 Ls.).

Diese Grundsätze gelten auch in Fallkonstellationen, in denen ein Angeklagter mit einer scharfen **Schusswaffe** auf sein Tatopfer schießt (vgl. BGH, *StV* 1997, 7 = *BeckRS* 1996, 00732; *NStZ* 1993, 488). Zwar handelt es **sich in der Regel um eine besonders gefährliche Gewalthandlung**, in der bedingter Tötungsvorsatz naheliegt. Dies enthebt den Tatrichter indes nicht von der Verpflichtung, die subjektive Tatseite unter Berücksichtigung aller für und gegen sie sprechenden Umstände sorgfältig zu prüfen. (BGH aaO.)

### II. Anwendung auf den Fall

„Bereits die tatrichterliche Erwägung, „**jeder** auf einen Menschen gerichtete **Schuss** mit einer scharfen Waffe“ lege „wegen der außergewöhnlich großen Lebensgefährlichkeit den **Schluss auf bedingten Tötungsvorsatz** nahe“, lässt besorgen, dass der Tatrichter das Erfordernis einer umfassenden Gesamtwürdigung aller Umstände nicht hinreichend beachtet hat. Zwar kann der auf einen Menschen abgegebene Schuss mit einer scharfen Waffe wegen der außergewöhnlich großen Lebensgefährlichkeit den Schluss auf bedingten Tötungsvorsatz nahelegen (BGH, *StV* 1997, 7 = *BeckRS* 1996, 00732). Jedoch **verbietet sich** auch in dieser Fallkonstellation **jede schematische Lösung** (*MüKo-StGB/Schneider*, 2. Aufl., § 212 Rn. 22). Dies gilt auch bei Abgabe von Schüssen aus kurzer Distanz (vgl. Senat, *Beschl.* v. 01.04.1998 – 2 StR 620/97, *BeckRS* 1998, 31357516; *Altwater*, *NStZ* 1999, 18).

Soweit das *LG* dem Motiv des Angekl., dem Zeugen *Ka* einen „**Denkzettel**“ zu verpassen, jeden Indizwert für die subjektive Tatseite abgesprochen hat, begegnet auch dies Bedenken. Der tatrichterliche Hinweis, wonach es „in der Natur der Sache“ liege, „dass der mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Täter in Verfolgung seines anders gelagerten Handlungsantriebs in der Regel über kein Tötungsmotiv“ verfüge (vgl. BGH, *NStZ-RR* 2006, 317 [318]), greift zu kurz. Zwar trifft es zu, dass der mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Täter kein Tötungsmotiv im engeren Sinne hat, weil er den tödlichen Erfolg nicht erstrebt, sondern seinen Eintritt lediglich in Kauf nimmt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass dem **von einem Tötungsmotiv zu unterscheidenden konkreten Handlungsantrieb** keine Indizwirkung für die Frage zukommt, ob der Täter mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt hat oder nicht (vgl. BGH, *NStZ* 2012, 443). Die Art des jeweiligen Handlungsantriebs kann Hinweise auf die Stärke des vom Täter empfundenen Tatanreizes und damit auch auf seine Bereitschaft geben, zur Erreichung seines Handlungsziels gegebenenfalls schwerste Folgen in Kauf zu nehmen (BGH, *NStZ* 2012, 443 [445]).

Der hier festgestellte Handlungsantrieb des Angekl., seinem Tatopfer die **eigene Wehrhaftigkeit vor Augen zu führen**, es in seine Schranken zu verweisen und ihm für die ausgesprochene Todesdrohung einen „Denkzettel“ zu verpassen, ist im Rahmen der gebotenen umfassenden Gesamtwürdigung aller Umstände zu berücksichtigen (vgl. BGH, *NStZ-RR* 2006, 317 [318]; *NStZ-RR* 2003, 39 [40]; *StV* 1997, 7 [8] = *BeckRS* 1996, 05963; *BGHR StGB* § 212 I Vorsatz, *bedingter* 4 = *BeckRS* 2016, 01627).

Er könnte gegen das Vorliegen des voluntativen Elements des bedingten Tötungsvorsatzes sprechen, weil insbesondere das Motiv, dem Tatopfer einen „Denkzettel“ zu verpassen, ein Überleben des Tatopfers voraussetzt.“ (BGH aaO.)

BGB  
§ 839

**Amtshaftung**  
**Bei fehlerhafter Hauptuntersuchung**  
(LG Mainz in NJW 2016, 729; Urteil vom 23.01.2015 – 4 O 89/14)

ÖffR

1. Die nach § 29 StVZO durchzuführende Kfz-Hauptuntersuchung **dient ausschließlich der Sicherheit im Kraftfahrzeugverkehr**. Ein späterer Käufer des geprüften Fahrzeugs ist in seinen Vermögensinteressen nicht geschützt.
2. Der Vorwurf eines „Amtsmissbrauchs“ tritt **selbstständig neben die Pflichtverletzung** zur ordnungsgemäßen Prüfung des Kfz nach § 29 StVZO. Beim Amtsmissbrauch ist (wie bei Begehen einer Straftat) jeder, der von dem Missbrauch in seinen Rechten betroffen wird, geschützter Dritter und ersatzberechtigt.

**Fall** Der Kl. begehrt von dem beklagten Land die Rückabwicklung eines Pkw-Kaufvertrags aus Amtshaftungsgesichtspunkten. Mit Kaufvertrag vom 26.10.2010 erwarb der Kl. von dem Verkäufer S einen Gebrauchtwagen der Marke Daimler Benz zum Preis von 6800 € (Laufleistung 229000 km). Einen Tag später, am 27.10.2010, erfolgte auf Veranlassung des Verkäufers bei der DEKRA K. eine Hauptuntersuchung nach § 29 StVZO. Nach dem vorliegenden Prüfbericht wurden lediglich geringe Mängel festgestellt. Die Plakette wurde zugeteilt und am Fahrzeug angebracht. Am 28.10.2010 übernahm der Kl. sodann das Fahrzeug von dem Verkäufer.

Die Klage des Kl. gegen seinen Verkäufer auf Rückabwicklung des Kaufvertrags blieb vor dem LG Landau/Pfalz ohne Erfolg (2 O 137/11). Im vorliegenden Verfahren verlangt der Kl. die Rückabwicklung des Kaufvertrags und trägt im Wesentlichen vor, dass der Prüfer der DEKRA K. Durchrostungen (insbes. im Bereich der Reserveradmulde) und eine Vielzahl weiterer im Bereich von Unterboden und Schwellern nur notdürftig zugleleistete Rostlöcher bei der Prüfung nicht festgestellt habe. Er begehrt die Zahlung von Schadensersatz Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs.

**I. Amtshaftungsanspruch wegen Verletzung einer drittschützenden Amtspflicht**

„Selbst bei unterstellter Fehlbeurteilung im Rahmen der nach § 29 StVZO durchzuführenden Hauptuntersuchung an dem streitgegenständlichen Fahrzeug kann der Kl. hieraus **keinen Ersatzanspruch nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG ableiten**. Die einhellige Meinung in Rechtsprechung wie auch im Schrifttum ist, dass diese Untersuchung der Kraftfahrzeuge und Anhänger nach § 29 StVZO **ausschließlich der Sicherheit im Kraftfahrzeugverkehr dient und grundsätzlich ein späterer Käufer des Fahrzeugs nicht hinsichtlich seiner Vermögensinteressen geschützt** ist (s. nur BGH, NJW 2004, 3484 = MDR 2005, 144; NJW 1973, 458, OLG Düsseldorf, OLG-Report 1996, 17; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rn. 765 ff., 790; Hentschel/König/Dauer, StraßenverkehrsR, 43. Aufl. 2015, § 29 StVZO Rn. 22 a. E.; Stein/Itzel/Schwall, PraxishdB des Amts- und StaatshaftungsR, 2. Aufl. 2012, Rn. 763 jew. m.w.N.). Dieser **durchweg anerkannte eingeschränkte Drittschutz**, der im vorliegenden Fall den Kl. als Käufer in seinen Vermögensinteressen (Rückabwicklung des Pkw-Kaufvertrags) nicht schützt, wird von diesem wohl auch im vorliegenden Verfahren letztlich anerkannt und nicht näher zentral zur Begründung seines Begehrens herangezogen.“ (LG Mainz aaO.)

**II. Amtshaftung wegen Amtsmissbrauch**

„Zwar ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass **im Falle eines Amtsmissbrauchs** zum einen der **Ersatzanspruch nach § 839 BGB i.V.m. § 34 GG eingreifen** kann und der Beamte in diesen Fällen nicht nur lediglich bei Gelegenheit der Amtsausführung handelt (was mithin nicht zu einer Haftung führen würde). Gleichfalls ist anerkannt, dass in diesen Fällen des Amtsmissbrauchs (wie auch z.B. beim Begehen einer Straftat durch den Amtsträger) **geschützter Dritter jeder von diesem Missbrauch Betroffene** sein kann und entsprechend der personale Schutzbereich hier weit gezogen werden muss (s. nur Staudinger/Wöstmann, § 839 Rn. 96 [172] m.w.N.). Dabei besteht Einigkeit, dass selbstverständlich nicht jede Amtspflichtverletzung i.S.v. § 839 BGB als Amtsmissbrauch qualifiziert werden kann. Die **Fälle des Amtsmissbrauchs** stellen eine **besondere Amtspflichtverletzung** dar, die im vorliegenden Fall selbstständig neben die vom Kl. behauptete Amtspflichtverletzung durch fehlerhafte Hauptuntersuchung des DEKRA-Sachverständigen treten würde. Unter Berücksichtigung der **sehr hohen Anforderungen für das Vorliegen eines Amtsmissbrauchs** (regelmäßiger Verweis auf § 826 BGB) ist für den Senat wie auch bereits für das LG Mainz ein derartiger **Missbrauchsfall im vorliegenden Fall weder ausreichend dargetan noch durch den Kl. nachweisbar**.“ (LG Mainz aaO.)

VersG Bay  
§ 15 I

**Dauerversammlung**  
**Versammlungsrechtliche Beschränkung**

ÖffR

(VGH München in NVwZ 2016, 498; Urteil vom 22.09.2015 – 10 B 14.2246)

**Fall:** Unter dem 13.06.2012 meldete der Kl. bei der Bekl. die Durchführung einer „Dauerversammlung zum Thema Asylrecht in der Form des Hungerstreiks rund um die Uhr vom 16.06.2012 bis einschließlich 16.08.2012“ an. Mit Bescheid vom 15.06.2012 setzte die Bekl. u.a. folgende Beschränkungen fest:

Nr. 1.15: Das Aufstellen von Betten ist untersagt; Nr. 1.17: Als Kundgebungsmittel sind zugelassen: Max. sechs Stühle, die klapp-, stapelbar sein sollen; ein Tisch, in einer Größe von max. 2 × 0,5m für die Auslage von Infomaterial, Unterschriftslisten; ein Pavillon (3 × 3 m); Plakate; Bilder. Bilder und Plakate dürfen an einzelnen Seiten des Pavillons nicht den Eindruck der völligen Geschlossenheit erzeugen. Nr. 1.19: Der Pavillon muss auf allen Seiten offen sein.

Zur Begründung dieser Beschränkungen führte die Bekl. im Bescheid vom 15.06.2012 im Wesentlichen an, dass das Nächtigen auf öffentlichen Flächen in konsequenter Anwendung des § 4 I Nr. 2 ihrer Sicherheitssatzung zu untersagen gewesen sei. Das Übernachten in den Zelten habe nicht die Meinungskundgabe zum Ziel.

Die Beschränkungen in Nr. 1.17, soweit darin als Kundgebungsmittel nur ein Pavillon (3 m × 3 m) zugelassen worden ist und in Nr. 1.15 und Nr. 1.19 des Bescheids vom 15.06.2012 waren im Zeitpunkt ihrer Erledigung rechtswidrig und verletzen den Kl. in seinen Rechten. Es ist deshalb antragsgemäß auszusprechen, dass sie rechtswidrig gewesen sind (§ 113 I 4 VwGO).

Als Rechtsgrundlage für die streitgegenständlichen Beschränkungen kommt Art. 15 I BayVersG in Betracht, weil es sich bei der vom Kl. angezeigten „Dauerversammlung in der Form des Hungerstreiks“ vom 16.06.2012–16.08.2012 um eine öffentliche Versammlung i.S.d. Art. 2 I und II BayVersG gehandelt hat. Die Bekl. war für den Erlass der beschränkenden Verfügungen im Bescheid vom 15.06.2012 auch zuständig. Jedoch stellen sich die verfügten Beschränkungen als unverhältnismäßig bzw. ermessensfehlerhaft dar.

„Nach Art. 15 I BayVersG kann die zuständige Behörde eine Versammlung beschränken oder verbieten, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die **öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei der Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet** ist. Die in Art. 15 I BayVersG genannten beschränkenden Verfügungen sind keine Nebenbestimmungen zu einem begünstigenden Verwaltungsakt. An diesem fehlt es im Versammlungsrecht angesichts der Erlaubnisfreiheit von Versammlungen (BVerfG, NVwZ 2007, 1183). Sie enthalten vielmehr einen eigenständigen Eingriff in die Versammlungsfreiheit, müssen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Versammlungsgeschehen stehen und darauf abzielen, auch noch solche Versammlungen und Aufzüge zu ermöglichen, die aus Rechtsgründen nicht mehr zugelassen werden könnten, wenn sie nach den ursprünglichen Vorstellungen des Veranstalters durchgeführt würden (Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, 6. Aufl. 2011, § 15 Rn. 45). Der Begriff der öffentlichen Sicherheit knüpft an die polizeiliche Generalklausel an. Er umfasst die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung (BVerfG, NJW 1985, 2395 = NVwZ 1985, 898 Ls.), der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des einzelnen sowie des Bestandes der Einrichtungen und der Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt. Zur Rechtsordnung gehören Strafgesetze und verwaltungsrechtliche Gebots- und Verbotsnormen. Die Beschränkungen müssen der Abwehr einer unmittelbaren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen. Eine solche Gefährdung kann sich auch aus der Art und Weise der Durchführung der Versammlung ergeben. Unzulässig sind Beschränkungen, die dem Normzweck widersprechen. Die Beschränkungen nach Art. 15 I BayVersG müssen zudem erforderlich und geeignet sein, die Gefahren zu verhindern, denen sie begegnen sollen und sich auf das zum Schutz höherwertiger Rechtsgüter unbedingt notwendige Maß unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beschränken (VGH Kassel, NVwZ-RR 2007, 6).

Gemessen an diesen Grundsätzen waren die von der Bekl. verfügten Beschränkungen in Nr. 1.15, Nr. 1.17 und Nr. 1.19 des Bescheids vom 15.06.2012 aber **unverhältnismäßig und damit auch ermessensfehlerhaft**. Die Bekl. hat die Bedeutung, die dem Aufstellen des zweiten Pavillons und dem Witterungsschutz durch Planen für die Durchführung der Versammlung zukam, bei ihrer Entscheidung verkannt bzw. nicht hinreichend berücksichtigt. Zu Nr. 1.15 enthält der Bescheid keinerlei Ausführungen, die erkennen ließen, inwiefern durch das Verbot des Aufstellens von Betten die öffentliche Sicherheit und Ordnung unmittelbar gefährdet worden wäre.

Das Aufstellen eines Pavillons auf einem öffentlichen Platz im Gemeindegebiet der Bekl. **verstößt zwar gegen deren Sicherheitssatzung**. Der Kl. kann sich als Ausländer zumindest auf die einfachgesetzlich gewährleistete Versammlungsfreiheit nach Art. 1 I BayVersG berufen. Auch der zweite Pavillon war zur Durchführung der Versammlung in der angezeigten Form notwendig. Insoweit ist ein am Durchschnittsbetrachter orientierter objektiver Maßstab anzulegen. Die von der Bekl. zur Begründung des Verbots des Aufstellens eines zweiten Pavillons angeführten Erwägungen stellen sich daher als unverhältnismäßig und ermessensfehlerhaft dar.. Dasselbe gilt für die Beschränkung in Nr. 1.19, wonach der Pavillon an allen Seiten offen zu halten war.“ (VGH München aaO.)

WaffG  
§ 5

**Widerruf einer Waffenbesitzkarte  
Wegen Unzuverlässigkeit**

ÖffR

(OVG Lüneburg in NJW 2016, 1899; Urteil vom 22.03.2016 – 11 ME 35/16)

1. Der Transport einer Waffe nebst Munition sowie ihre Aufbewahrung in einem Kraftfahrzeug durch einen Waffenbesitzkarten- und Jagdscheininhaber setzen voraus, dass ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang mit der Jagdausübung besteht, der Transport und die Aufbewahrung diesem Zweck dienen und der Zusammenhang hiermit nicht wesentlich unterbrochen wird.
2. Das Mitführen einer Waffe nebst Munition während einer Fahrt mit einem Kraftfahrzeug unter Alkoholeinfluss mit einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 1,1 ‰ kann die waffenrechtliche Unzuverlässigkeit begründen.

BGB  
§ 839

**Konkurrentenklage  
Primärrechtsschutz vor Schadenersatz**

BeamtR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2016, 352; Beschluss vom 03.02.2016 – 1 A 1235/15)

1. Wenn eine Ernennung eines Konkurrenten wegen eines Verstoßes gegen vorherige Informations- bzw. Wartepflichten **keine Ämterstabilität** genießt, zählt zum **Primärrechtsschutz** die dagegen gerichtete Anfechtungsklage, was wiederum grundsätzlich die vorherige (erfolglose) Durchführung des Widerspruchsverfahrens verlangt. (amtlicher Leitsatz)
2. Nimmt der unterlegene Bewerber diese Möglichkeit des Primärrechtsschutzes nicht wahr, so hindert dies die Entstehung eines zum Sekundärrechtsschutz zählenden **Schadenersatzanspruchs wegen Nichtbeförderung** jedenfalls dann, wenn er wusste, dass der Dienstherr den Konkurrenten bereits ernannt hat.

## Entscheidungen Verfahrensrecht

**ZPO**                      **Anforderungen an ordnungsgemäße Klageschrift**                      **ZivilVerfR**  
**§ 253 II Nr. 2**      **Bezugnahme auf andere Schriftstücke oder sonstige Anlagen**  
 (BGH in NJW 2016, 2747; Urteil vom 17.03.2016 – III ZR 200/15)

1. Die Klagefrist des § 13 I 2 StrEG wird nur durch eine **den Anforderungen des § 253 II ZPO genügende Klageschrift** gewahrt.
2. Durch eine **Bezugnahme auf andere Schriftstücke** oder sonstige Anlagen können die zwingenden Voraussetzungen des § 253 II Nr. 2 ZPO grundsätzlich nur dann erfüllt werden, wenn diese dem **Gericht mit der Klageschrift vorgelegt werden oder zumindest bereits vorliegen**.
3. Im **Anwaltsprozess genügt** die ausschließliche Bezugnahme in der Klageschrift auf ein **von der Partei selbst erstelltes Schriftstück nicht** zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 253 II Nr. 2 ZPO. Vielmehr ist hierfür grundsätzlich die konkrete Bezugnahme auf einen von einem postulationsfähigen Anwalt unterschriebenen Schriftsatz erforderlich.
4. Die **Nachholung der Anforderungen** des § 253 II Nr. 2 ZPO kann zwar den Mangel der Klageschrift beseitigen. Dies wirkt jedenfalls in den Fällen, in denen die Klage innerhalb einer gesetzlichen Ausschlussfrist erhoben werden muss, jedoch **erst vom Zeitpunkt der Behebung des Mangels an**

**Fall:** Nach einem weitgehend ablehnenden Bescheid der Landesjustizverwaltung vom 14.01.2014, zugestellt am 17.01.2014, bzgl. der Gewährung einer vom Kläger selbst beantragten Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen ging am 17.04.2014 beim LG eine von dem Prozessbevollmächtigten des Klägers verfasste Klage gegen das Land ein. In dem Schriftsatz wurde folgender Antrag angekündigt: „Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 33.280,27 € nebst Zinsen ... zu bezahlen.“ Zur Begründung ist lediglich ausgeführt: „Der Vorgang wird bei der Beklagten unter dem Aktenzeichen ... geführt. Eine Begründung des Antrags wird in Kürze in einem gesonderten Schriftsatz erfolgen.“ Anlagen waren dem Schriftsatz nicht beigelegt. Am 30.04.2014 ging beim LG ein Schriftsatz v. 28.04.2014 ein, in dem die Klage begründet wurde. Die Vorinstanzen haben die Klage wegen Versäumung der dreimonatigen Klagefrist als unzulässig abgewiesen. Zu Recht?

Nach § 13 I 2 StrEG läuft gegen die Entscheidung der Landesjustizverwaltung über den Entschädigungsanspruch eine Ausschlussfrist von 3 Monaten.

### I. Wahrung der Ausschlussfrist durch Klageschrift vom 17.04.2014

Eine Klageschrift ist beim zuständigen Gericht am 17.04.2014, also innerhalb der Klagefrist bei Gericht eingegangen. Die Klagebegründung jedoch erst nach Ablauf der am 17.07.2014 endenden Ausschlussfrist. Fraglich ist daher, welche Anforderungen an die Klageschrift zu stellen sind, damit diese die Ausschlussfrist wahrt.

#### 1. Anforderungen an Klageschrift

*„[Die] Wahrung der Frist [des § 13 I S. 2 StrEG] ... setzt ... voraus, dass die Klage den wesentlichen Formerfordernissen des § 253 ZPO entspricht (vgl. BGH, Ur. v. 17.11.1988 – III ZR 252/87, MDR 1989, 429 = NJW-RR 1989, 508 zur Verjährungsunterbrechung; s.a. BGH, Ur. v. 29.11.1956 – III ZR 235/55, BGHZ 22, 254 [256 f.]).“ (BGH aaO.)*

#### 2. Voraussetzungen des § 253 ZPO

Zu den wesentlichen Formerfordernissen des § 253 II Nr. 2 ZPO gehört außer einem bestimmten Antrag die **bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs**.

*„Dafür kommt es nicht darauf an, ob der maßgebende Lebenssachverhalt in der Klageschrift vollständig beschrieben oder der Klageanspruch schlüssig und substantiiert dargelegt worden ist. Vielmehr ist es im Allgemeinen ausreichend, wenn der **Anspruch als solcher identifizierbar** ist (BGH, Ur. v. 17.07.2003 – I ZR 295/00, MDR 2004, 219 = NJW-RR 2004, 639 [640]; v. 11.02.2004 – VIII ZR 127/03, MDR 2004, 824 = NJW-RR 2005, 216). Eine **ohne jede Tatsachenangabe** erhobene Klage ist indessen unzulässig ... . Die **gebotene Individualisierung der Klagegründe** kann grundsätzlich auch durch eine konkrete **Bezugnahme auf der***

**Klageschrift beigefügte Anlagen** erfolgen (BGH, Urt. v. 17.07.2003, aaO., und vom 11.02.2004, aaO.), wobei die Gerichte nicht verpflichtet sind, umfangreiche ungeordnete Anlagenkonvolute von sich aus durchzuarbeiten, um so die Ansprüche zu konkretisieren (z.B. BGH, Urt. v. 17.07.2003, aaO.; v. 02.07.2007 – II ZR 111/05 – Rn. 25, MDR 2007, 1446 = NJW 2008, 69). **Anlagen** können zudem grundsätzlich **lediglich zur Erläuterung und Konkretisierung** des schriftsätzlichen Vortrags dienen, diesen aber nicht vollständig ersetzen (BGH, Urt. v. 02.07.2007, aaO.; Beschl. v. 11.04.2013 – VII ZR 44/12, BeckRS 2013, 08691 Rn. 14 ...).“ (BGH aaO.)

Hierbei ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Verfahren auf Strafverfolgungsentschädigung nach § 13 I S. 3 StrEG stets um ein Verfahren vor den Landgerichten handelt. Insofern muss eine ordnungsgemäße Klageschrift i.S.v. § 253 ZPO nach §§ 78, 130 Nr. 6 ZPO aber nicht nur grundsätzlich von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

„Die **Bezugnahme auf Schriftsätze** eines Nebenverfahrens (z.B. über Prozesskostenhilfe oder vorläufigen Rechtsschutz) oder eines Parallelverfahrens **setzt** deshalb, soweit sie zur Wahrung der Voraussetzungen des § 253 II Nr. 2 ZPO erforderlich sind, **in Anwaltsprozessen** jedenfalls voraus, dass die **Schreiben von einem postulationsfähigen Anwalt stammen** (BGH, Urt. v. 02.03.1979 – I ZR 29/77, VersR 1979, 764 mit Ausnahme für einen zum Bestandteil des Gerichtsbeschlusses gewordenen Schriftsatz in einem vorangegangenen Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung; v. 08.02.1996 – IX ZR 107/95, MDR 1996, 519 = NJW 1996, 1351; s.a. Beschl. v. 30.10.1984 – IX ZB 103/84, BeckRS 1984, 30374442 für die Berufungsbeurteilung). Die **Bezugnahme auf eine von der Partei selbst gegebene Begründung** in einem früher verfassten Schriftstück **reicht dagegen grundsätzlich nicht aus** (vgl. BGH, Urt. v. 29.11.1956, aaO.; ... Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 253 Rn. 12b; anders für die Bezugnahme auf die Anspruchsbegründung bei vorangegangenem Mahnverfahren: BGH, Urt. v. 24.05.1982 – VIII ZR 181/81, BGHZ 84, 136 [138 ff.] = MDR 1982, 846).“ (BGH aaO.)

### 3. Anwendung auf den Fall

Die ursprüngliche Klageschrift enthält keine bestimmte Angabe von Gegenstand und Grund des erhobenen Anspruchs.

„Die Klageschrift selbst enthält hierzu keinerlei Ausführungen. Ihr lässt sich auch nicht andeutungsweise entnehmen, aus welchem Grund der Kläger die Zahlung von 33.280,27 € geltend macht. Die **Bezugnahme auf das Aktenzeichen**, unter dem der – noch nicht einmal seiner groben inhaltlichen Thematik nach bezeichnete – Vorgang bei „der Beklagten“ geführt werde, **besagt über den Gegenstand und Grund des geltend gemachten Anspruchs nichts.**“ (BGH aaO.)

Möglicher Weise ist aber der Verweis auf die Akte des außergerichtlichen Betragsverfahrens hier ausrechend, um Gegenstand und Grund des geltend gemachten Anspruchs hinreichend zu bestimmen.

„Um die Voraussetzungen des § 253 II Nr. 2 ZPO durch eine Bezugnahme auf andere Schriftstücke und sonstige Anlagen zu erfüllen, ist es erforderlich, dass die konkret zu bezeichnenden Schriftstücke dem Gericht **mit der Klageschrift vorgelegt werden oder zumindest bereits vorliegen**. Die Klageschrift enthält jedoch schon keine konkrete Bezugnahme auf bestimmte Schriftstücke, sondern nur einen allgemeinen Verweis auf das behördliche Aktenzeichen. Zudem waren **der Klageschrift keine Anlagen beigefügt.**“ (BGH aaO.)

Allerdings könnte eine Vorlagepflicht ausnahmsweise nach § 253 IV i.V.m. § 131 III ZPO nicht bestanden haben, da Vorgang und Akteninhalt dem Beklagten bekannt waren.

„§ 253 IV ZPO i.V.m. § 131 III ZPO regeln nicht, dass die **Beifügung von Schriftstücken zur Klageschrift gegenüber dem Gericht** – zumal im Anwendungsbereich des § 253 II Nr. 2 ZPO – **unterbleiben** kann. Vielmehr sind Regelungsgegenstand des § 131 III ZPO, auf den § 253 IV ZPO verweist, die Voraussetzungen, unter denen die Beifügung von Abschriften von Urkunden für den Gegner entbehrlich ist. § 142 I ZPO ist ebenfalls nicht einschlägig. Die darin vorgesehene Anordnung einer Urkundenvorlegung darf nicht zum bloßen Zweck der Informationsgewinnung für das Gericht erfolgen, worauf die von der Revision für den vorliegenden Fall befürwortete Anwendung der Vorschrift hinauslaufen würde. Vielmehr setzt eine Anordnung gem. § 142 I ZPO einen schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrag der Partei voraus (BGH, Urt. v. 26.06.2007 – XI ZR 277/05 – Rn. 20 a.F., BGHZ 173, 23 = MDR 2007, 1333). Hieran fehlt es.“ (BGH aaO.)

Hinzu kommt, dass im Anwaltsprozess nach den oben dargelegten Maßstäben grundsätzlich die konkrete Bezugnahme auf einen von einem postulationsfähigen Anwalt unterschriebenen Schriftsatz erforderlich ist. Auch hieran fehlt es vorliegend.

„Die in der Klageschrift in Bezug genommenen Verwaltungsakten enthalten keine den Anforderungen des § 253 II Nr. 2 ZPO genügende **anwaltschaftlich verfasste Darstellung von Gegenstand und Grund des geltend gemachten Anspruchs**. Der Kläger hat die Forderung im Betragsverfahren selbst geltend gemacht.“ (BGH aaO.)

## II. Wahrung der Ausschlussfrist durch Schriftsatz vom 30.04.2014

„Die nachträgliche Begründung der Klage durch den am 30.04.2014 beim LG eingegangenen Schriftsatz führt nicht dazu, dass die Klagefrist des § 13 I 2 StrEG gewahrt ist. Dieser Schriftsatz enthält zwar eine **ausreichende Begründung**, die den Erfordernissen des § 253 II Nr. 2 ZPO genügt und den geltend gemachten Anspruch hinreichend individualisiert. Der Schriftsatz ist aber erst **nach Ablauf der Frist** des § 13 I 2 StrEG bei Gericht eingegangen. Die nachträgliche, den Anforderungen des § 253 II Nr. 2 ZPO entsprechende Begründung der Klage konnte zwar den **Mangel der Klageschrift beseitigen**. Dies wirkt jedenfalls in den Fällen, in denen die Klage innerhalb einer gesetzlichen Ausschlussfrist erhoben werden muss und ein wegen Verstoßes gegen zwingende Vorschriften wie § 253 II ZPO wesentlicher Mangel der Klageschrift vorliegt, jedoch **erst vom Zeitpunkt der Behebung des Mangels an** (vgl. BGH, Urt. v. 29.11.1956 ... [aaO. S.] 257; OLG Hamm, BeckRS 9998, 24047; ... Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 253 Rn. 23). [Rn. 28-29].“ (BGH aaO.)

(BGH in MDR 2016, 636; Urteil vom 15.12.2016 – VI ZR 6/15)

1. Nach der Rechtsprechung zu § 9 V StVO spricht der Anscheinsbeweis gegen den Rückwärtsfahrenden, wenn es **in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit dem Rückwärtsfahren** zu einem Zusammenstoß kommt.
2. Die Anwendung des Anscheinsbeweises setzt auch bei Verkehrsunfällen Geschehensabläufe voraus, bei denen sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung der Schluss aufdrängt, dass ein Verkehrsteilnehmer seine **Pflicht zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verletzt** hat; es muss sich um Tatbestände handeln, für die **nach der Lebenserfahrung eine schuldhafte Verursachung typisch** ist.
3. Die für die Anwendung des Anscheinsbeweises gegen einen Rückwärtsfahrenden erforderliche **Typizität des Geschehensablaufs** liegt aber regelmäßig **nicht** vor, wenn beim rückwärtigen Ausparken von zwei Fahrzeugen aus Parkbuchten eines Parkplatzes zwar feststeht, dass vor der Kollision ein Fahrzeugführer rückwärts gefahren ist, aber **nicht ausgeschlossen werden kann**, dass ein Fahrzeug im Kollisionszeitpunkt **bereits stand**, als der andere – rückwärtsfahrende – Unfallbeteiligte mit seinem Fahrzeug in das Fahrzeug hineingefahren ist.

**Fall:** Der Kläger macht Schadensersatzansprüche nach einem Verkehrsunfall auf dem Parkplatz eines Baumarktes geltend. Er parkte mit seinem Pkw rückwärts aus einer Parkbucht aus. Es kam zu einem Zusammenstoß in der zwischen zwei Parkbuchtzeilen befindlichen Gasse mit dem bei der Beklagten zu 2 haftpflichtversicherten Pkw des Beklagten zu 1, der ebenfalls rückwärts aus einer gegenüberliegenden Parkbucht herausfuhr. Vorgerichtlich regulierte die Beklagte zu 2 den vom Kläger geltend gemachten Schaden im Umfang von 50 %. Der Kläger verlangt mit der Klage eine Erstattung von 100 % seines Schadens. Der Kläger behauptet, sein Fahrzeug habe zum Zeitpunkt der Kollision bereits in Fahrtrichtung gestanden. Die Beklagten behaupten, beide Fahrzeuge hätten sich im Zeitpunkt des Zusammenstoßes in Bewegung befunden.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, weil der aus § 9 V StVO hergeleiteten Anscheinsbeweis für ein Verschulden beider Fahrzeugführer spreche, so dass eine Haftungsquote von 50 % angemessen sei. Ist dies rechtlich haltbar?

### I. Anscheinsbeweis gegen Rückwärtsfahrenden nach § 9 V StVO

„Nach der Rechtsprechung zu § 9 V StVO spricht der Anscheinsbeweis gegen den Rückwärtsfahrenden, wenn es **in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit dem Rückwärtsfahren** zu einem Zusammenstoß kommt (vgl. etwa OLG Celle v. 30.05.2007 – 14 U 202/06, juris; OLG Dresden v. 08.12.2009 – 7 U 1058/09, Schaden-Praxis 2010, 174; OLG München, Ur. v. 27.05.2010 – 10 U 4431/09, juris – Rn. 17 f.; LG Saarbrücken v. 19.07.2013 – 13 S 61/13, DAR 2013, 520 f.; Burmann in Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 23. Aufl., § 9 StVO Rn. 69; König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 43. Aufl., § 9 StVO Rn. 55).“ (BGH aaO.)

### II. Anwendung der Rechtsprechung auf Parkplatzunfälle durch Instanzgerichte

„Dieser Grundsatz wird teilweise – wie auch im angefochtenen Urteil – auf Unfälle auf Parkplätzen übertragen. Dies soll **auch dann gelten**, wenn der **Rückwärtsfahrende zum Unfallzeitpunkt bereits steht**. Der Anscheinsbeweis soll **erst entfallen**, wenn der Rückwärtsfahrende zum Unfallzeitpunkt **längere Zeit zum Stehen gekommen** war (vgl. KG v. 25.10.2010 – 12 U 3/09, ZfS 2011, 255; OLG Hamm v. 11.09.2012 – I-9 U 32/12, NZV 2013, 123 f. ...). Dafür spreche, dass die mit der Rückwärtsfahrt typischerweise verbundenen Gefahren, die den Fahrzeugführer gem. § 9 V StVO dazu verpflichteten, eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer auszuschließen, nicht sogleich mit dem Stillstand des Fahrzeugs endeten und anderenfalls die Haftung von der Frage abhinge, ob es dem Rückwärtsfahrenden (zufällig) noch gelinge, sein Fahrzeug vor dem Zusammenstoß zum Stillstand zu bringen. Es bestehe auch dann noch ein **spezifischer Bezug zum Rückwärtsfahren, wenn das Fahrzeug erst kurzzeitig stehe**. Wird das Fahrzeug vorwärts aus der Parkbucht gefahren, bestehe eine deutlich bessere und frühzeitigere Sichtmöglichkeit als dies beim Rückwärtsfahren der Fall sei (vgl. OLG Hamm, aaO.; LG Kleve, Ur. v. 11.11.2009 – 5 S 88/09, juris – Rn. 13; Nugel, jurisPR-VerfR 1/2010, Anm. 3).“ (BGH aaO.)

### III. Korrektur des BGH

Dieser Ansatz ist nach Auffassung des BGH nicht haltbar.

## 1. Voraussetzungen für Anwendung des Anscheinsbeweises bei Parkplatzunfällen im Zusammenhang mit Rückwärtsfahren nach der Rechtsprechung des BGH

„Die Anwendung des Anscheinsbeweises setzt auch bei Verkehrsunfällen Geschehensabläufe voraus, bei denen sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung der Schluss aufdrängt, dass ein Verkehrsteilnehmer seine **Pflicht zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verletzt** hat; es muss sich um Tatbestände handeln, für die **nach der Lebenserfahrung eine schuldhafte Verursachung typisch** ist (vgl. BGH, Urt. v. 13.12.2011 – VI ZR 177/10 – Rn. 7, BGHZ 192, 84 = MDR 2012, 145 m.w.N.).

Demnach kann bei einem **Unfall auf einem Parkplatz** im Zusammenhang mit dem Rückwärtsfahren grundsätzlich der erste **Anschein für ein Verschulden des Rückwärtsfahrenden** sprechen. Es reicht allerdings allein das „Kerngeschehen“ – hier: Rückwärtsfahren – als solches dann als Grundlage eines Anscheinsbeweises nicht aus, wenn weitere Umstände des Unfallereignisses bekannt sind, die als **Besonderheiten gegen die bei derartigen Fallgestaltungen gegebene Typizität sprechen**. Denn es muss das gesamte feststehende Unfallgeschehen nach der Lebenserfahrung typisch dafür sein, dass derjenige Verkehrsteilnehmer, zu dessen Lasten im Rahmen des Unfallereignisses der Anscheinsbeweis Anwendung finden soll, schuldhaft gehandelt hat. Ob der **Sachverhalt in diesem Sinne im Einzelfall wirklich typisch** ist, kann nur aufgrund einer umfassenden Betrachtung aller tatsächlichen Elemente des Gesamtgeschehens beurteilt werden, die sich aus dem unstreitigen Parteivortrag und den getroffenen Feststellungen ergeben (vgl. ... BGH v. 13.12.2011, aaO.). Zudem **ist bei der Anwendung des Anscheinsbeweises grundsätzlich Zurückhaltung geboten**, weil er es erlaubt, bei typischen Geschehensabläufen aufgrund allgemeiner Erfahrungssätze auf einen ursächlichen Zusammenhang oder ein schuldhaftes Verhalten zu schließen, ohne dass im konkreten Fall die Ursache bzw. das Verschulden festgestellt ist (vgl. BGH v. 13.12.2011, aaO. – Rn. 11; Lepa, NZV 1992, 129 f.; Saenger in HK/ZPO, 6. Aufl., § 286 Rn. 39; Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., vor § 284 Rn. 30c).“ (BGH aaO.)

## 2. Anwendung auf den Fall

Nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen ist die Anwendung des Anscheinsbeweises gegen den Rückwärtsfahrenden auf einem Parkplatz nicht zu beanstanden, wenn feststeht, dass die Kollision beim Rückwärtsfahren des Verkehrsteilnehmers stattgefunden hat.

„Die geforderte **Typizität liegt aber regelmäßig nicht vor**, wenn zwar feststeht, dass – wie hier – vor der Kollision ein Fahrzeugführer rückwärtsgefahren ist, aber **nicht ausgeschlossen werden kann**, dass sein Fahrzeug im Kollisionszeitpunkt F, als der andere Unfallbeteiligte (hier: Beklagter zu 1) mit seinem Fahrzeug in das stehende Fahrzeug hineingefahren ist. Denn es gibt keinen **allgemeinen Erfahrungssatz**, wonach sich der Schluss aufdrängt, dass auch der **Fahrzeugführer**, der sein Fahrzeug **vor der Kollision auf dem Parkplatz zum Stillstand gebracht** hat, die **ihn treffenden Sorgfaltspflichten verletzt** hat. Anders als im fließenden Verkehr mit seinen typischerweise schnellen Verkehrsabläufen, bei denen der Verkehrsteilnehmer grundsätzlich darauf vertrauen darf, dass sein Verkehrsfluss nicht durch ein rückwärtsfahrendes Fahrzeug gestört wird, **gilt in der Situation auf dem Parkplatz ein solcher Vertrauensgrundsatz nicht** (vgl. OLG Hamm, aaO.; König, aaO., § 8 StVO Rn. 31a m.w.N.). Hier muss der Verkehrsteilnehmer jederzeit damit rechnen, dass rückwärtsfahrende oder ein- und ausparkende Fahrzeuge seinen Verkehrsfluss stören. Er muss daher, um der **Verpflichtung zur gegenseitigen Rücksichtnahme** nach § 1 I StVO genügen zu können, von vornherein mit geringer Geschwindigkeit und bremsbereit fahren, um jederzeit anhalten zu können (vgl. oben unter 3a). Hat ein Fahrer diese Verpflichtung erfüllt und gelingt es ihm, beim Rückwärtsfahren vor einer Kollision zum Stehen zu kommen, hat er grundsätzlich seiner Verpflichtung zum jederzeitigen Anhalten genügt, so dass für den Anscheinsbeweis für ein Verschulden des Rückwärtsfahrenden kein Raum bleibt.“ (BGH aaO.)

Der Anscheinsbeweis gegen den Rückwärtsfahrenden ist daher im vorliegenden Fall nicht anwendbar und die getroffene Entscheidung folglich nicht haltbar.

## Verfahrensverständigung Kompensation einer überlangen Verfahrensdauer (BGH in NJW 2016, 1972; Beschluss vom 25.11.2015 – 1 StR 79/14)

Die Höhe der Kompensation für eine hinsichtlich Art, Ausmaß und ihrer Ursachen prozessordnungsgemäß festgestellte überlange Verfahrensdauer ist ein zulässiger Verständigungsgegenstand.

**Fall:** In einem Verfahren wegen Betrugs beanstandete die Revision eine Verletzung des § 257 c StPO dadurch, dass die Höhe der Kompensation für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung zum Gegenstand der Verständigung gemacht worden sei. Allein dieses wollte sie zur revisionsrechtlichen Überprüfung stellen, wie ausdrücklich erklärt war. Nach Vortrag der Revision erfolgten Verständigungsgespräche auf ausdrücklichen Wunsch der Verteidiger, die „großen Wert darauf legten und darauf drängten, dass die Höhe der Kompensation zum Gegenstand einer Verständigung gemacht wurde“. In diesen Gesprächen äußerte der Verteidiger des Angekl. unter anderem seine Vorstellung zur Strafe und zur Höhe der Kompensation; die StA stellte Letzteres in das Ermessen des Gerichts. Das Gericht gab an, seinen Vorschlag am nächsten Verhandlungstag unterbreiten zu wollen. In der Zwischenzeit trug die Verteidigung schriftlich zur Höhe der zu gewährenden Kompensation vor. Der gerichtliche Vorschlag lautete schließlich:

„Die Kammer schlägt für den Fall eines glaubhaften Geständnisses des Angekl. H eine Verständigung über eine zu verhängende Gesamtfreiheitsstrafe innerhalb eines Strafraumens von 4 Jahren und 3 Monaten bis zu 4 Jahren und 9 Monaten vor. Für die eingetretene Verfahrensverzögerung in diesem Verfahren von 2 Jahren und 6 Monaten wird die Kammer 9 Monate als vollstreckt anrechnen. Die im Urteil des LG Mannheim vom 22.03.2012 bereits angerechneten 3 Monate (wegen überlanger Verfahrensdauer im Verfahren des LG Offenburg) sowie weiteren 3 Monate (wegen geleisteter Zahlungen im Rahmen der Aufлагenerfüllung) gelten zudem weiterhin als vollstreckt“.

Sodann wurden vom Gericht noch die Fälle benannt, in denen auf Antrag der StA die Einstellung nach § 154 II StPO erfolgen sollte, bevor die Belehrung des Angekl. nach § 257 c V StPO erfolgte. Dem Vorschlag stimmten Angekl., StA und Verteidiger zu. Der Angekl. machte anschließend Angaben zur Sache.

Das LG Mannheim hat mit Urteil vom 12.09.2014 den Angekl. unter Einbeziehung weiterer rechtskräftiger Strafen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt, neun Monate hiervon wegen der langen Dauer des Verfahrens, drei Monate wegen der langen Dauer des Verfahrens vor dem LG Offenburg und drei Monate für die Zahlungen auf die Bewährungsaufgabe des LG Offenburg für vollstreckt erklärt. Die Revision vertrat die Auffassung, die Kompensation sei keine Rechtsfolge und somit kein zulässiger Gegenstand der Verständigung. Zu Recht?

Es könnte einen revisionsrechtlich relevanten Rechtsfehler darstellen, dass die Höhe der Kompensation für eine hinsichtlich Art, Ausmaß und ihrer Ursachen prozessordnungsgemäß festgestellte überlange Verfahrensdauer in die Verständigung einbezogen wurde.

### I. Vorgaben für Inhalt einer Verständigung

Nach § 257 c II 1 StPO dürfen Gegenstand einer Verständigung nur die **Rechtsfolgen** sein, die **Inhalt des Urteils** und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige **verfahrensbezogene Maßnahmen** im zu Grunde liegenden Erkenntnisverfahren sowie das **Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten**. § 257 c II 3 StPO schließt hingegen den Schuldspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung als Gegenstand einer Verständigung aus.

„Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers können Verständigungsgegenstand unter anderem grundsätzlich die **Maßnahmen** sein, **über die das erkennende Gericht verfügen kann, somit Maßnahmen, die es im Erkenntnis treffen kann** (GE der BReg, BT-Drs. 16/12310, Anl. zu Nr. 8). Grundsätze der richterlichen Sachverhaltsaufklärung und Überzeugungsbildung sollten hingegen nicht angetastet werden (vgl. hierzu BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058 = NStZ 2013, 295 Rn. 67).“ (BGH aaO.)

### II. Kompensation als zulässiger Verständigungsgegenstand

Fraglich ist, ob nach diesen Vorgaben auch Art und Ausmaß einer Kompensation für überlange Verfahrensdauer zulässiger Verständigungsgegenstand sein kann.

„Die Verständigung über **Art und Ausmaß einer Kompensation für eine überlange Verfahrensdauer** kann ein zulässiger Verständigungsgegenstand sein. (KK-StPO/Moldenhauer/Wenske, 7. Aufl., § 257 c Rn. 15; Temming in Gercke/Julius/Temming/Zöller, StPO, 5. Aufl., § 257 c Rn. 23; Wenske, DRiZ 2011, 393 [395]; vgl. hierzu auch BeckOK StPO/Eschelbach, 23. Ed., § 257 c Rn. 11.3, der zwar Bedenken anmeldet, diese aber an der als problematisch erachteten Vollstreckungslösung festmacht, die jedoch stRspr entspricht; a.A. Meyer-Goßner in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 257 c Rn. 10, freilich ohne Begr.).“ (BGH aaO.)

Zulässig ist aber nur eine Verständigung über Art und Ausmaß der Kompensation, **nicht** über deren **tatsächliche Grundlagen**.

„Die **tatsächlichen Grundlagen**, aufgrund derer das Gericht Art und Ausmaß der Verzögerung sowie ihre Ursachen ermittelt hat, sind – ungeachtet der nicht mit dieser Angriffsrichtung erhobenen Rüge – **nicht Verständigungsgegenstand gewesen**. Anhaltspunkte dafür, dass das Gericht eine Verbindung zwischen der Feststellung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung oder deren Umfang mit dem Einlassungsverhalten des Angekl. hergestellt oder diese **Feststellung als bloße Honorierung sonstigen prozessualen Wohlverhaltens** des Angekl. behandelt hätte (vgl. hierzu BGH, NJW 2016, 513), ergeben sich weder aus dem vorgetragenen Verfahrensgeschehen noch aus dem vom Gericht unterbreiteten Verständigungsvorschlag. Zwar ist dem von der Revision vorgetragenen Schreiben der Verteidigung, welches an die Vorgespräche anknüpfte, zu entnehmen, dass das Gericht seine vorläufige Bewertung zu der sich aus den Akten ergebenden Dauer der Verzögerung, insbesondere des der Justiz zuzurechnenden Anteils, kundgetan und diese letztlich auch seinem Verständigungsvorschlag zu Grunde gelegt hat. Das ist aber nicht zu beanstanden, vielmehr ist eine **Klarstellung der materiellen Grundlagen der zu gewährenden Kompensation** Voraussetzung für eine nachvollziehbare Bemessung derselben (vgl. zur strafzumessungsrechtlichen Bewertung des Anklagevorwurfs BGHSt 59, 130 = NJW 2014, 1254 = NStZ 2014, 284 mit insoweit zust. Anm. Kudlich, NStZ 2014, 285 [286]).

Anders als in dem Sachverhalt, der dem Beschluss des BGH vom 06.10.2010 (JR 2011, 167 = BeckRS 2010, 28284) zu Grunde lag, gab es **kein gerichtliches „Angebot“ einer die tatsächlichen Grundlagen entbehrenden Feststellung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung**. Lag es dort „auf der Hand, dass eine Art. 6 I EMRK widersprechende Menschenrechtsverletzung nicht vorlag“ (BGH, JR 2011, 167 = BeckRS 2010, 28284; abl. auch Ignor in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2. Aufl., § 257 c Rn. 43), konnte hier angesichts des zwischen der ersten Anklage und der Eröffnungsentscheidung liegenden Zeitraums von annähernd 45 Monaten – auch unter Berücksichtigung von Phasen nicht der Justiz zuzurechnender Verzögerung – ein kompensationspflichtiger Konventionsverstoß gegen den Beschleunigungsgrundsatz des Art. 6 I EMRK nicht zweifelhaft sein.

Dem entspricht es, dass die **Urteilsgründe hinreichende Feststellungen zu Ausmaß und Ursachen der Verfahrensdauer** zwischen den bis Mai 2008 begangenen Taten, der Bekanntgabe der Ermittlungen an den Besch. durch eine Durchsuchung noch im Mai 2008, dem polizeilichen Schlussbericht im Juni 2010, der Anklage vom 02.09.2010 und dem Eröffnungsbeschluss vom 30.05.2014 sowie der am 08.07.2014 beginnenden Hauptverhandlung enthalten. Diese decken sich hinsichtlich des allein der Justiz anzulastenden Verzögerungszeitraums mit der vorläufigen Bewertung des Gerichts und folgen dem von der Verteidigung für zutreffend gehaltenen längeren Zeitraum nicht.“ (BGH aaO.)

### III. Verständigung nur über zulässige Urteilsinhalte

Art und Ausmaß der Kompensation für eine überlange Verfahrensdauer sind aber nur dann einer Verständigung zugänglich, wenn Sie auch Inhalt eines Urteils sein könnten. Dies ist dann der Fall, wenn es sich um Rechtsfolge i.S.d. § 257 c II 1 StPO handelt. Dies ist der Fall.

„Es liegt auch **kein Grund** vor, diese **Rechtsfolge von der Verständigungsmöglichkeit auszunehmen**, da die Pflicht zur Wahrheitserforschung und zur Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe hiervon unangestastet bleibt.

Die Kompensation für eine überlange Verfahrensdauer dient dem **Ausgleich eines durch die Verletzung eines Menschenrechts entstandenen objektiven Verfahrensrechts**; sie ist Wiedergutmachung und soll eine Verurteilung des jeweiligen Vertragsstaates wegen der Verletzung des Rechts aus Art. 6 I 1 EMRK verhindern (BGHSt 52, 124 [137] = NJW 2008, 860 = NStZ 2008, 234; BGHSt 57, 1 = NJW 2011, 3314 = NStZ 2012, 152 = BGHR MRK Art. 6 I Verfahrensverzögerung 42; Krehl, ZIS 2006, 168 [178]; StV 2006, 408 [412]).

Die im **Wege des so genannten Vollstreckungsmodells vorzunehmende Kompensation** als Erfüllung einer Art Staatshaftungsanspruch koppelt den Ausgleich für das erlittene Verfahrensrecht von Fragen des Tatrechts, der Schuld und der Strafhöhe ab. Der Ausgleich für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung stellt eine **rein am Entschädigungsgedanken orientierte eigene Rechtsfolge neben der Strafzumessung** dar. Sie richtet sich nicht nach der Höhe der Strafe. Auch das Gewicht der Tat und das Maß der Schuld spielen weder für die Frage, ob das Verfahren rechtsstaatswidrig verzögert worden ist, noch für Art und Umfang der zu gewährenden Kompensation eine Rolle (BGH, NStZ-RR 2015, 341 und BGHSt 52, 124 [138] = NJW 2008, 860 = NStZ 2008, 234; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl., Rn. 770 ff.). **Art und Höhe der Kompensation** sind vielmehr an der **Intensität der Beeinträchtigung** des subjektiven Rechts des Betroffenen aus Art. 6 I 1 EMRK auszurichten. Dabei sind stets die Umstände des Einzelfalls, wie der Umfang der staatlich zu verantwortenden Verzögerung, das Maß des Fehlverhaltens der Strafverfolgungsorgane sowie die Auswirkungen all dessen auf den Angeklagten, entscheidend (BGH, NStZ 2015, 601 und BGHSt 52, 124 [138] = NJW 2008, 860 = NStZ 2008, 234). Dabei ist auch in den Blick zu nehmen, dass die Verfahrensdauer als solche sowie die damit verbundenen Belastungen des Angeklagten stets bereits strafmildernd im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen sind, es bei der Rechtsfolgenbestimmung über die Kompensation nur mehr um einen Ausgleich gerade der rechtsstaatswidrigen Verursachung der Verzögerung geht (BGH, NStZ 2015, 601; NStZ-RR 2009, 339; BGHSt 52, 124 [138] = NJW 2008, 860 = NStZ 2008, 234).“ (BGH aaO.)

#### IV. Kein Verstoß gegen Grundsatz der richterlichen Sachverhaltsaufklärung und Überzeugungsbildung

Fraglich ist, ob eine Verständigung über Art und Umfang der Kompensation die Grundsätze der richterlichen Sachverhaltsaufklärung und Überzeugungsbildung verletzt.

*„Eine Verständigung insoweit, also die Erzielung eines Einvernehmens (vgl. hierzu GE der BReg, BT-Drs. 16/12310, Anl. zu Nr. 8) stellt weder Gegenstand noch Umfang der dem Gericht **von Amts wegen obliegenden Pflicht zur Aufklärung** des mit der Anklage vorgeworfenen Geschehens zur Disposition der an der Verständigung Beteiligten (vgl. hierzu BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058 = NStZ 2013, 295).*

*Die Anerkennung von Art und Höhe der Kompensation für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung als Verständigungsgegenstand i.S.d. § 257 c II StPO findet Bestätigung darin, dass die **Zumessung einer Entschädigung** aufgrund der Gewichtung von Belastungen **üblicherweise dem Parteiprozess überantwortet** ist und dort der **Dispositionsmaxime** unterliegt. Aus dem Umstand, dass über die Entschädigung im Strafverfahren und im Wege des Vollstreckungsmodells, also durch eine faktische Abmilderung des Strafübels, entschieden werden kann, ergibt sich wegen der Abkopplung von Unrecht und Schuld dann nichts anderes, wenn – wie hier – die **Grundsätze strafrechtlicher Sachverhaltsaufklärung durch die Verständigung nicht berührt** werden.“ (BGH aaO.)*

#### V. Ergebnis

In der Verständigung über Art und Umfang der Kompensation ist daher kein revisionsrechtlich relevanter Rechtsfehler zu sehen.

**Durchsuchungsanordnung**  
**Anfangsverdacht bei Befund nach Drogenscreening**  
(LG Trier in StV 2016, 347; Beschluss vom 05.01.2016 – 5 Qs 90/15)

1. Voraussetzung jeder Durchsuchung ist mithin die Wahrscheinlichkeit, dass eine bestimmte **Straftat bereits begangen ist und hierfür zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen**. Vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen reichen nicht aus.
2. Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung bedarf es mithin der **Unterscheidung zwischen dem konkreten und dem weitergehenden, allein auf Rückschlüssen beruhenden Anfangsverdacht**
3. Ein solcher Rückschluss auf einen weitergehenden Tatverdacht **ist ohne weitere Anhaltspunkte nicht möglich** und würde auf einen **Generalverdacht** hinauslaufen, der für eine Durchsuchungsanordnung einer Wohnung unter Berücksichtigung des besonderen Schutzes des Artikels 13 GG nicht ausreichend ist.
4. Es darf ohne nähere Anhaltspunkte, insbesondere bei in Rede stehenden Eigenkonsum, **auch bei einer Betäubungsmittelvergangenheit nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, der Beschuldigte konsumiere wieder und weiterhin regelmäßig solche**.

**Fall:** Die Staatsanwaltschaft Trier führt gegen den Beschuldigten ein Ermittlungsverfahren wegen Besitz und Erwerb von Betäubungsmitteln gemäß § 29 BtMG.

Der Beschuldigte befindet sich unter dem Aktenzeichen 10 StVK 280/15 in einem laufenden Bewährungsverfahren. Das dort angeordnete Drogenscreening einer am 06.05.2015 durch das Gesundheitsamt der Kreisverwaltung entnommenen Urinprobe des Beschuldigten hat einen auffälligen Befund für Amphetamin ergeben. Dieser Befund wurde der auswärtigen Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Trier beim Amtsgericht Wittlich durch die Bewährungshelferin des Beschuldigten mit Schreiben vom 28.05.2015 mitgeteilt.

Mit Verfügung vom 29.06.2015 hat sodann die Staatsanwaltschaft Trier die Anordnung einer Durchsuchung beim Beschuldigten gemäß §§ 102, 94 StPO beantragt und begründet dies mit dem auf den 06.05.2015 datierenden positiven Urintest.

Das Amtsgericht Trier hat sodann mit Beschluss vom 01.07.2015 die Durchsuchung der Person sowie der Wohn-, Keller-, Neben-, Geschäfts- und sonstigen Räumen und die Beschlagnahme vorgefundener Beweismittel gemäß §§ 94, 98, 102, 105, 162 StPO angeordnet. Dort heißt es u.a.:

„Der Tatverdacht ergibt sich aus dem auf Amphetamin positiven Urintest des Beschuldigten vom 06.05.2015 in dem Bewährungsverfahren 10 StVK 280/15 des Landgerichts Trier, das eine Amphetaminaufnahme des Beschuldigten im vorangegangenen Monat belegt. Der Konsum indiziert den Besitz von Betäubungsmitteln. Es ist davon auszugehen, dass sich die gesuchten Betäubungsmittel in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten befinden.“

Der Beschluss wurde am 07.10.2015 vollzogen. Gegen diesen Beschluss richtet sich die mit Schreiben vom 22.12.2015 erhobene und beim Amtsgericht am 23.12.2015 eingegangene Beschwerde des Beschuldigten, mit der er die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchsuchungsanordnung beantragt. Diese sei unverhältnismäßig gewesen. Wird die Beschwerde Erfolg haben?

## I. Zulässigkeit der Beschwerde

„Der Zulässigkeit des Rechtsmittels steht dabei nicht der Umstand entgegen, dass die **Durchsuchungsmaßnahme vor Einlegung der Beschwerde am 07.10.2015 vollzogen** wurde, da dies nicht zum Wegfall des Rechtsschutzinteresses führt. Wegen der Gewährleistung des sich aus Art. 19 IV Grundgesetz ergebenden **Gebots des effektiven Rechtsschutzes** ist die Beschwerde auch in Fällen der prozessualen Überholung zulässig (vgl. BVerfGE 96, 27 ff.) und die Durchsuchungsanordnung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen.“ (LG Trier aaO.)

## II. Begründetheit der Beschwerde

Gemäß § 102 StPO darf eine Durchsuchung der Wohnung und anderer Räume eines Tatverdächtigen sowie der Person selbst u.a. angeordnet werden, wenn zu vermuten ist, dass die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde.

„Voraussetzung jeder Durchsuchung ist mithin die Wahrscheinlichkeit, dass eine bestimmte **Straftat bereits begangen ist und hierfür zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen** (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Auflage, § 102, Rn. 2). Vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen reichen nicht aus (BVerfG, Beschl. v. 28.04.2003, Az. 2 BvR 358/03, NJW 2003, 2669 (2670)). Allerdings genügt es, dass aufgrund kriminalistischer

*Erfahrung die begründete Aussicht besteht, dass der Zweck der Durchsuchung - das Auffinden von Beweismitteln für eine bestimmte Straftat - erreicht werden kann (BVerfG aaO.).*

*Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung bedarf es mithin der **Unterscheidung zwischen dem konkreten und dem weitergehenden, allein auf Rückschlüssen beruhenden Anfangsverdacht** bezüglich der hier in Rede stehenden Vorwürfe des Besitzes und Erwerbs von Betäubungsmitteln.“ (LG Trier aaO.)*

Es muss daher ein Anfangsverdacht auch tatsächlich im Zeitpunkt des Beschlusserlasses vorgelegen haben. Am Tag der Urinprobenentnahme, dem 06.05.2015 hat ein solcher Anfangsverdacht wegen des für Amphetamine positiven Ergebnisses der Urinprobenentnahme bestanden. Fraglich ist jedoch, ob dies auch den Schluss darauf zulässt, dass zum Zeitpunkt des Beschlusserlasses am 01.07.2015 weitere, fortlaufende Verstöße gegen § 29 BtMG erfolgen.

*„Ein solcher Rückschluss auf einen weitergehenden Tatverdacht **ist ohne weitere Anhaltspunkte nicht möglich** und würde auf einen **Generalverdacht** hinauslaufen, der für eine Durchsuchungsanordnung einer Wohnung unter Berücksichtigung des besonderen Schutzes des Artikels 13 GG nicht ausreichend ist (LG Koblenz, Beschl. v. 28.11.2008, Az. 9 Qs 76/08, zitiert nach juris). Zwar ist auf dem Gebiet der Betäubungskriminalität durchaus von einem wiederholten Vorgehen eines Beschuldigten auszugehen (BVerfG, Beschl. v. 15.12.2004, Az. 2 BvR 1873/04, zitiert nach juris). Gleichwohl darf ohne nähere Anhaltspunkte, insbesondere bei dem hier in Rede stehenden Eigenkonsum, **auch bei einer Betäubungsmittelvergangenheit nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, der Beschuldigte konsumiere wieder und weiterhin regelmäßig** solche (vgl. bei einem konkreten Tatzeitraum BVerfG, Beschl. v. 29.10.2013, Az. 2 BvR 389/13, BeckRS 2013, 59957).*

*Vielmehr bestand im Juli 2015 nur noch der **allgemeine Verdacht, dass bei Betäubungsmittelkonsumenten immer auch Betäubungsmittel aufzufinden sind** (so ausdrücklich LG Koblenz aaO.). Insbesondere erfordert die Durchsuchungsanordnung die Beachtung des Bestimmtheitsgebots. Aus dem Beschluss, der die Durchsuchung anordnet, muss sich hinreichend genau ergeben, um **welchen konkreten Tatvorwurf** es sich handelt (vgl. auch BVerfG aaO.). Die Zulassung eines Rückschlusses aus einem Anhaltspunkt auf einen zwei Monate später liegenden generellen Tatverdacht würde diese Anforderung umgehen. Schließlich äußert sich der amtsgerichtliche Beschluss auch nicht dazu, ob der Tatvorwurf sich nunmehr allein auf den Besitz um den Zeitpunkt des 06.05.2015 bezieht oder es sich um einen weitergehenden Tatverdacht handelt.“ (LG Trier aaO.)*

Ein Tatverdacht verbleibt daher letztlich nur für den Erwerb und Besitz von Betäubungsmitteln um den 06.05.2015 herum. Diesbezüglich hält die angefochtene Entscheidung aber den ebenfalls zu beachtenden Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht stand.

*„Zum einen war ein **Nachweis des Besitzes und Erwerbs** von Betäubungsmitteln durch den Beschuldigten bereits **durch das Ergebnis der Untersuchung der Urinprobe gegeben** (LG Koblenz aaO.). Eine etwaige Behauptung, es hätte sich um einen besitzlosen Konsum gehandelt, kann bei lebensnaher Betrachtung - insbesondere bei Amphetamin - regelmäßig entkräftet werden. Zum anderen war nicht davon auszugehen, dass **ca. zwei Monate nach positivem Befund der Urinuntersuchung noch Vorräte** hätten aufgefunden werden können, aus denen auf einen Besitz von Betäubungsmitteln zeitnah zum 06.05.2015 hätte zurückgeschlossen werden können. Es handelte sich lediglich um den Vorwurf des Erwerbs und Besitzes zum Zwecke des Eigenkonsums. Bei einem solchen ist aber davon auszugehen, dass die Betäubungsmittel zeitnah konsumiert werden.“ (LG Trier aaO.)*

Die Durchsuchungsanordnung hält daher einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Die Beschwerde ist begründet.

**Einseitige Erledigungserklärung**  
**Schutzwürdiges Interesse des Beklagten an der Prüfung**  
(OVG Münster in DÖV 2016, 580; Beschluss vom 01.02.2016 – 6 A 1891/14)

1. Hat sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, ist im Falle der **einseitig gebliebenen Erledigungserklärung** über die Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage nur zu entscheiden, wenn der Beklagte sich für sein Festhalten am Antrag auf Abweisung der Klage auf ein **schutzwürdiges** – entsprechend dem Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu beurteilendes – **Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung** berufen kann.
2. Ein solches ergibt sich nicht unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr, wenn das beklagte Land einen Kommissaranwärter in Kenntnis vorhandener Tätowierungen im sichtbaren Bereich einstellt und geltend macht, es sei beabsichtigt, den Kläger wegen derselben Tätowierungen aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf zu entlassen. Denn eine **Entlassung** kann grundsätzlich **nur wegen solcher Umstände** ausgesprochen werden, die nach der Einstellung, also **während des Vorbereitungsdienstes zutage getreten** sind.

**Fall.** Der Kläger bewarb sich am 28.06.2013 um die Einstellung in den gehobenen Polizeivollzugsdienst des beklagten Landes zum Einstellungstermin 01.09.2014 und durchlief in der Folgezeit das Einstellungsverfahren beim Landesamt für Ausbildung, Fortbildung und Personalangelegenheiten der Polizei Nordrhein-Westfalen (LAFP NRW). Anlässlich der medizinischen Untersuchung des Klägers durch den polizeiärztlichen Dienst wurden verschiedene Tätowierungen sowohl im Bereich des Rückens als auch an beiden Ober- und Unterarmen festgestellt. Diese veranlassten das LAFP NRW, die Einstellung des Klägers in den gehobenen Polizeidienst mit Bescheid vom 07.01.2014 abzulehnen. Seine Entscheidung begründete es damit, dass es dem Kläger aufgrund der Tätowierung im sichtbaren und nicht sichtbaren Bereich an der nach Art. 33 II GG erforderlichen Eignung für eine Einstellung in ein Beamtenverhältnis fehle.

Der daraufhin vom Kläger mit dem Ziel der Neubescheidung erhobenen Klage gab das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 05.08.2014 statt. Es verpflichtete das beklagte Land unter Aufhebung des ablehnenden Bescheids, über die Bewerbung des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden und ließ die Berufung zu, weil die Sache grundsätzliche Bedeutung habe.

Zum 01.09.2014 hat das beklagte Land den Kläger unter Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Widerruf zum Kommissaranwärter ernannt. Die Einstellung ist nach dem Vorbringen des beklagten Landes erfolgt, um ihm eine Teilnahme an der Ausbildung bereits mit deren Beginn zu ermöglichen.

Am 16.09.2014 hat das beklagte Land gegen das am 18.08.2014 zugestellte Urteil des Verwaltungsgerichts Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 15.10.2014 begründet.

Bereits am 24.09.2014 hat der Kläger den Rechtsstreit wegen der erfolgten Berufung in das Beamtenverhältnis auf Widerruf für in der Hauptsache erledigt erklärt. Das beklagte Land hat der Erledigungserklärung widersprochen und beruft sich auf ein auch nach eingetretener Erledigung bestehendes schutzwürdiges Interesse an einer Sachentscheidung. Kann das Land die Berufung im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage fortführen?

Grundsätzlich besteht nur für den Kläger eines Verfahrens die Möglichkeit, nach Erledigung des ursprünglichen Klagebegehrens seinen Klageantrag auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 I 4 VwGO umzustellen. Die Verwaltungsgerichtsordnung räumt dem Beklagten eine solche Möglichkeit nicht ein. Dieser hat jedoch die Möglichkeit, einer entsprechenden Erledigungserklärung des Klägers zu widersprechen, so dass dann das ursprüngliche Verfahren fortgesetzt werden muss.

### I. Erledigung des ursprünglichen Verfahrens

Die vom Kläger ursprünglich erhobene Verpflichtungsklage könnte sich dadurch erledigt haben, dass das beklagte Land nach entsprechendem, obsiegendem Urteil in der 1. Instanz die begehrte Ernennung des Klägers als Kommissaranwärter zum Beamten auf Widerruf vorgenommen und der Kläger daraufhin nach Einlegung der Berufung durch das beklagte Land die Hauptsache für erledigt erklärt hat. Da das beklagte Land dieser Erledigungserklärung widersprochen hat, hat das Gericht nunmehr zu prüfen, ob Hauptsache Erledigung eingetreten ist.

*„Das ist dann der Fall, wenn ein **nach der Klageerhebung eingetretenes außerprozessuales Ereignis** dem Klagebegehren die Grundlage entzogen hat und die Klage deshalb für den Kläger **gegenstandslos** geworden ist. Der Kläger ist in diesem Fall nicht genötigt, die Klage zurückzunehmen, was für ihn mit der Kostenlast*

gemäß § 155 II VwGO verbunden wäre. Er ist auch **nicht auf die** von einem besonderen Feststellungsinteresse abhängige **Umstellung seines Klageantrags auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 I 4 VwGO) beschränkt**. Vielmehr eröffnet ihm das Prozessrecht die Möglichkeit, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, ohne dass die Umstellung vom ursprünglichen Klageantrag auf den Antrag, die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festzustellen, von den für die Klageänderung geltenden einschränkenden Voraussetzungen der §§ 91, 125 I 1 VwGO unterliegt. Die Wirksamkeit dieser Erklärung hängt auch nicht davon ab, dass die Klage ursprünglich zulässig und begründet war. Schließt sich der **Beklagte der Erklärung des Klägers an**, gilt § 161 II VwGO mit der Folge dass die **Rechtshängigkeit ipso iure endet**. Tut er dies nicht, bleibt das Verfahren rechtshängig und der Rechtsstreit ist fortzusetzen. Das Gericht hat jedoch gemäß dem Begehren des Klägers grundsätzlich nur noch die Frage zu prüfen, ob sich das ursprüngliche Klagebegehren im dargestellten Sinne erledigt hat. Vgl. BVerwG, Urteil vom 31.10.1990 - 4 C 7.88 -, BVerwGE 87, 62.“ (OVG Münster aaO.)

Fraglich ist daher, ob hier vor dem Hintergrund der einseitigen Erledigungserklärung des Klägers durch Feststellung der Erledigung zu entsprechen ist.

„Mit der Aufnahme des Klägers in das Beamtenverhältnis auf Widerruf als Kommissaranwärter und der Aushängung der Ernennungsurkunde hat sich der Rechtsstreit erledigt. Der Kläger kann eine Neubescheidung seiner Bewerbung nicht mehr erreichen, weshalb er zutreffend den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt hat, um eine Abweisung seiner unzulässig gewordenen Verpflichtungsklage zu vermeiden.“ (OVG Münster aaO.)

Der Rechtsstreit ist daher erledigt.

## II. Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage

Nachdem nach Vorstehendem die Prüfung des Gerichts bei einseitiger Erledigungsklärung des Klägers nur darauf beschränkt ist zu prüfen, ob tatsächlich Erledigung eingetreten ist, stellt sich die Frage, ob der Beklagte selbst bei Feststellung einer Erledigung nicht die Möglichkeit haben muss, eine Entscheidung über die Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglich erhobenen Klage herbeizuführen.

„Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei einseitiger Erledigungserklärung des Klägers nur dann, wenn der Beklagte sich für seinen Widerspruch gegen die Erledigungserklärung des Klägers und sein Festhalten am Antrag auf Abweisung der Klage **auf ein schutzwürdiges - entsprechend dem berechtigten Interesse des Klägers für eine Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 I 4 VwGO zu beurteilendes - Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung** berufen kann, dass die gegen ihn erhobene Klage unzulässig oder unbegründet gewesen ist. Ein solches Interesse wird angenommen, wenn die streitig gewesenen Fragen auch künftig in den Rechtsbeziehungen der Beteiligten eine Rolle spielen werden oder wenn die fallübergreifende Klärung einer Rechtsfrage zu erwarten ist, die sonst ausnahmsweise nicht zu erreichen ist, etwa weil sich wegen der Eigenart des Sachgebiets die Sache infolge Zeitablaufs regelmäßig erledigt. Vgl. BVerwG, Urteile vom 03.06.1988 - 8 C 86.86 -, NJW 1988, 2630, und vom 31.10.1990 - 4 C 7.88 -, juris, jeweils mit weiteren Nachweisen.“ (OVG Münster aaO.)

Es kommt daher darauf an, ob das Beklagte an der Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglich erhobenen Klage ein solches, schutzwürdiges Interesse hat.

„Ein berechtigtes Interesse an der Klärung der Rechtsfrage, ob **großflächige Tätowierungen im sichtbaren Bereich einen Eignungsmangel** darstellen, lässt sich entgegen der Auffassung des beklagten Landes nicht mit einer - allein in Betracht kommenden - Wiederholungsgefahr begründen. Denn es ist ausgeschlossen, dass in Bezug auf die Person des Klägers auch in Zukunft dieselbe oder eine vergleichbare Rechtsfrage wie im Zeitpunkt vor dem Eintritt der Erledigung aufgeworfen sein kann. Auch wenn man zugunsten des beklagten Landes davon ausginge, dass es zu der **von ihm beabsichtigten Entlassung** käme und der Kläger gegen die Entlassungsverfügung mit Rechtsmitteln vorgehe, wäre die Frage, ob der Dienstherr wegen der beim Kläger vorhandenen Tätowierungen von einem die Einstellung ausschließenden charakterlichen Eignungsmangel ausgehen durfte, für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht relevant. Denn **wegen der bereits im Zeitpunkt der Einstellung am 01.09.2014 bekannten Tätowierungen** kann der Kläger aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf nicht entlassen werden.

Zwar können Beamtinnen und Beamte auf Widerruf gemäß § 23 IV 1 BeamtStG jederzeit entlassen werden. Jedoch wird das dem Dienstherrn **in Bezug auf die Entlassung eingeräumte weite Ermessen** durch § 23 IV 2 BeamtStG dahin gehend eingeschränkt, dass eine Entlassung während des Vorbereitungsdienstes **nur in begründeten Ausnahmefällen** zulässig ist. Beamten im Vorbereitungsdienst - wie dem Kläger - soll nach § 23 IV 2 BeamtStG Gelegenheit zur Beendigung des Vorbereitungsdienstes und zur Ablegung der Prüfung gegeben werden. Daher kommt eine Entlassung während des Vorbereitungsdienstes nur ausnahmsweise und nur aus Gründen in Betracht, die mit seinem Sinn und Zweck in Einklang stehen. Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 20.08.2012 - 6 B 776/12 -, juris.

Ein solcher Grund kann in **einem Mangel der erforderlichen charakterlichen Eignung** des Beamten liegen. Jedoch ist der Grundsatz, dass nur in jeder Hinsicht geeignete Personen in das Beamtenverhältnis berufen werden sollen (Art. 33 II GG) **schon bei der Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Widerruf zu beachten**. Der Dienstherr hat daher bereits zu diesem Zeitpunkt zu prüfen, ob der Bewerber die persönliche Eignung für das Ziel des Vorbereitungsdienstes, nämlich den Erwerb der Befähigung für die angestrebte Beamtenlaufbahn, besitzt. Daher kann eine spätere Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf, die auf einen persönlichen Eignungsmangel gestützt werden soll, **grundsätzlich nur wegen solcher Umstände** ausgesprochen werden, die **nach der Einstellung**, also während des Vorbereitungsdienstes zutage getreten sind. Vgl. zur Entlassung eines Beamten auf Widerruf im Vorbereitungsdienst wegen mangelnder Gewähr der Verfassungstreue BVerwG, Urteil vom 09. 06.1981 - 2 C 48.78 -, BVerwGE 62, 267.

Kommt eine Entlassung des Klägers wegen der hier in Streit stehenden und dem Beklagten am 01.09.2014 bereits bekannten Tätowierungen daher nicht mehr in Betracht, können sich in einem die Entlassung betreffenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren **nur andere als die hier vor der Erledigung streitgegenständlichen Rechtsfragen** stellen.

Da eine Wiederholungsgefahr eine hinreichend bestimmte Gefahr voraussetzt, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen eine gleichartige Verwaltungsentscheidung ergehen wird, kann auch offen bleiben, ob die bekannten Tätowierungen unter Umständen im Zusammenspiel mit weiteren, erst während des Vorbereitungsdienstes aufgetretenen Umständen noch rechtliche Bedeutung erlangen können. Eine **vergleichbare Sach- und Rechtslage** läge dann jedenfalls nicht mehr vor.“ (OVG Münster aaO.)

### III. Ergebnis

Das beklagte Land hat daher nach Erledigung des Rechtsstreits kein schutzwürdiges Interesse an einer gerichtlichen Prüfung der ursprünglichen Zulässigkeit und Begründetheit der vom Kläger erhobenen Klage.

## Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 139 III

### Hinweispflicht des Berufungsgerichts Widerruf von Prozesshandlungen

ZivilVerfR

(BGH in MDR 2016, 664; Urteil vom 10.03.2016 – VII ZR 47/13)

„Erachtet das Berufungsgericht eine **Feststellungsklage** entgegen der Auffassung des Erstgerichts **für unzulässig**, so muss es den Kläger gem. § 139 III ZPO hierauf **hinweisen**. Darüber hinaus muss das Berufungsgericht dem Kläger jedenfalls dann Gelegenheit geben, **auf einen solchen Hinweis in der Berufungsinstanz durch eine Antragsmodifizierung zu reagieren**, wenn der vom Berufungsgericht erteilte Hinweis deshalb geboten war, weil das Erstgericht einen gegenteiligen Hinweis erteilt und dadurch die erstinstanzliche Antragstellung veranlasst hatte.

Stellt der Kläger auf einen solchen Hinweis des Berufungsgerichts als Hilfsantrag einen Zahlungsantrag, ist es dem Berufungsgericht verwehrt, die Berufung des Klägers gem. § 522 II ZPO zurückzuweisen und dadurch diese – als Reaktion auf den Hinweis des Berufungsgerichts erfolgte – Klageerweiterung für wirkungslos zu erachten, § 524 IV ZPO analog.“ (BGH aaO.)

ZPO  
§§ 130 Nr. 6, 130 a

### E-Post-Brief Bestimmter Schriftsatz

ZivilIR

(OLG Hamm in NJW 2016, 1896; Beschluss vom 04.04.2016 – 14 UF 204/15)

Ein **bestimmender Schriftsatz** kann auch durch so genannten E-Post-Brief der Deutschen Post AG wirksam übermittelt werden.

**Fall:** Der Bf. hat gegen den nicht rechtsmittelfähigen Beschluss des Senats vom 09.02.2016, zugestellt am 13.02.2016, eine Gehörsrüge eingelegt. Die Rügeschrift als bestimmenden Schriftsatz hat der Bf. per E-Post-Brief übermittelt; der Schriftsatz ist am 29.02.2016 beim Gericht eingegangen. Der Senat hat in einem Hinweis vom 03.03.2016 zunächst Bedenken gegen die Wahrung der Schriftform wegen nicht eigenhändiger Unterzeichnung geäußert.

„Eine **wirksame Übermittlung als elektronisches Dokument** i.S.d. § 130 a ZPO liegt zwar nicht vor. Da es sich bei einer Rügeschrift gem. § 44 FamFG um einen bestimmenden Schriftsatz handelt, hätte er auf der Grundlage dieser Vorschrift nicht ohne eine qualifizierte elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz übermittelt werden können (vgl. BGH, NJW 2010, 2134 = DNotZ 2010, 437; NJW 2015, 1527 = FamRZ 2015, 919 Rn. 8). Eine solche erfolgt bei dem so genannten E-Post-Brief nicht.

Der von dem Bf. genutzte **E-Post-Brief** genügt jedoch den Anforderungen, die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung für ein **schriftliches Dokument, welches durch ein modernes Fernkommunikationsmittel übermittelt wird**, aufgestellt worden sind. Gegenstand dieser Rechtsprechung war die Übermittlung bestimmender Schriftsätze per Telegramm, Fernschreiber und schließlich per Fax, also auf Kommunikationswegen, bei denen das zum Gericht gelangende Schriftstück ebenso wie beim E-Post-Brief keine eigenhändige Unterschrift des Absenders trägt.

Danach kommt es für die Frage, unter welchen Voraussetzungen **von der eigenhändigen Unterzeichnung des zum Gericht gelangenden Schriftstücks ausnahmsweise abgesehen** werden kann, auf die Funktionsweise des konkret verwendeten Kommunikationsmittels an. So ist es bei der Verwendung eines herkömmlichen Telefaxgerätes ohne Weiteres möglich, das zu versendende Schriftstück im Original eigenhändig zu unterzeichnen; bei diesem Übermittlungsweg ist daher die Schriftform nur dann gewahrt, wenn dies auch geschehen ist, nicht hingegen dann, wenn **bereits das Originalschriftstück keine eigenhändige, sondern nur eine eingescannte Unterschrift** trägt. Anders ist es bei einem Computerfax, bei dem ein Ausdruck des Schriftstücks beim Absender nicht erfolgt, sondern die im Computer erstellte Datei unmittelbar aus diesem auf das Faxgerät des Gerichts übermittelt wird. Da das Schriftstück folglich erstmals bei Gericht eine Papierform erhält, scheidet eine eigenhändige Unterschrift aus einem zwingenden technischen Grund aus (vgl. BGH, NJW 2015, 1527 Rn. 13; NJW 2006, 3784 Rn. 9). Deshalb ist die Wirksamkeit eines durch Computerfax übermittelten bestimmenden Schriftsatzes trotz Fehlens eines eigenhändig unterzeichneten Originals höchstrichterlich anerkannt (GmS-OBG, NJW 2000, 2340).

Da bei dem vom Bf. genutzten **E-Post-Brief** die **eigenhändige Unterzeichnung ebenfalls mangels Existenz eines Papier-Originals unmöglich** ist, muss folglich auch dieser als wirksame Übermittlungsart für einen bestimmenden Schriftsatz anerkannt werden. Die Zuverlässigkeit, mit der die Identität des Absenders sowie sein Wille zur Übermittlung des Dokuments an das Gericht feststellbar sind, ist beim E-Post-Brief auch nicht geringer als bei den oben genannten älteren Kommunikationswegen. Sie wird durch das Registrierungsverfahren, welches eine Identifizierung durch das so genannte Post-Ident-Verfahren auf der Grundlage eines Ausweisdokuments erfordert, sichergestellt.“ (OLG Hamm aaO.)

ZPO  
§ 256

### Feststellungsklage Keine zwingende Aufspaltung in Feststellungs- und Leistungsklage

ZivilVerfR

(BGH in NJW 2016, 759; Urteil vom 19.04.2016 – VI ZR 506/14)

Der Kläger ist nicht gehalten, seine **Klage in eine Leistungs- und in eine Feststellungsklage aufzuspalten**, wenn bei Klageerhebung ein Teil des Schadens schon entstanden, die Entstehung weiteren Schadens aber noch zu erwarten ist. Einzelne bei Klageerhebung bereits entstandene **Schadenspositionen** stellen **lediglich einen Schadensteil** in diesem Sinne dar.

**Fall:** Der Kl. nimmt bzw. nahm die Bekl. wegen einer bei seiner nicht ausreichend aufgeklärten Mutter in der 34. Schwangerschaftswoche rechtswidrig vorgenommenen sectio, die bei ihm zu einer Schwerstbehinderung geführt hat, auf Schmerzensgeld und Feststellung in Anspruch.

Erstinstanzlich ist die Klage abgewiesen worden. Das BerGer. hat entschieden, dass der auf Zahlung von Schmerzensgeld gerichtete Klageantrag dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Insoweit hat es die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über die Höhe des Schmerzensgeldes an das LG zurückverwiesen. Es hat ferner festgestellt, dass die Bekl. verpflichtet ist, dem Kl. sämtliche im Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht bezifferbaren oder in der Fortentwicklung befindlichen sowie zukünftigen materiellen Schäden zu ersetzen, die ihm durch die rechtswidrige Kaiserschnittentbindung entstanden sind oder entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden. Im Übrigen hat es wegen des weitergehenden Feststellungsantrags die Klage abgewiesen und die Berufung des Kl. zurückgewiesen.

„Es ist anerkannt, dass der **Kläger grundsätzlich nicht gehalten** ist, seine Klage in eine Leistungs- und in eine Feststellungsklage aufzuspalten, wenn bei Klageerhebung **ein Teil des Schadens schon entstanden**, die **Entstehung weiteren Schadens aber noch zu erwarten** ist. Zwar fehlt grundsätzlich das Feststellungsinteresse, wenn der Kläger dasselbe Ziel mit einer Klage auf Leistung erreichen kann. Es besteht jedoch **keine allgemeine Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage**. Vielmehr ist eine Feststellungsklage trotz der Möglichkeit, Leistungsklage zu erheben, zulässig, wenn die Durchführung des Feststellungsverfahrens **unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu einer sinnvollen und sachgemäßen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte** führt. Dementsprechend ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass dann, wenn eine Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen ist, der Kläger in vollem Umfang Feststellung der Ersatzpflicht begehren kann (stRspr, BGH, NVwZ 1987, 733 m.w.N.; VersR 1991, 788 = BeckRS 1991, 30385980 m.w.N.; Senat, NJW 2003, 2827 unter II 1 m.w.N.).

So liegt es, wie die Revision zu Recht rügt und das BerGer. verkannt hat, hier. Es hat einen Schadensersatzanspruch des Kl. aus §§ 280, 278, 823 I, 831 I, 249 BGB wegen der am 21.10.2002 rechtswidrig durchgeführten Kaiserschnittentbindung bejaht, nach Klageerhebung eingetretene Schäden und Zukunftsschäden für möglich gehalten und insoweit der Feststellungsklage stattgegeben. Dann aber durfte es hinsichtlich des etwaig vor Klageerhebung entstandenen (Teil-)Schadens die Feststellungsklage nicht mangels Feststellungsinteresses des Kl. abweisen.“ (BGH aaO.)

StPO  
§ 81a

### Blutentnahme durch Polizei Beweisverwertungsverbot

StrafVerfR

(OLG Oldenburg in BeckRS 2016, 13296; Beschluss vom 20.06.2016 – 2 Ss OWi 152/16)

„Die durch den Polizeibeamten ... angeordnete Blutentnahme war wegen **Verstoßes gegen den Richtervorbehalt** gemäß § 81 a StPO rechtswidrig. Dieser Verfahrensverstoß führt vorliegend auch zu einem Beweisverwertungsverbot, also zur Unverwertbarkeit des Ergebnisses der Blutuntersuchung.

Zwar hat nicht jeder **Verstoß gegen eine Beweiserhebungsvorschrift** ein Verwertungsverbot zur Folge. Vielmehr ist diese Frage jeweils nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach der Art des Verstoßes und des Gewichtes des Verstoßes und der Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Dabei bedeutet ein **Beweiserhebungsverbot** die **Ausnahme von dem Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen** und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind, die nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist (vgl. BGHSt 44. Bd., 243, 249). Ein **Beweisverwertungsverbot** wird von der Rechtsprechung bei **willkürlicher Vornahme einer Maßnahme ohne richterliche Anordnung** und damit bewusstem Ignorieren des Richtervorbehalts oder gleichwertiger gröblicher Missachtung angenommen (vgl. BGHSt 51, Bd., 285 ff.).

Nachdem der Polizeibeamte die Richter, die für die Entscheidung in Frage kamen (Richter am Sitz der Verwaltungsbehörde und Richter am Sitz der Staatsanwaltschaft) erreicht hatte, endete seine aus § 81 a II StPO i.V.m. § 46 OWiG abgeleitete Eilkompetenz. Sie lebte auch nach der Weigerung der angerufenen Richter, sich mit der Sache zu befassen, nicht wieder auf. Für das **Ende der Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden** gilt Folgendes:

Haben die **Ermittlungspersonen** - nach Abwägung der Umstände des konkreten Einzelfalles - das Vorliegen der Voraussetzungen für die **Annahme von Gefahr in Verzug verneint** und eine **richterliche Durchsuchungsanordnung beantragt**, endet mit der Befassung des Gerichts und der dadurch eröffneten Möglichkeit präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richter die **Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden**. Entscheidend ist dabei der Zeitpunkt, in dem das Gericht mit dem Antrag auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung befasst wird. Dies ist der Fall, wenn die Staatsanwaltschaft dem zuständigen Richter den Antrag tatsächlich unterbreitet hat, so dass dieser in eine erste Sachprüfung eintreten kann.

Auch soweit während des durch den Richter in Anspruch genommenen Entscheidungszeitraums nach dessen Befassung die Gefahr eines Beweismittelverlustes eintritt, etwa weil dieser auf ein mündlich gestelltes Durchsuchungsbegehren hin die Vorlage schriftlicher Antragsunterlagen oder einer Ermittlungsakte fordert, Nachermittlungen anordnet oder schlicht bis zum Eintritt der Gefahr eines Beweismittelverlustes noch nicht entschieden hat, **lebt die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden nicht wieder** auf. Dies gilt unabhängig davon, aus welchen Gründen die richterliche Entscheidung über den Durchsuchungsantrag unterbleibt (BVerfG NJW 2015, 2787 ff.).

Die Eilkompetenz lebt auch nicht wieder auf, wenn der mit der Sache befasste Richter eine Entscheidung nicht trifft. Der Annahme einer Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden im Fall des „**mutwillig**“ **nicht entscheidenden Richters** steht nämlich der Umstand entgegen, dass der Richter nicht befugt ist, durch den Verzicht auf eine Sachentscheidung über die Gewährung präventiven Grundrechtsschutzes zu disponieren. Er ist, wie alle Gerichte und Behörden, an das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Gebot der **Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege** und das **Gebot effektiver Strafverfolgung** (Art. 20 III Grundgesetz) gebunden.

Ein **Richter, der nicht bereit ist, ohne Vorlage der Ermittlungsakte zu entscheiden**, verweigert eine zeitnahe Entscheidung ebenso wie derjenige, der sich auf seine fehlende Zuständigkeit beruft. Da zweifellos entweder der Richter am Sitz der Verwaltungsbehörde oder der Richter am Sitz der Staatsanwaltschaft zuständig war, ist das Tätigwerden zumindest durch einen der beiden „**mutwillig**“ verweigert worden. Insofern besteht kein Unterschied zu den Sachverhalten, die der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde lagen.“ (OLG Oldenburg aaO.)

BDSG  
§ 6b**Dashcam-Video**

StrafVerfR

**Kein zwingendes Beweisverwertungsverbot**

(OLG Stuttgart in NJW 2016, 2280; Beschluss vom 04.05.2016 – 4 Ss 543/15)

1. Aus einem Verstoß eines Verkehrsteilnehmers beim Betrieb einer Dashcam (On-Board-Kamera) gegen das datenschutzrechtliche Verbot gem. § 6 b BDSG, nach dem die Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Einrichtungen nur in engen Grenzen zulässig ist, folgt nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot im Bußgeldverfahren.
2. § 6 b BDSG, insbesondere dessen Absatz 3 Satz 2, enthält kein gesetzlich angeordnetes Beweisverwertungsverbot für das Straf- und Bußgeldverfahren.
3. Ob ein (möglicherweise) unter Verstoß gegen § 6 b BDSG erlangtes Beweismittel zu Lasten eines Betroffenen in einem Bußgeldverfahren verwertet werden darf, ist im Einzelfall insbesondere nach dem Gewicht des Eingriffs sowie der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden.
4. Der Tatrichter ist grundsätzlich nicht gehindert, eine Videoaufzeichnung, die keine Einblicke in die engere Privatsphäre gewährt, sondern lediglich Verkehrsvorgänge dokumentiert und eine mittelbare Identifizierung des Betroffenen über das Kennzeichen seines Fahrzeugs zulässt, zu verwerten, wenn dies zur Verfolgung einer besonders verkehrssicherheitsbeeinträchtigenden Ordnungswidrigkeit erforderlich ist.

VwGO  
§ 42 II**Klagebefugnis gegen Baugenehmigung  
Nicht wegen Umweltverträglichkeitsprüfung**

VerwProzR

(OVG Hamburg in NVwZ-RR 2016, 492; Beschluss vom 11.03.2016 – 2 Bs 33/16)

§ 4 III i.V.m. I 1 UmwRG vermittelt einzelnen Bürgern **keine Klagebefugnis** für die Überprüfung einer Baugenehmigung darauf, ob eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen oder eine vorgenommene **Umweltverträglichkeitsprüfung fehlerhaft** ist.

**Fall:** Die Ast. begehren den Erlass einer Zwischenentscheidung, mit der die aufschiebende Wirkung ihrer Widersprüche gegen die von der Ag. zu Gunsten der Beigel. erteilte Teilbaugenehmigung für den Neubau einer Flüchtlingsunterkunft bis zur Entscheidung des VG Hamburg im Aussetzungsverfahren nach § 80 V VwGO angeordnet wird. Das VG hat den Antrag auf Erlass einer Zwischenentscheidung abgelehnt, weil nicht zu befürchten stehe, dass bis zu einer Sachentscheidung des Gerichts durch die Schaffung vollendeter Tatsachen effektiver Rechtsschutz vereitelt werde, obwohl die Beigel. auf der Grundlage der angefochtenen Teilbaugenehmigung vom 26.02.2016 damit begonnen habe, auf dem Vorhabengrundstück die obere Bodenschicht abzutragen, 120.000 m<sup>3</sup> Sand aufzuschütten und Pfahlgründungen einzubringen. Soweit der Ast. zu 2 geltend mache, sein Wohngebäude werde durch die Aufschüttung und die genehmigten Rammarbeiten gefährdet und das Gebäude und der Garten würden durch Veränderungen der Entwässerungssituation beeinträchtigt, könnten diese Einwände in der Sache nicht überzeugen. Die Rechtsansicht der Ast., der Beigel. hätte gem. § 246 XIV BauGB keine Abweichung von § 35 BauGB erteilt werden dürfen, weil stattdessen ein Bebauungsplanverfahren hätte durchgeführt werden müssen, lasse nicht erkennen, welche Rechte der Ast. durch die während des Laufs des vorliegenden Verfahrens fortschreitende Ausnutzung der Teilbaugenehmigung zur Baugrundvorbereitung vereitelt werden könnten. Soweit sich die Ast. darauf beriefen, die durchgeführte Umweltverträglichkeitsprüfung sei fehlerhaft und die Teilbaugenehmigung daher aufzuheben, was sie gem. § 4 III UmwRG auch verlangen könnten, sei dem entgegenzuhalten, dass durch die Fortführung der Baugrundvorbereitung bis zur abschließenden Entscheidung im vorliegenden Verfahren keine Fakten geschaffen würden, die einen effektiven Rechtsschutz vereiteln könnten. Die durch § 4 UmwRG lediglich geregelte Durchsetzung der „Prüfung des Genehmigungsverfahrens“ auf Verfahrensfehler werde dadurch nicht beeinträchtigt.

**I. Möglichkeit und Notwendigkeit einer Zwischenentscheidung nach EU-Recht**

„Eine **Genehmigungsentscheidung**, die **ohne die hierfür erforderliche UVP oder UVP-Vorprüfung** getroffen worden ist, ist auf die Klage eines gem. § 42 II VwGO klagebefugten Dritten nach § 4 III i.V.m. I 1 UmwRG allein wegen dieses Fehlers aufzuheben. Dabei ist die Prüfung auch auf die Frage zu erstrecken, ob eine durchgeführte Prüfung fehlerhaft war. § 4 I UmwRG erfasst auch solche Fehler der Umweltverträglichkeitsprüfung, die nach ihrer Art und Schwere den in § 4 I 1 UmwRG genannten Fehlern vergleichbar sind, insbesondere weil sie der betroffenen Öffentlichkeit die vorgesehene Möglichkeit genommen haben, Zugang zu den ausliegenden Unterlagen zu erhalten und sich am Entscheidungsprozess zu beteiligen (s. § 4 III 2 UmwRG und BVerwG, NVwZ 2016, 308 Rn. 22).

Im Zusammenhang mit der Frage, ob nach nationalem Recht die Möglichkeit bestehen muss, den **Erlas einer einstweiligen Anordnung** zu erreichen, mit der die Vollziehung einer Genehmigung bis zum Erlass der Endentscheidung (des Gerichts) vorübergehend ausgesetzt werden kann, stellt der **EuGH in ständiger Rechtsprechung** heraus, dass ein mit einem nach Unionsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befasstes Gericht in der Lage sein müsse, vorläufige Maßnahmen zu erlassen, um die **volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung** über das Bestehen der aus dem Unionsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen. Dem hat der Gesetzgeber mit § 4 III UmwRG für das Umweltrecht Rechnung getragen (s. BVerwGE 151, 138 = NVwZ 2015, 1223 Rn. 44). Entgegen dem VG ist daher davon auszugehen, dass es **zur Sicherung eines möglichen Aufhebungsanspruchs der Ast. nach § 4 III i.V.m. I 1 UmwRG gehalten** sein kann, den Fortgang der Bauarbeiten bis zu einer Entscheidung über den Aussetzungsantrag nach § 80 V VwGO auszusetzen.“ (OVG Hamburg aaO.)

**II. Klagebefugnis wegen Verletzung der Vorschriften zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung**

„Die Ast. stützen bislang ihre **Antragsbefugnis auf § 4 III i.V.m. I 1 UmwRG**. Dem kann das **BeschwGer.** nicht folgen, weil die Vorschrift den Umfang der sachlichen Prüfung eines Rechtsbehelfs regelt, aber für die Klagebefugnis keine Bedeutung hat (s. BVerwG, NVwZ 2012, 573 Rn. 20 ff.; NVwZ 2016, 308 Rn. 23). Weder der **Gesetzeswortlaut** noch die **Stellung der Vorschrift im Gesetz** deuten darauf hin, dass die Berufung auf die angeführten Verfahrensfehler auch solchen Personen eröffnet werden

sollen, die **nicht auf Grund einer möglichen Betroffenheit in einem materiellen Recht antragsbefugt** sind. Auch der unionsrechtliche effect utile erfordert keine Popular- bzw. Interessentenklage Einzelner (s. EuGH, NJW 2015, 3495 = NVwZ 2015, 1665 Rn. 91 m. Anm. Keller, Rövekamp).

Eine **Antragsbefugnis** der Ast. entsprechend § 42 II VwGO **auf der Basis von bauplanungsrechtlichen Regelungen**, die Dritten subjektive Rechte im Zusammenhang mit der Erteilung von Baugenehmigungen vermitteln, ist nach dem bisherigen Vorbringen nicht ersichtlich.

Die Ast. werden ihre Antragsbefugnis **nicht auf einen Gebietserhaltungsanspruch** stützen können. Das Grundstück des Ast. zu 2 liegt ebenso wie das Vorhabengrundstück im Außenbereich nach § 35 BauGB. Der Außenbereich zählt nicht zu den Baugebieten nach § 1 II BauNVO, die von einem Plangeber unter Begründung eines Austauschverhältnisses, das für den Gebietserhaltungsanspruch von konstituierender Bedeutung ist, festgesetzt werden können. Das Grundstück des Ast. zu 1 liegt jenseits der Straße M. L. und des Außenbereichs sowie in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil i.S.d. § 34 I BauGB. Ein gebietsübergreifender Gebietserhaltungsanspruch scheidet insoweit aus.

Eine schutzwürdige Abwehrposition erlangt der Ast. zu 2 nicht allein dadurch, dass die **auf seinem Grundstück verwirklichte Wohnnutzung wohl bauaufsichtlich genehmigt** worden ist (vgl. BVerwG, NVwZ 1994, 686 = NJW 1994, 2970 Ls.). Er kann sich insoweit lediglich auf Bestandsschutz berufen, weil sein Wohngebäude heute nach § 35 BauGB nicht genehmigungsfähig wäre.

Für eine **Verletzung des Rücksichtnahmegebots** hinsichtlich der Nutzung des Grundstücks durch den Ast. zu 2 ist auch vor dem Hintergrund, dass Streitgegenstand lediglich die Rechtmäßigkeit einer Teilbaugenehmigung ist, mit der die Abtragung des Oberbodens, die Aufschüttung des Geländes um 1,50 m, die Oberflächenentwässerung und die notwendigen Pfahlgründungen genehmigt worden ist, **nichts ersichtlich**. Denn der Eintritt wesentlicher tatsächlicher Beeinträchtigungen des Nachbarn hängt von der konkreten Ausgestaltung des Vorhabens ab, die durch die Teilbaugenehmigung noch nicht absehbar ist.“ (OVG Hamburg aaO.)

VwGO  
§ 167

**Vollstreckung eines schriftlichen Vergleichs**  
**Vorheriges Zustellung der Ausfertigung erforderlich**

VerwProzR

(VGH München in BayVBI 2016, 493; Beschluss vom 15.03.2016 – 9 C 15.2497)

„Maßnahmen der Zwangsvollstreckung erfordern bei einem Vergleich, der durch schriftlichen Vorschlag des Gerichts gem. § 106 S. 2 VwGO zustande gekommen ist, die vorherige Zustellung einer Ausfertigung des Vergleichs an den Vollstreckungsschuldner mit dem Zusatz, dass der förmliche Vergleichsvorschlag des Gerichts durch die schriftlichen Erklärungen der Beteiligten angenommen worden ist.“ (VGH München aaO.)

VwGO  
§ 102 I

**Ladungsfrist**  
**Zur Mündlichen Verhandlung**

VerwProzR

(VGH München in NJW-2016, 1899; Beschluss vom 31.03.2016 – 9 ZB 16.30049)

Ein Beteiligter, der **ohne ausreichende Ladungsfrist geladen** ist, darf der Verhandlung nicht einfach fernbleiben und sich, **ohne etwas zu unternehmen**, darauf verlassen, das Gericht werde den Fehler schon bemerken und nicht ohne ihn verhandeln. Dies gilt insbesondere dann, wenn **ausreichend Zeit** bleibt, das **Gericht von der Nichteinhaltung der Ladungsfrist in Kenntnis zu setzen** und gegebenenfalls eine Terminsänderung zu beantragen.

**Fall:** Das VG Augsburg hatte den Ast. mit nicht ausreichender Ladungsfrist zur mündlichen Verhandlung geladen. Der Ast. war der Verhandlung ferngeblieben. Das Gericht hat gleichwohl verhandelt und entschieden. Gegen die Entscheidung wandte sich der Ast. mit seinem Antrag auf Zulassung der Berufung.

„Der Beteiligte, der ohne ausreichende Ladungsfrist geladen ist, darf der **Verhandlung nicht einfach fernbleiben** und sich, ohne etwas zu unternehmen, darauf verlassen, das Gericht werde den Fehler schon bemerken und nicht ohne ihn verhandeln (vgl. BVerwG, NJW 1987, 2694 m.w.N.), wenn ausreichend Zeit bleibt, das Gericht von der Nichteinhaltung der Ladungsfrist in Kenntnis zu setzen und gegebenenfalls eine Terminsänderung zu beantragen (vgl. § 173 VwGO i.V.m. § 227 I 1 ZPO). So liegt es hier. Von der nach den Darlegungen des Kl. (vgl. vorstehend Buchst. a) mit Blick auf die Vorsorgepflicht des § 10 I Hs. 1 AsylG, zu der auch **die Anwesenheit zu den üblichen Postverteilungszeiten bzw. die Nachfrage nach Post** gehört, auszugehenden Kenntnisnahme der Ladung am Montag den 25.01.2016 bis zur mündlichen Verhandlung am 05.02.2016 wären dem Kl. **volle acht Werktage verblieben**, um dem VG die Gründe seiner **Verhinderung und die Notwendigkeit seiner Anwesenheit** bei der mündlichen Verhandlung mitzuteilen. Vor diesem Hintergrund kann der Kl. keinen Verstoß gegen Art. 103 I GG geltend machen, weil er es selbst versäumt hat, sich vor Gericht durch die zumutbare Ausschöpfung der vom einschlägigen Prozessrecht eröffneten und nach Lage der Dinge tauglichen Möglichkeiten Gehör zu verschaffen (vgl. BVerfGK 17, 479 = LKV 2010, 468).“ (VGH München aaO.)

VwGO  
§ 47 I Nr. 2

**Normenkontrolle**  
**Unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften**  
(BVerwG in NVwZ-2016, 938; Urteil vom 17.03.2016 – 7 CN 1/15)

VerfProzR

„Bestimmt das Recht eines Landes auf der Grundlage von § 47 I Nr. 2 VwGO, dass das Oberverwaltungsgericht über die Gültigkeit von im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften entscheidet, sind davon nur Vorschriften dieses Landes erfasst.“ (BVerwG aaO.)

(BVerwG in LKV-2016, 268; Urteil vom 20.01.2016 – 9 C 1.15)

Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 80 V 1 VwGO wirkt **auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes zurück**, wenn das Gericht die Rückwirkung nicht zeitlich einschränkt.

**Fall:** Die Kl. hatten gegen Straßenausbaubeitragsbescheide der beklagten Stadt Widerspruch eingelegt. Nachdem die Bekl. einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung abgelehnt hatte, zahlten die Kl. den geforderten Ausbaubeitrag i. H. v. 4 472,65 € ebenso wie die inzwischen angefallenen Säumniszuschläge und Nebenkosten i. H. v. zusammen etwa 700 €. Danach ordnete das VG die aufschiebende Wirkung der Widersprüche der Kl. gegen die Beitragsbescheide an. Die Beitragsbescheide wurden später im Widerspruchsverfahren endgültig aufgehoben. Die Bekl. erstattete den Kl. zwar die Beitragsforderung zurück, nicht aber die Säumniszuschläge und Nebenkosten.

„Das Berufungsgericht hat die Verpflichtung der Bekl. zur **Erstattung der umstrittenen Säumniszuschläge** auf § 15 I Nr. 2 b ThürKAG in Verbindung mit § 37 II AO gestützt. Es hat angenommen, dass Säumniszuschläge gemäß § 15 I Nr. 5 b ThürKAG i. v. m. § 240 I AO **nach Eintritt der Fälligkeit** der Straßenausbaubeiträge am 20.09.2005 bis zum Eingang des von den Kl. überwiesenen Betrages von 4472,65 € bei der Bekl. am 26.10.2006 entstanden, jedoch **rückwirkend in vollem Umfang infolge der angeordneten aufschiebenden Wirkung der Widersprüche** der Kl. gegen die angefochtenen **Straßenausbaubeitragsbescheide** entfallen sind.

Diese Auffassung steht mit Bundesrecht in Einklang. Soweit das Berufungsgericht den Klageanspruch auf die kraft Verweisung im Kommunalabgabengesetz geltenden Vorschriften der Abgabenordnung stützt, kommen diese allerdings nur als Landesrecht zur Anwendung (stRspr, s. etwa BVerwG, Urt. v. 27.06.2012 – 9 C 7.11, BVerwGE 143, 222 Rn. 10 m.w.N.). Die **Auslegung und Anwendung von Landesrecht durch das OVG** ist der revisionsgerichtlichen Prüfung durch das BVerwG grundsätzlich entzogen. Die Entscheidung des OVG ist jedoch der revisionsgerichtlichen Kontrolle insoweit unterworfen, als sie sich bei der Auslegung und Anwendung des Landesrechts auf Bundesrecht, hier auf § 80 I 1, II 1 Nr. 1, V VwGO stützt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG verpflichtet die **aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage** (§ 80 IV-VwGO) die Behörde, für die Dauer des durch die Anfechtung des Verwaltungsaktes herbeigeführten Schwebeszustandes **alle Maßnahmen zu unterlassen**, die – in einem weiten, auch die Besonderheiten rechtsgestaltender und feststellender Verwaltungsakte (§ 80 I 2 VwGO) berücksichtigenden Sinne – **als Vollziehung zu qualifizieren** sind, d. h. der Verwirklichung der mit dem Verwaltungsakt ausgesprochenen Rechtsfolge und der sich aus ihr ergebenden weiteren Nebenfolgen dienen (vgl. nur BVerwG, Urteile vom 21.06.1961 – 8 C 398.59, BVerwGE 13, 1 [6], vom 06.07.1973 – 4 C 79.69, Buchholz 310 § 80 VwGO Nr. 23 S. 21, vom 27.10.1982 – 3 C 6.82, BVerwGE 66, 218 [222], vom 17.08.1995 – 3 C 17.94, BVerwGE 99, 109 [112] und vom 20.11.2008 – 3 C 13.08, BVerwGE 132, 250 Rn. 7 ff.). Demgemäß ist der Behörde durch § 80 I VwGO **untersagt, einstweilen solche Folgerungen aus dem Verwaltungsakt zu ziehen**, die sie vermöge ihrer Sonderstellung als Hoheitsträger ziehen könnte. Die aufschiebende Wirkung lässt die Wirksamkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes jedoch unberührt (vgl. BVerwG, Urt. v. 20.11.2008 – 3 C 13.08, BVerwGE 132, 250 Rn. 9, 12).

In Fällen **öffentlicher Abgaben**, wie hier der Straßenausbaubeiträge, entfällt die **aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage** (§ 80 II 1 Nr. 1 VwGO); auf Antrag kann sie jedoch vom Gericht angeordnet werden (§ 80 V 1 VwGO). Erforderlich ist in diesem Fall regelmäßig ein **vorheriger erfolgloser Aussetzungsantrag** bei der Behörde (§ 80 VI VwGO). Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung schließt die Rechtsfolge der Ausnahmeregelung des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO aus und führt somit wieder zum Regelfall des § 80 I VwGO.

Die **Anordnung der aufschiebenden Wirkung** wirkt generell **auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes zurück** (BVerwG, Urt. v. 06.07.1973 – 4 C 79.69, Buchholz 310 § 80 VwGO Nr. 23 S. 24; OVG Bautzen, Urt. v. 12.10.2005 – 5 B 471/04, NVwZ-RR 2007, 54 [55]; Finkelnburg, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 6. Aufl. [2011], Rn. 658; Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand 10/2015, § 80 Rn. 535; a.A. OVG Greifswald, Urt. v. 20.05.2003 – 1 L 137/02, NVwZ-RR 2004, 212 [213]; OVG Koblenz, Urt. v. 08.11.1988 – 6 A 118/87, NVwZ-RR 1989, 324; Sauthoff, in: DrieHaus, Kommunalabgaberecht, Stand 3/2015, § 12 Rn. 82). Denn die gerichtliche Entscheidung nach § 80 V VwGO soll grundsätzlich die Rechtslage in Kraft setzen, die bestände, wenn die in § 80-I VwGO vorgesehene aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs nicht ausnahmsweise entfiel (BVerwG, Urt. v. 27.10.1987 – 1 C 19.85, BVerwGE 78, 192 [209 f.]). Das Gericht kann allerdings im Rahmen seiner Ermessensausübung nach § 80 V 1 VwGO die **Rückwirkung zeitlich einschränken oder ausschließen**, insbesondere die Wirkungen der Entscheidung nur für die Zukunft eintreten lassen (so zutreffend OVG Lüneburg, Urt. v. 14.03.1989 – 9 A 57/88, NVwZ 1990, 270 [271]; Finkelnburg, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 658). Auf diese Weise kann dem Fall, dass etwa ein Abgabepflichtiger bis zur Stellung des einstweiligen Rechtsschutzantrages bei Gericht eine unangemessene Zeit verstreichen lässt und dann bei einem Obsiegen bereits erfolgte Vollziehungsmaßnahmen aufgehoben wissen will (so das Argument des OVG Greifswald, Urt. v. 20.05.2003 – 1 L 137/02, NVwZ-RR 2004, 212 [213]), Rechnung getragen werden. Ein Bedürfnis, einen **uneingeschränkt stättgebenden Tenor „im Zweifel“ dahin auszulegen**, dass die **aufschiebende Wirkung erst ab Antragstellung** (so Sauthoff, in: DrieHaus, Kommunalabgaberecht, Stand 3/2015, § 12 Rn. 82) oder erst ab Wirksamkeit des Beschlusses gilt, **besteht danach nicht**.

Daraus folgt, dass **verwirkte Säumniszuschläge mit der uneingeschränkten Anordnung der aufschiebenden Wirkung** des Widerspruchs gegen den Abgabenbescheid **rückwirkend entfallen** (so auch OVG Lüneburg, Urt. v. 14.03.1989 – 9 A 57/88, NVwZ 1990, 270 [271]; OVG Bautzen, Urt. v. 12.10.2005 – 5 B 471/04, NVwZ-RR 2007, 54 f.; Jachmann/Kellerer/Braun, ThürVBl. 2005, 130 [131]; a. A. VGH München, Beschlüsse vom 25.08.1989 – 23 CS 89.02090 und 23 CS 89.02092, NVwZ-RR 1990, 328 [330] und vom 08.01.2010 – 20 CS 09.2918, juris Rn. 13; DrieHaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 9. Aufl. [2012], § 24 Rn. 69). Das OVG hat das Landesrecht insoweit – revisionsrechtlich nicht überprüfbar – übereinstimmend mit der finanzgerichtlichen Rechtsprechung dahin ausgelegt, dass es sich bei den **Säumniszuschlägen** zwar nicht um Vollstreckungsmaßnahmen handelt, weil sie kraft Gesetzes entstehen, wohl aber um ein **Druckmittel eigener Art**, das für die Dauer der gerichtlich angeordneten aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Abgabenbescheid seinen Zweck nicht erfüllen kann. Wirkt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zurück, **entfallen auch die Voraussetzungen für eine Druckausübung rückwirkend**.“ (BVerwG aaO.)

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

RVG  
§ 51 I

**Pauschalgebühr**  
**Fälligkeit erst bei Rechtskraft**

GebührenR

(OLG Braunschweig in NStZ-RR 2016, 232; Beschluss vom 25.04.2016 – 1 Ars 9/16)

Der Anspruch auf Bewilligung einer Pauschalgebühr für das gesamte Verfahren gemäß § 51 RVG wird **erst mit dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens** fällig

**Fall:** Der Antragsteller begehrt für seine Tätigkeiten im Strafverfahren vor dem Landgericht Göttingen (Az.: 6 Ks 2/11) gegen J. O., dem der Mord an zwei Kindern zur Last gelegt wurde, die Gewährung einer Pauschvergütung.

Er ist mit Beschluss des Amtsgerichts Göttingen (Az.: 38 Gs 735/10) vom 29.12.2010 bereits im Ermittlungsverfahren für die Eltern eines der verstorbenen Kinder und mit Beschlüssen des Landgerichts Göttingen vom 28.03. und 12.04.2011 für diese sowie für die Schwester des getöteten Kindes, die insgesamt als Nebenkläger zugelassen wurden, im Hauptverfahren als deren Beistand bestellt worden.

Das von großem medialem Interesse begleitete Verfahren endete nach 13 Hauptverhandlungstagen erstinstanzlich durch Urteil des Landgerichts Göttingen vom 27.06.2011, durch welches der Angeklagte mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe belegt wurde. Daneben wurde seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus sowie in der Sicherungsverwahrung angeordnet. Das Urteil ist seit dem 12.01.2012 rechtskräftig, nachdem der Bundesgerichtshof die Revision des Angeklagten gegen das landgerichtliche Urteil gemäß § 349 II StPO verworfen hatte.

Mit Schreiben vom 22.12.2015 beantragte der Antragsteller wegen des besonderen Umfangs und der besonderen Schwierigkeit des Verfahrens über die üblichen Gebühren hinaus - diese betragen (mit Auslagen und Umsatzsteuer) 7.007,67 € - gemäß § 51 I RVG eine Pauschvergütung von 15.000,00 € (zzgl. Auslagen und Umsatzsteuer).

Die zu diesem Antrag gehörte Bezirksrevisorin bei dem Landesgericht Braunschweig teilte mit Schreiben vom 28.01.2016 mit, dass sie beabsichtige, die Einrede der Verjährung zu erheben. Diesem Ansinnen trat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 28.02.2016, auf den inhaltlich Bezug genommen wird, entgegen. In Kenntnis dieses Schriftsatzes erhob die Bezirksrevisorin mit weiterem Schreiben vom 09.03.2016 die angekündigte Verjährungseinrede, soweit es einen Pauschvergütungsanspruch für das erstinstanzliche Verfahren vor dem Landgericht Göttingen betrifft. Sie meint, der Vergütungsanspruch sei in diesem Umfang mit Ablauf des 11.01.2015 verjährt, denn die dreijährige Verjährungsfrist habe insoweit mit Verkündung des Urteils des Landgerichts Göttingen zu laufen begonnen und sei lediglich bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens am 11.01.2012 gehemmt gewesen. Für die Revisionsinstanz befürworte sie eine Gebühr gemäß Nr. 4130 VV in Höhe von 1.500,00 €. Der Antragsteller hat mit Schreiben vom 10.04.2016 seine Rechtsposition, wonach der Anspruch auf Bewilligung einer Pauschalgebühr erst mit rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens fällig werde und der entsprechende Antrag deshalb noch rechtzeitig vor Ablauf der Verjährungsfrist am 31.12.2015 gestellt worden sei, nochmals verteidigt.

#### I. Voraussetzungen für Pauschalgebühr

Zunächst müssten die Voraussetzungen für die Bewilligung einer Pauschalgebühr nach § 51 I 1 RVG für seine Tätigkeiten als gerichtlich bestellter Beistand der Nebenkläger in dem eingangs genannten Strafverfahren vorliegen

*„Gemäß § 51 I 1 und 3 RVG ist Voraussetzung der Bewilligung einer **Pauschalgebühr**, die **über die gesetzlichen Gebühren hinausgeht**, dass diese **wegen des besonderen Umfangs oder der besonderen Schwierigkeit** der Sache bzw. des betroffenen Verfahrensabschnitts nicht zumutbar sind. Die Bewilligung einer Pauschalgebühr stellt dabei die Ausnahme dar; die anwaltliche Mühewaltung muss sich von sonstigen - auch überdurchschnittlichen Sachen - **in exorbitanter Weise abheben**. Bei der Beurteilung ist ein objektiver Maßstab zugrunde zu legen. Entscheidend ist, ob die konkrete Strafsache selbst umfangreich war und infolge dieses Umfangs eine zeitaufwändigere, gegenüber anderen Verfahren erhöhte Tätigkeit des Antragstellers erforderlich geworden ist. Dabei ist nur der Zeitaufwand berücksichtigungsfähig, der allein aus verfahrensbezogenen Tätigkeiten des Antragstellers herrührt, nicht hingegen solcher, der seinen Grund in nur persönlichen Umständen hat (vgl. insgesamt BGH, Beschluss vom 01.06.2015 - 4 StR 267/11 - juris, Rn. 5; OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.12.2014 - 2 AR 36/14, juris, Rn. 16 jeweils m.w.N.).*

*Dass dies vorliegend der Fall ist, ergibt sich aus den Darlegungen des Antragstellers in seinem Antragsschriftsatz vom 22.12.2015 sowie den Mitteilungen des Vorsitzenden der 6. großen Strafkammer des Landgerichts Göttingen vom 22.03.2012 und 20.01.2016, auf die der Senat an dieser Stelle verweist. Der **besondere Umfang und die besondere Schwierigkeit des Verfahrens** führen dazu, dass das Sonderopfer des Antragstellers durch die Gewährung einer Pauschalgebühr auszugleichen ist, die der Senat hier mit 14.000,00 € für angemessen erachtet. Dieser Betrag orientiert sich der Höhe nach an der Pauschalgebühr, die schon dem Pflichtverteidiger des Angeklagten in diesem Verfahren zugebilligt wurde (Az.: ARs 12/12). Der weitergehende Antrag war zurückzuweisen.“ (OLG Braunschweig aaO.)*

#### II. Verjährung des Gebührenanspruchs für die erste Instanz

*„Mit dem Kammergericht (vgl. NStZ-RR 2015, 307) schließt sich nunmehr auch der Senat **in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung** (vgl. JurBüro 2000, 174; 2001, 308) der **überwiegenden Auffassung in der obergerichtlichen Judikatur** (vgl. OLG Düsseldorf AGS 2007, 75; OLG Köln AGS 2006, 281; OLG Jena AGS 1998, 87; OLG Hamm JurBüro 1996, 642; OLG Bamberg JurBüro 1990, 1282) an, wonach der Anspruch auf Bewilligung einer Pauschalgebühr - sofern die Tätigkeit des*

Anspruchsinhabers nicht bereits vorher infolge Entpflichtung endgültig beendet wurde - erst mit dem **rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens fällig** wird. Die von dieser Meinungsgruppe vorgetragene Argumente überzeugen.

Mit der Pauschgebühr sollen die besonderen Schwierigkeiten anwaltlicher Tätigkeiten im gesamten Verfahren pauschal honoriert werden. Ihre Bemessung kann **gewöhnlich erst nach Abschluss des Verfahrens** und nicht schon mit Erlass des erstinstanzlichen Urteils oder Beendigung des Rechtszuges erfolgen. Denn von der für das gesamte Verfahren zugestandenen Pauschgebühr werden auch Leistungen erfasst, die der Rechtsanwalt erst nach den in § 8 I 2 RVG genannten Fälligkeitszeitpunkten erbracht hat und deren einzelne Vergütung naturgemäß erst danach fällig werden kann. Demgemäß hat eine Prüfung, ob und ggf. in welcher Höhe einem Rechtsanwalt eine Pauschgebühr zusteht, in aller Regel in einer **Gesamtschau die Tätigkeiten des Anwalts in allen Verfahrensabschnitten** zu berücksichtigen. Ist der Anspruch aus § 51 RVG im Zeitpunkt der Fälligkeit einzelner gesetzlicher Gebühren noch gar nicht entstanden, verbietet sich auch in Bezug auf den Verjährungsbeginn eine Gleichbehandlung mit den gesetzlichen Regelgebühren. Der Pauschgebührenanspruch tritt zwar an die Stelle des Anspruches auf die gesetzlichen Gebühren. Ob dies aber tatsächlich der Fall ist, entscheidet sich jedoch erst, wenn **abschließend darüber befunden werden kann**, ob dem Anspruchsteller überhaupt eine Pauschvergütung zusteht. Darüber hinaus muss der Zeitpunkt des Beginns der Verjährung aus Gründen der Rechtssicherheit von vornherein feststehen und darf nicht von dem ungewissen Ergebnis einer (nachträglichen) Prüfung abhängen, ob schon mit Beendigung des 1. Rechtszuges eine Pauschvergütung verdient war oder erst später infolge weiterer entfalteter anwaltlicher Tätigkeit entstanden ist (vgl. insgesamt - auch zu den Argumenten der Gegenansicht - KG NSTZ-RR 2015, 307). Auch wenn § 51 RVG ausdrücklich die **Gewährung eine Pauschvergütung für einzelne Verfahrensabschnitte zulässt** - ohne jedoch näher zu definieren, was mit „Verfahrensabschnitt“ gemeint ist (jeweilige Instanz bzw. Vorverfahren oder jede Tätigkeit, für die im Vergütungsverzeichnis eine eigenständige Gebühr vorgesehen ist oder aber die in Abschnitt 1 von Teil 4 des Vergütungsverzeichnisses genannten Unterabschnitte) - lässt sich entgegen früherer Einschätzung des Senates bei Stellung eines - wie hier - auf das gesamte Verfahren bezogenen Pauschvergütungsantrages, gewöhnlich erst nach Vorliegen einer rechtskräftigen Kostengrundsatzentscheidung abschließend beurteilen, ob der den Pauschvergütungsantrag stellende Rechtsanwalt ein Sonderopfer erbracht hat, das es auszugleichen gilt.

Ausgehend von dieser Rechtsansicht ist der Anspruch des Antragstellers auf Bewilligung einer Pauschgebühr erst mit dem Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 11.01.2012 fällig geworden und die Verjährung dieses Anspruches konnte nicht vor Ablauf des 31.12.2015 eintreten. Der am 22.12.2015 gestellte Antrag auf Bewilligung einer Pauschvergütung für das gesamte Verfahren ist mithin rechtzeitig gestellt worden.“ (OLG Braunschweig aaO.)

VV RVG  
Nr. 7003

**Geschäftsreise**  
**Anreise von Wohnanschrift**

GebührenR

(OLG Karlsruhe in BeckRS 2016, 09711; Beschluss vom 24.02.2016 – 3 Ws 409/15)

1. Für die Abrechnung einer Geschäftsreise des beigeordneten Verteidigers ist im Regelfall auf die Strecke zwischen Kanzlei- und Gerichtssitz abzustellen.
2. Dies gilt auch, wenn der beigeordnete Verteidiger zu dem Gerichtstermin direkt von seinem Wohnsitz aus anreist; lediglich wenn der Wohnsitz näher am Gerichtsort liegt, kann der beigeordnete Verteidiger nur die tatsächlich gefahrene (kürzere) Strecke abrechnen.

**Fall:** Der dem Angekl. als Pflichtverteidiger beigeordnete Beschwerdeführer beantragte mit Schreiben vom 11. und 17.06.2015 Vorschüsse auf die ihm aus der Staatskasse zu gewährenden Vergütung, wobei er jeweils Hin- und Rückfahrtkosten für die Fahrten zwischen seinem Wohnsitz in Stuttgart und dem Gerichtsort Mannheim als Reisekosten geltend machte. Diese Anträge verbeschied die Rechtspflegerin mit zwei Festsetzungsbeschlüssen vom 24.07.2015 und erkannte dabei jeweils nur Reisekosten für die Strecke zwischen dem Kanzleisitz des Beschwerdeführers in Pforzheim und dem Gerichtsort Mannheim an. Zu Recht?

Dem Beschwerdeführer sind nur Fahrtkosten für die Strecke zwischen seinem Kanzleisitz in Pforzheim und dem Gerichtsort Mannheim als Geschäftsreisekosten i.S.v. RVG VV-Vorbem. 7 II i.V.m. VV Nr. 7003 zu erstatten. Einen Anspruch auf Erstattung der - darüber hinausgehenden - Kosten für die Fahrten von/zu seinem Wohnsitz in Stuttgart hat er dagegen nicht.

„Fahrten **zwischen der Wohnung des Rechtsanwaltes und seiner Kanzlei** unterfallen **nicht** dem Begriff der Geschäftsreise, da sie **allgemein der Aufnahme der anwaltlichen Tätigkeit dienen und nicht einem besonderen Geschäft zuzuordnen sind** (vgl. Mayer/Kroiß-Ebert, RVG, 6. Aufl., Rn. 8 zu Vorbemerkung 7). Die Kosten für Fahrten zwischen Wohn- und Kanzleisitz stellen deshalb allgemeine Geschäftskosten dar, welche nach RVG VV-Vorbem. 7 I bereits mit den Gebühren abgegolten sind (vgl. Hartung/Schons/Enders, RVG, 2. Aufl., vor Nr. 7000 VV Rdn. 15) und nicht als Reisekosten, also als Auslagen i.Sv. §§ 1 I 1, 46 I RVG, abgerechnet werden können (vgl. Schneider/Wolf, AnwaltKommentar RVG, 7. Aufl., Rn. 41 zu Vorbemerkung 7). Ausgehend von dieser Systematik der Trennung von Gebühren und Auslagen ist bei der Berechnung der Fahrtkosten für eine Geschäftsreise **i.d.R. nicht auf den Wohnsitz des Rechtsanwalts, sondern auf die Strecke zwischen Kanzleisitz**, wohin der Rechtsanwalt in aller Regel an Wochentagen ohnehin fährt, und dem Ort des Gerichtstermins abzustellen (vgl. OLG Hamm, B. v. 06.11.1990 - 2 Ws 441/90; Gerold/Schmitt, RVG, 22. Aufl., Rn. 18 zu 7003-7006 VV; Hartmann, Kostengesetze, 45. Aufl., Rn. 19 zu 7003-7006 VV). Dafür, **dass für die Berechnung der Reisekosten grundsätzlich der Kanzlei- und nicht der Wohnsitz maßgeblich** ist, spricht zudem, dass die Kanzlei der Mittelpunkt seiner beruflichen Tätigkeit ist; wenn der Rechtsanwalt allerdings von seinem näher am Gerichtsort gelegenen Wohnsitz zum Gerichtstermin fährt, kann er lediglich die gefahrene (kürzere) Strecke abrechnen, da nur tatsächlich angefallene Auslagen geltend gemacht werden können.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

GKG  
§ 40

**Klage auf Feststellung der Wirksamkeit von Darlehenswiderruf**  
**Streitwert**

GebührenR

(KG in MDR 2016, 854; Beschluss vom 04.05.2016 – 26 W 18/16)

Der Streitwert von Klagen, die auf Feststellung der widerrufsbedingten Beendigung von Darlehensverträgen gerichtet sind, verändert sich nicht dadurch, dass der Darlehensnehmer im Laufe des Rechtsstreits weiterhin Darlehensraten zahlt.

„Der Wert von Klageanträgen, mit denen die Feststellung einer widerrufsbedingten Beendigung eines zwischen den Parteien geschlossenen Darlehensvertrages begehrt wird, richtet sich nach der **Rechtsprechung des BGH nach der Höhe der Forderung**, die die Klagepartei gem. §§ 346 ff. BGB in Folge des **Widerrufs beanspruchen** zu können meint (BGH, Beschl. v. 04.03.2016 – XI ZR 39/15 – Rn. 2 zit. nach Juris; BGH, Beschl. v. 12.01.2016 – XI ZR 366/15 – Rn. 6 ff. zit. nach Juris = MDR 2016, 480). Hinsichtlich der Frage, **auf welchen Zeitpunkt** bei der Bestimmung der Höhe der genannten Forderung abzustellen hat, ist der Rechtsprechung des BGH nichts zu entnehmen; auch eine diesbezügliche obergerichtliche Rechtsprechung ist nicht zu erkennen. Der Senat hält dafür, dass insofern gem. § 40 GKG auf den **Zeitpunkt der Klageeinreichung** abzustellen ist.

Denn nach dieser Vorschrift ist für eine Wertberechnung der Zeitpunkt der den Streitgegenstand betreffenden **Antragstellung maßgebend, welche den Rechtszug einleitet**. Der Streitgegenstand ist vorliegend das Feststellungsbegehren, nicht aber der – wirtschaftlich ggf. dahinter stehende und zu Zwecken der Bewertung des Feststellungsbegehrens herangezogene – Anspruch aus §§ 346 ff. BGB. Folglich führt eine im **Laufe des Rechtsstreit erbrachte, weitere Zahlung von Darlehensraten** und eine dem gemäßige Veränderung der Höhe des Anspruchs aus §§ 346 ff. BGB **nicht zu einer Veränderung des Streitgegenstandes**. Denn der Streitgegenstand wird nach gefestigter Rechtsprechung bestimmt durch den Antrag und den ihm zugrunde liegenden Lebenssachverhalt (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 83 m. Rspr.-N.). Die weitere Zahlung von Darlehensraten verändert den Feststellungsantrag nicht; denn dieser ist unverändert auf die Feststellung der widerrufsbedingten Beendigung des Darlehensvertrages gerichtet. Ebenso wenig verändert die weitere Zahlung von Darlehensraten den dem Antrag zugrunde liegenden Lebenssachverhalt; denn für die Wirksamkeit des Widerrufs und die Beendigung des Darlehensvertrages ist der Umstand, ob und ggf. welcher Höhe Darlehensraten gezahlt wurden, unerheblich. Da die Zahlung von Darlehensraten lediglich für die Frage der Bewertung von Bedeutung ist, nicht aber für die Frage des Streitgegenstandes, war gem. § 40 GKG auch kein sog. Stufenstreitwert dergestalt festzusetzen, dass für die Berechnung der anwaltlichen Terminsgebühren ein anderer, höherer Wert festzusetzen war als für die Berechnung der Gerichtsgebühren und der anwaltlichen Verfahrensgebühren.“ (KG aaO.)

RVG  
§ 3a I

### Schuldbeitritt zur Vergütungsvereinbarung Formbedürftigkeit

GebührenR

(BGH in MDR 2016, 915; Urteil vom 12.05.2016 – IX ZR 208/15)

1. Die **Formerfordernisse** des § 3a I RVG gelten grundsätzlich **auch für einen Schuldbeitritt zur Vergütungsvereinbarung**.
2. Ihre **Reichweite** wird bestimmt durch den **Zweck**, dem Beitretenden deutlich zu machen, dass er nicht nur der gesetzlichen Vergütungsschuld des Mandanten beitrifft, sondern der davon abweichenden, **vertraglich vereinbarten Vergütung**.

„Die **Erklärung eines Schuldbeitritts** bedarf grundsätzlich keiner besonderen Form. Er unterliegt aber als Verpflichtungsgeschäft den **Formerfordernissen, die für den Hauptvertrag gelten**, soweit diese mit Rücksicht auf den Leistungsgegenstand des Schuldbeitritts aufgestellt sind (BGH, Urt. v. 31.1.1991 – III ZR 150/88, BRAK 1991, 239 = MDR 1991, 800 = NJW 1991, 3095 [3098]; ... v. 21.04.1998 – IX ZR 258/97, BGHZ 138, 321 [327] = GmbHR 1998, 679 = MDR 1998, 823 m. Anm. Terlau; zum Verbraucherkreditgesetz: BGH, Urt. v. 08.11.2005 – XI ZR 34/05, BGHZ 165, 43 [46 f.] = MDR 2006, 525 = GmbHR 2006, 148; v. 24.07.2007 – XI ZR 208/06 – Rn. 12, GmbHR 2007, 1154 = MDR 2008, 37 = ZIP 2007, 1850 m.w.N.). Um solche Formerfordernisse handelt es sich auch bei denjenigen nach **§ 3a I RVG** (vgl. zur Vorgängervorschrift § 3 I 1 BRAGO: BGH, Urt. v. 31.1.1991, a.a.O.). Sowohl das Erfordernis der Textform als auch die weiteren, in den Sätzen 2 und 3 der Norm aufgeführten Anforderungen dienen der Warnung und dem Schutz des Mandanten. Er soll klar erkennbar darauf hingewiesen werden, dass er eine Vergütungsvereinbarung schließt, die dem Rechtsanwalt einen **von den gesetzlichen Gebührenvorschriften abweichenden Honoraranspruch** auf vertraglicher Grundlage verschafft (BGH, Urt. v. 03.12.2015 – IX ZR 40/15 – Rn. 17, MDR 2016, 182 = BRAK 2016, 90 = FamRZ 2016, 465 = MDR 2016, 378 m. Anm. Fölsch = AnwBl. 2016, 268). Tritt ein **Dritter** der Verpflichtung des Mandanten aus der Vergütungsvereinbarung bei, ist er **in gleicher Weise schutzbedürftig**. Die Formerfordernisse des § 3a I RVG gelten deshalb grundsätzlich auch für die Erklärung des Schuldbeitritts.

Mit der Bestimmung in § 3a I 2 RVG, dass die Vergütungsvereinbarung von anderen Vereinbarungen **deutlich abgesetzt** sein muss, soll verhindert werden, dass der Mandant eine Vergütungsvereinbarung übersieht, die zwischen anderen mit dem Rechtsanwalt getroffenen Vereinbarungen „versteckt“ ist. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann daraus **nicht abgeleitet** werden, dass der **Schuldbeitritt der Beklagten deutlich von der Vergütungsvereinbarung des Mandanten** hätte abgesetzt werden müssen. Die Beklagte gab neben dem Schuldbeitritt [durch ihre Unterschriftsleistung unter Ziffer 10 „Die Unterzeichner haften gesamtschuldnerisch.“] keine weiteren Erklärungen ab, die ihren Blick auf den Beitritt hätten beeinträchtigen können. Entscheidend ist, dass ihr durch die Gestaltung der Erklärung klar gemacht wurde, einer vertraglichen, von der gesetzlichen Regelung abweichenden Vergütungsschuld beizutreten.“ (BGH aaO.)

## Aus der Praxis

BNotO  
§ 14 I 2

### Anwaltliche Tätigkeit des Notars Notarielle Beurkundung

BerufsR

(BGH in NJW-RR 2016, 754; Beschluss vom 23.11.2015 – NotSt (Brgf) 5/15)

Die **Pflicht des Notars zu strikter Neutralität** endet bei notarieller Beurkundungstätigkeit nicht mit der Vornahme der Beurkundung als solcher.

**Fall:** Der als Rechtsanwalt zugelassene Kl. ist seit 1999 Notar mit Amtssitz in A. Er übt seine Tätigkeit unter anderem in einer Sozietät mit einem weiteren Rechtsanwalt aus. Im Anschluss an einen von ihm beurkundeten Grundstückskaufvertrag trat der daran beteiligte Käufer an den Kl. heran und machte Sachmängel geltend. Der Kl. wandte sich daraufhin seinerseits mit mehreren Schreiben an die Verkäuferin. In einem dieser Schreiben führte der Kl. unter anderem aus, der im Vertrag vereinbarte Gewährleistungsausschluss greife nicht ein, weil der geltend gemachte Mangel der Verkäuferin bekannt gewesen sei, sie ihn aber verschwiegen habe. Den Vorgang zeigte die Verkäuferin gegenüber dem Präsidenten des OLG in O. an. Auf Grund dessen leitete die Bkl. im Februar 2013 ein Disziplinarverfahren gegen den Kl. ein. Dieses Verfahren erweiterte sie später auf weitere gegen den Kl. erhobene Vorwürfe. Grund dafür waren zum einen, sich im Rahmen einer Notarprüfung ergebende Beanstandungen in Bezug auf Verwahrgeschäfte des Kl. Zum anderen war der Bkl. ein Vorgang angezeigt worden, bei dem es im Anschluss an ein von dem Kl. beurkundetes Testament zu gerichtlich ausgetragenen Erbaueinsetzungen gekommen war. Durch Disziplinarverfügung vom 18.06.2014 hat die Bkl. dem Kl. wegen eines einheitlichen Dienstvergehens auf Grund schuldhafter Verletzung seiner Amtspflichten eine Geldbuße i.H.v. 3000 € auferlegt.

„Die **Neutralitätspflicht** gem. § 14 I 2 BNotO verbietet dem Notar bei der Ausübung seiner beurkundenden Amtstätigkeit einzelne Urkundsbeteiligte zu bevorzugen oder zu benachteiligen (Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 7. Aufl., § 14 Rn. 46). Er muss vielmehr **unparteiischer Betreuer aller Beteiligter** sein (Senat, BGHZ 51, 301 [305] = NJW 1969, 929). Die Pflicht zu strikter Neutralität endet bei notarieller Beurkundungstätigkeit nicht mit der Vornahme der Beurkundung als solcher (vgl. Kanzleiter in Schippel/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 14 Rn. 45 m.w.N.). Die für **Anwaltsnotare** geltenden **Beschränkungen einer der notariellen Tätigkeit zeitlich nachfolgenden Anwaltstätigkeit** ergeben sich nicht allein aus den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen des anwaltlichen Berufsrechts (vor allem § 45 I Nr. 1 und Nr. 2 BRAO), sondern resultieren auch aus **Nachwirkungen der notariellen Neutralitätspflicht** (OLG Hamm, NJW 1992, 1174 [1175]; Kanzleiter in Schippel/Bracker, § 14 Rn. 45 m.w.N.; s. auch Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, § 14 Rn. 56 f.). Mit der vorangegangenen notariellen Tätigkeit ist es nicht zu vereinbaren, in Streitfällen bestrittene oder zweifelhaft Rechte oder Interessen einer Partei wahrzunehmen (vgl. Senat, BGHZ 51, 301 [305] = NJW 1969, 929).

An diesen Grundsätzen gemessen hat der Kl. durch die **inhaltlich näher festgestellten Schreiben an die Verkäuferin nach der Beurkundung des Kaufvertrags** gegen seine notarielle Neutralitätspflicht verstoßen. Den Verstoß hat das OLG in nicht zu beanstandender Weise vor allem darin gesehen, dass der Kl. sich in Bezug auf das Vorhandensein von Mängeln in Gestalt von Schimmelbefall sowie die **Kenntnis der Verkäuferin davon das Anliegen des Käufers zu eigen** gemacht, die Unanwendbarkeit des vereinbarten Gewährleistungsausschlusses vorgegeben und die Verkäuferin zur Übernahme der Renovierungskosten aufgefordert hat. Die entsprechende Auslegung des Schreibens des ausdrücklich als Notar auftretenden Kl. vom 25.10.2012 an die Verkäuferin drängt sich nach dessen Inhalt geradezu auf. Dagegen wird die nunmehr durch den Kl. selbst vorgebrachte Einordnung seiner Interventionen nach Beurkundung als „Beratungstätigkeit“ oder „Befriedungstätigkeit“ insbesondere durch den Inhalt des vorgenannten Schreibens nicht nahe gelegt. Im Übrigen bedürfte es – wie aufgezeigt – unter den hier bestehenden Verhältnissen streitender Urkundsbeteiligter für die behauptete betreuende Rechtspflege i.S.v. § 24 I BNotO einer gemeinsamen Beauftragung, an der es jedoch fehlt.

Das OLG hat zutreffend einen (zumindest) fahrlässig begangenen und damit schuldhaften (vgl. § 95 BNotO) Verstoß gegen die Neutralitätspflicht angenommen. Soweit der Kl. davon ausgegangen sein sollte, **im Hinblick auf § 24 I BNotO** zu einer aus seiner Sicht vermittelnden Tätigkeit berechtigt gewesen zu sein und daher nicht gegen die ihm bekannte Neutralitätspflicht aus § 14 I 2 BNotO verstoßen zu haben, hätte er **in einer ihn nicht entlastenden Weise die Rechtslage verkannt**. Der von ihm offenbar geltend gemachte, auf die Pflichtwidrigkeit seines Handelns bezogene Irrtum erweist sich als Verbotsirrtum. Der Vorwurf der schuldhaften Pflichtverletzung entfällt bei einem solchen Irrtum auf Grund der gebotenen Heranziehung der strafrechtlichen Grundsätze des § 17 StGB aber lediglich dann, wenn der Irrtum unvermeidbar war (Senat, NJW 1992, 1179 m.w.N.). Davon kann vorliegend keine Rede sein. Die aus der Neutralitätspflicht folgenden Verhaltensgebote bzw. -verbote sind durch die höchstrichterliche Rechtsprechung gerade auch bezüglich der Beratungstätigkeit durch den Notar geklärt. Dass bei streitenden Parteien eine vermittelnde Tätigkeit des Notars lediglich bei entsprechender Beauftragung durch alle Beteiligten rechtlich gestattet ist, hat der BGH bereits klargestellt (Senat, BGHZ 51, 301 [306] = NJW 1969, 929).“ (BGH aaO.)

BNotO  
§ 6 II 1

### Wartezeiten für die Bestellung zum Anwaltsnotar Signifikante Erfahrungen im Anwaltsberuf

BerufsR

(BGH in MDR 2016, 675; Beschluss vom 14.03.2016 – NotZ(Brgf) 5/15)

Die Erfüllung der allgemeinen Wartezeit des § 6 II S. 1 Nr. 1 BNotO setzt voraus, dass der Bewerber durch seine anwaltliche Tätigkeit **zeitlich und quantitativ signifikante Erfahrungen** im Anwaltsberuf erworben hat. Signifikante Erfahrungen im Anwaltsberuf hat nur der Bewerber gesammelt, dessen anwaltliche Tätigkeit auch in qualitativer Hinsicht nicht ganz unbedeutend war.

„Wie das KG zutreffend angenommen hat, ist die Formulierung „**in nicht unerheblichem Umfang**“ dahingehend auszulegen, dass der Bewerber in erheblichem, **ins Gewicht fallendem Maße** als Rechtsanwalt tätig gewesen sein muss. Wie sich aus dem mit der Norm verfolgten Ziel ergibt, muss er durch seine anwaltliche Tätigkeit **zeitlich und quantitativ signifikante Erfahrungen im Anwaltsberuf** erworben haben. Denn ... durch die in § 6 II 1 Nr. 1 BNotO enthaltene besondere Bestimmungsvoraussetzung [soll] sichergestellt werden, dass der Bewerber vor seiner Bestellung eine Vertrautheit mit der Praxis der Rechtsbesorgung und deren organisatorischer Bewältigung, Sicherheit im Umgang mit dem rechtsuchenden Bürger, durch Erfahrung vermitteltes Verständnis für dessen Anliegen und

hinreichende Erfahrung mit unterschiedlichen Rechtsuchenden erworben hat (vgl. BT-Drucks. 11/6007, 10; BT-Drucks. 16/4972, 11; BVerfG, DNotZ 2003, 375; BGH v. 23.11.2015 – NotZ(Brfg) 2/15 – Rn. 19, WM 2016, 234 = MDR 2016, 124). Dem steht nicht entgegen, dass das im Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung (Neuregelung des Zugangs zum Anwaltsnotariat) ursprünglich noch enthaltene Erfordernis einer hauptberuflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt auf Vorschlag der Bundesregierung gestrichen worden ist. Die gesetzgeberische Zielsetzung hat sich hierdurch nicht geändert. Das Ziel der Regelung wird dadurch erreicht, dass der Bewerber in nicht unerheblichem Umfang für verschiedene Auftraggeber als Rechtsanwalt tätig gewesen sein muss (vgl. Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/4972, 14).

Vor diesem Hintergrund hat das KG zu Recht angenommen, dass der Kläger nicht nachgewiesen hat, bei Ablauf der Bewerbungsfrist mindestens fünf Jahre in nicht unerheblichem Umfang für verschiedene Auftraggeber als Rechtsanwalt tätig gewesen zu sein. Dabei kann unterstellt werden, dass der Kläger während seiner Beschäftigung bei der G. GmbH in der Zeit v. 08.02.1995 bis 30.06.1998, d.h. einem Zeitraum von drei Jahren und gut vier Monaten, in erheblichem Umfang auch selbständige anwaltliche Leistungen für verschiedene Auftraggeber erbracht hat. Ebenso kann unterstellt werden, dass der Kläger im Jahr 2013 in erheblichem Umfang als Rechtsanwalt tätig war. Hiermit hat der Kläger aber insgesamt **lediglich einen Zeitraum von vier Jahren und gut vier Monaten abgedeckt**. Darüber hinausgehende anwaltliche Tätigkeit in beträchtlichem Umfang hat er nicht dargetan. Seine im Jahr 2011 erbrachte Anwaltstätigkeit von 282 Stunden und seine im Jahr 2012 erbrachte Tätigkeit von 222 Stunden genügen hierfür nicht. Wie das KG zutreffend ausgeführt hat, entspricht dies **lediglich 35 bzw. 28 8-Stunden-Tagen und damit auf das Jahr gesehen nicht einmal einem Arbeitstag pro Woche**. Dies genügt angesichts des mit der Regelung in § 6 II 1 Nr. 2 BNotO verfolgten Ziels, eine zeitlich und quantitativ signifikante Erfahrung des Bewerbers im Anwaltsberuf sicherzustellen, nicht.“ (BGH aaO.)

ZPO  
§ 233

**Einreichung eines fristgebundenen Schriftsatzes**  
**Anforderungen bei eigener Einreichung durch RA**  
(BGH in MDR 2016, 844; Beschluss vom 20.04.2016 – XII ZB 390/15)

BerufsR

Entschließt sich ein Rechtsanwalt, einen fristgebundenen Schriftsatz **selbst bei Gericht einzureichen**, übernimmt er die alleinige Verantwortung für die Einhaltung der Frist. Er hat dann **geeignete Maßnahmen** zu treffen, um einen fristgerechten Eingang des Schriftsatzes zu gewährleisten.

„Der Streithelfer hat die Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist schuldhaft verursacht, indem er vergessen hat, die **Rechtsmittelbegründungsschrift rechtzeitig vor Ablauf der Frist beim Beschwerdegericht abzugeben**.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH hat ein Rechtsanwalt **durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen**, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt wird und **innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht**. Entschließt sich ein Rechtsanwalt, einen fristgebundenen Schriftsatz selbst bei Gericht einzureichen, übernimmt er damit die alleinige Verantwortung für die Einhaltung der Frist (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 233 Rn. 23). Er hat auch in diesem Fall geeignete Maßnahmen zu treffen, um einen fristgerechten Eingang des Schriftsatzes zu gewährleisten. Reicht er den Schriftsatz nicht rechtzeitig bei Gericht ein, kommt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur in Betracht, wenn der **Rechtsanwalt alle erforderlichen Schritte unternommen hat, die bei einem normalen Verlauf der Dinge mit Sicherheit** dazu führen würden, dass die Frist gewahrt wird (BGH, Beschl. v. 21.12.1988 – VIII ZB 35/88, MDR 1989, 443 = NJW 1989, 1158 m.w.N.). Schöpft ein Rechtsanwalt – wie im vorliegenden Fall – eine **Rechtsmittelbegründungsfrist bis zum letzten Tag** aus, hat er wegen des damit erfahrungsgemäß verbundenen Risikos **zudem erhöhte Sorgfalt aufzuwenden**, um die Einhaltung der Frist sicherzustellen (vgl. BGH, Beschl. v. 09.05.2006 – XI ZB 45/04, FamRZ 2006, 1191 = MDR 2007, 248 = CR 2006, 658 = NJW 2006, 2637 m.w.N.).

Diesen Anforderungen an die Sorgfaltspflichten eines Rechtsanwalts ist der Streithelfer nicht gerecht geworden. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde stellt insbesondere die **Bitte des Streithelfers an seine Ehefrau, ihn vor der gemeinsamen Rückfahrt daran zu erinnern**, den Schriftsatz noch beim OLG abzugeben, keine ausreichende Maßnahme dar, um im vorliegenden Fall die Einhaltung der an diesem Tag ablaufenden Beschwerdebegründungsfrist zu gewährleisten.

Zwar hat der BGH mit Beschluss v. 21.12.1988 (VIII ZB 35/88, MDR 1989, 443) entschieden, dass eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht kommen kann, wenn der Rechtsanwalt vergisst, die von ihm mitgenommene Berufungsbegründung beim Gericht abzugeben, aber eine **Kanzleiangestellte angewiesen hat, ihn nach Rückkehr in die Kanzlei darauf anzusprechen**, ob er den Schriftsatz abgegeben habe. In der genannten Entscheidung hat der BGH die erteilte Anweisung an die Kanzleiangestellte deshalb als eine **geeignete Vorkehrung** zur Sicherung der Fristwahrung angesehen, weil die Anweisung gerade der Kanzleikraft erteilt worden ist, die die Berufungsbegründung geschrieben hat und ein Rechtsanwalt grundsätzlich darauf vertrauen darf, dass eine Büroangestellte, die sich bisher als zuverlässig erwiesen hat, eine konkrete Einzelanweisung befolgt (vgl. auch BGH v. 21.04.2010 – XII ZB 64/09 – Rn. 11, MDR 2010, 886).

Eine **vergleichbar geeignete Vorkehrung**, um die Einhaltung der Rechtsmittelbegründungsfrist zu gewährleisten, kann in der Bitte des Streithelfers an seine **Ehefrau, ihn an die Abgabe der Rechtsmittelbegründungsschrift beim OLG zu erinnern**, nicht gesehen werden. Zwar darf sich ein Rechtsanwalt für **Verrichtungen einfachster Art** wie etwa Botengänge nicht nur seines Büropersonals, sondern auch anderer, nicht angestellter Personen, mithin auch Ehegatten und **anderer Familienangehöriger bedienen** (vgl. BGH, Beschl. v. 13.09.2011 – XI ZB 3/11 – Rn. 10, BRAK 2011, 284 m. Anm. Grams = NJW-RR 2012, 124; vgl. aber BGH v. 13.09.2006 – XII ZB 103/06, MDR 2007, 98 = FamRZ 2006, 1663 [1664]), sofern diese ihm persönlich bekannt sind, hinreichend unterrichtet wurden und sich mehrfach in ähnlichen Fällen als zuverlässig erwiesen haben (BGH, Beschl. v. 05.09.2001 – XII ZB 81/01, FamRZ 2003, 368 m.w.N.). Nach seinem Vorbringen hat der Streithelfer jedoch auf der Fahrt zum LG mit seiner Ehefrau nur darüber gesprochen, dass er noch einen fristgebundenen Schriftsatz beim OLG abzugeben habe und sie ihn nach dem Termin beim LG gegebenenfalls daran erinnern solle. Dies genügt nicht, um die Kausalität des Verschuldens des Streithelfers für die Fristversäumnis vollständig entfallen zu lassen. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach §§ 113 Abs. 1 S. 2, 117 Abs. 5 FamFG i.V.m. §§ 233, 85 Abs. 2 ZPO darf einem Verfahrensbeteiligten nur gewährt werden, wenn seinen Verfahrensbevollmächtigten kein auch nur mitursächliches Verschulden an der Fristversäumung trifft (vgl. BGH v. 27.01.2016 – XII ZB 684/14 – Rn. 25, FamRZ 2016, 624 m.w.N.). Insoweit weist das OLG zu Recht darauf hin, dass es dem Streithelfer **unschwer möglich gewesen wäre**, nachdem er seine Ehefrau nach Hause gebracht hatte, in seine Kanzlei zu fahren und den **Schriftsatz per Telefax fristgerecht beim Beschwerdegericht einzureichen**.“ (BGH aaO.)

## Steuerrecht

AO  
§ 160

### Benennungsverlangen hinsichtlich Betriebsausgabeneempfänger Ermittlungen bezüglich Hintermännern nicht zumutbar

SteuerR

(FG Hannover in DB 2016, DB1204831; Urteil vom 27.01.2016 – 3 K 155/14)

Ein Stpfl. erfüllt seine Verpflichtung zur **Empfängerbenennung** i.S.d. § 160 AO, wenn er insoweit jeweils den **unmittelbaren Empfänger der Zahlung** benennt und damit dem FA weitere Ermittlungen ermöglicht. Dem Stpfl. ist in diesen Fällen nicht zuzumuten, mögliche Hintermänner der Anlieferer zu ermitteln und dem FA zu benennen.

**Fall:** Der Kläger betreibt als Großhändler einen Schrotthandel und erzielt daraus Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Er kauft von privaten und gewerblichen Anlieferern Schrott in unterschiedlichen Mengen und Qualitäten an. Teilweise stellt er bei metallverarbeitenden Betrieben im weiteren Umfeld Metallcontainer auf und kauft den Betrieben die dort gesammelten Metalle ab. Die abgeholten oder angelieferten Schrottmengen werden sortiert, gewogen und jeweils vom Kläger bzw. seinen Mitarbeitern in Abrechnungen erfasst. Bei Anlieferungen erfolgt die Auszahlung regelmäßig in bar. Nach einer Außenprüfung gelangte das FA zu der Ansicht, der Kläger habe bei einem Teil der Anlieferer nicht die zutreffenden Daten der Zahlungsempfänger in der Buchführung erfasst. Hinter einem großen Anteil an Anlieferungen, so vermutete die Steuerfahndung, stehe eine kriminelle Organisation. Die Hintermänner dieser Organisation seien nicht bekannt. Einzelne in der Buchführung der betroffenen Schrottbetriebe aufgelistete Zahlungsempfänger seien lediglich als sog. „Schreiber“ (Strohmann) tätig gewesen. Da der Kläger diese Hintermänner auf die Aufforderung des FA gem. § 160 AO nicht benannte, kürzte das FA insoweit den Betriebsausgabenabzug um 50%. Bei anderen Anlieferern (Kleinlieferanten) konnte das FA die Zahlungsempfänger entweder nicht ermitteln oder durch die Ermittlungen wurde bekannt, dass diese die abgerechneten Schrottmengen weder eingesammelt noch bei dem Betrieb des Klägers angeliefert hatten. Da der Kläger auch insoweit die tatsächlichen Anlieferer auf die Aufforderung gem. § 160 AO nicht benannte, kürzte das FA den Betriebsausgabenabzug in diesen Fällen um 30%. Die gegen die entsprechend geänderten ESt-Bescheide gerichteten Einsprüche hatten keinen Erfolg. Hiergegen wurde Klage erhoben.

„Da ein einzelner Schrotthändler naturgemäß **weder wissen noch prüfen kann**, welche tatsächlichen vertraglichen **Absprachen von den Anlieferern mit dritten Personen** getroffen worden sein mögen, darf er sich insoweit auf die vorgelegten Papiere verlassen und muss dazu lediglich die **Angaben aus amtlichen Ausweisen dokumentieren**, um diese Personen später benennen zu können. Vor allem zusätzliche amtliche Dokumente wie eine Reisegewerbekarte und/oder eine steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Finanzamtes begründen einen **Vertrauenstatbestand in eine eigene legale gewerbliche Tätigkeit des Anlieferers** (Rn. 119). Den Rechtsschein der ordnungsgemäßen gewerblichen Tätigkeit, der durch amtliche Dokumente erzeugt wird, müssen sich die Behörden zurechnen lassen.

Die Ermessensentscheidung auf der ersten Stufe, das **Benennungsverlangen**, steht in besonderem Maße unter dem **Gesichtspunkt der Zumutbarkeit** (vgl. insbesondere BFH-Urteile vom 2. März 1967 IV 309/64, BFHE 88, 287, BStBl III 1967, 396; vom 22. Mai 1968 I 59/65, BFHE 93, 118, BStBl II 1968, 727, und vom 17. Dezember 1980 I R 148/76, BFHE 132, 211, BStBl II 1981, 333). Das bedeutet insbesondere, dass das Verlangen **nicht unverhältnismäßig** sein darf und die für den Steuerpflichtigen zu befürchtenden Nachteile (z.B. wirtschaftliche Existenzgefährdung) nicht außer Verhältnis zum beabsichtigten Aufklärungserfolg (z.B. geringfügige Steuernachholung bei den Empfängern) stehen dürfen. Das Verlangen darf auch dann gestellt werden, wenn der Steuerpflichtige den Empfänger nicht bezeichnen kann, weil ihm bei Auszahlung des Geldes dessen Name und Anschrift unbekannt waren. Nur in Ausnahmefällen, in denen die Suche nach dem Empfänger auf nicht oder kaum zu bewältigende tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten stößt, ist dem Steuerpflichtigen eine Benennung billigerweise nicht zuzumuten. Man kann dann aber alle diejenigen Angaben von ihm fordern, die möglich sind und die das FA oder das FG instand setzen, erfolgversprechende eigene Ermittlungen anzustellen (BFH, Urteil vom 25. November 1986 VIII R 350/82, BFHE 148, 406, BStBl II 1987, 286, Rn. 32).

Fälle, in denen die Ermittlung des Empfängers auf **außerordentliche tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten** stoßen kann, sind vor allem solche, in denen die Person, die das Geld entgegennimmt, und die, für welche es bestimmt ist, nicht identisch sind. **Empfänger einer Betriebsausgabe** i.S. des § 160 AO ist nach dem Urteil des BFH in BFHE 104, 502, BStBl II 1972, 442 **derjenige, der in den Genuss des in der Betriebsausgabe enthaltenen wirtschaftlichen Werts gelangt**. Dies ist regelmäßig derjenige, dem dieser Wert vom Steuerpflichtigen übertragen wurde (vgl. v. Wallis in Hübschmann/ Hepp/ Spitaler, aaO., § 160 AO Tz. 21). Ist für den Steuerpflichtigen erkennbar, dass diese Person den Wert für einen anderen entgegennimmt - sei es, dass sie als Bote oder als Vertretungsberechtigter oder aber im eigenen Namen aber für Rechnung des anderen handelt -, so ist derjenige, für den entgegengenommen wird, als Empfänger anzusehen. Dem Steuerpflichtigen ist in diesem Falle zuzumuten, sich über dessen Person (Name, Anschrift) Gewissheit zu verschaffen, um dem FA auf Befragen den Empfänger benennen zu können. Empfänger im oben genannten Sinne kann auch eine Personengesellschaft sein. Zu deren Bezeichnung ist, wenn es sich um eine OHG oder um eine KG handelt, die Angabe des Namens und der Anschrift der Gesellschaft ausreichend. Handelt es sich um eine GbR, der ein für den Steuerpflichtigen nur schwer identifizierbarer Personenkreis angehört, so muss sich der Steuerpflichtige zwar allgemeine Merkmale zur Konkretisierung dieser Gesellschaft, nicht aber sämtliche Gesellschafter benennen lassen. Es genügt in diesem Sonderfall die Feststellung des Namens und der Anschrift derjenigen Person, welcher der wirtschaftliche Wert übertragen wird. Denn durch die Benennung dieser Person kann er in Verbindung mit allgemeinen Konkretisierungsmerkmalen der Gesellschaft dem FA auf dessen Verlangen erfolgversprechende weitere Ermittlungen ermöglichen und damit dem Zweck des § 160 AO gerecht werden.

Bei der letztgenannten Fallgruppe kann mitunter die restlose Aufklärung der Geldbewegungen für das FA zu Schwierigkeiten führen. Die Abwägung der Interessen des Steuergläubigers und der am Wirtschaftsleben Beteiligten gebietet es indes, diese Schwierigkeiten in Kauf zu nehmen. Denn der Rechtsgedanke des § 160 AO ist nicht so weitgehend zu verstehen, dass ein Steuerpflichtiger, um den Betriebsausgabenabzug nicht zu gefährden, in jedem Falle erschöpfende Ermittlungsaufgaben für das FA wahrzunehmen hat (BFH, Urteil vom 25. November 1986, aaO.).“ (FG Hannover aaO.)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Gounalakis:** Geldentschädigung bei vorverurteilenden Äußerungen durch Medien oder Justiz (in: NJW 2016, 737)

Der Beitrag thematisiert die Problematik vorverurteilender Äußerungen, die in gewisser Regelmäßigkeit in der Medienberichterstattung anzutreffen sind, aber auch gelegentlich in Presseinformationen Eingang finden, welche die Justiz, insbesondere die Staatsanwaltschaft, an Medien und damit an die Öffentlichkeit gibt. Er verdeutlicht die zu Grunde liegende Gefährdungslage für den Betroffenen, beleuchtet – aufbauend auf den Grundsätzen zulässiger Verdachtsberichterstattung in Medien und Justiz – speziell die Problematik der medialen und justiziellen Vorverurteilung näher und hinterfragt die Judikatur zur Geldentschädigung für immaterielle Beeinträchtigungen kritisch, um mit einigen Anregungen zu schließen.

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

Grenzüberschreitenden Verbrauchergeschäften kommt seit mehreren Jahren in der Rechtswissenschaft kein Exotenstatus mehr zu. Neben der Vernetzung durch das Internet hat auch der europäische Gesetzgeber wesentlich dazu beigetragen. Denn konsumentenschützende Sondervorschriften im Internationalen Zivilverfahrens-, Privat- und innerstaatlichen Umsetzungsrecht zu Richtlinien räumen der „schwachen Vertragspartei“ Privilegien ein, um ihr bei solchen Abreden rechtliche Sicherheit zu vermitteln und fördern auf diese Weise zugleich den Binnenhandel. Trotz alledem erscheint die Anwendung der drei Regelungskomplexe durch die Judikative oftmals nicht frei von Bedenken. Auch das Urteil des AG Würzburg v. 02.10.2014, Az. 16 C 207/13 stößt in Teilen auf Kritik. Obwohl es im Ergebnis Zustimmung verdient, bleibt hervorzuheben, dass das Gericht wohl aus Gründen der Prozessökonomie auf einige Aspekte nicht eingeht, weshalb die Entscheidung nicht verallgemeinerungsfähig ist. Sie bietet allerdings Gelegenheit, bedeutende Reformen im Verbraucherschutzrecht auf EU- wie nationaler Ebene aufzugreifen.

3. **Herrlein:** Die Rechtsprechung zur Wohnraummiete im zweiten Halbjahr 2015 (in: NJW 2016, 1282)

Der Beitrag setzt die laufende Berichterstattung des Autors (zuletzt in NJW 2015, 2925) fort. Ein Schwerpunkt lässt sich bei Kündigungen, dort zum Eigenbedarf, ausmachen. Aber auch die Miethöhe – und ihre Begrenzung – sowie das „Veratmen“ der Neujustierung des Rechts der Schönheitsreparaturen stehen weiter im Fokus.

4. **Wever:** Die Rückabwicklung der Schwiegerelternschenkung in der Praxis (in: FamRZ 2016, 857)

Mit seiner grundlegenden Rechtsprechungsänderung, begründet durch die Entscheidung v. 03.02.2010, hat der BGH die Anspruchslage von Schwiegereltern, die es nach Scheitern der Ehe ihres Kindes reut, dem Schwiegerkind in guten Zeiten Vermögen unentgeltlich überlassen zu haben, deutlich verbessert. Der BGH hat Hoffnungen geweckt, und so überrascht es nicht, dass gerichtliche Verfahren mit dem Ziel der Rückabwicklung von Schwiegerelternzuwendungen einen Boom erleben. Von welchen Faktoren werden nun aber die Erfolgchancen eines Rückgewährverlangens beeinflusst? Was ist vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zu bedenken? In welchen Fällen sollte man von der Einleitung eines Verfahrens abraten? Wie kann der mögliche Rückgewähranspruch berechnet werden? Was sind die Auswirkungen in Zugewinnausgleich? Diese Fragen geht der betreffende Beitrag nach.

### II. Strafrecht

1. **Fall:** Böhmermanns Schmähkritik als Beleidigung (in: NStZ 2016, 313)

Angefangen hat alles mit der Satiresendung „Extra 3“ der ARD im März 2016. In dem Lied „Erdowi, Erdowo, Erdogan“ wurde dort die Haltung des türkischen Präsidenten zur Meinungsfreiheit und die Verfolgung von Journalisten in der Türkei kritisiert. Erdogan bestellte darum mehrfach den deutschen Botschafter in der Türkei ein. Nur mit einiger Verzögerung stellte das Auswärtige Amt klar, dass solche Kritik in Deutschland von der Meinungsfreiheit gedeckt sei und die Politik hierzulande keinen Einfluss auf Satiresendungen nehmen könne und wolle.

**2. Dannecker:** Die Bestimmung des Betrugsschadens in der Rechtsprechung des BGH - Von der intersubjektiven Wertsetzung zur gegenleistungsbasierten Verkehrswertermittlung (in: NStZ 2016, 318)

Es geht ein Gespenst um in der höchstgerichtlichen Betrugsschadensdogmatik: das Gespenst der „intersubjektiven Wertsetzung“.

Im ersten Jahrzehnt dieses Jahrtausends schien die Welt der tatgerichtlichen Betrugsstrafverfolgung noch in Ordnung. Fragen der Schadensbestimmung beim Eingehungsbetrug konnten unter dem Topos des „Gefährdungsschadens“ vergleichsweise pauschal gehandhabt werden. Die Schadensbestimmung schien weitgehenden Normativierungen und Extensionen zugänglich und unterlag nur einer eher weitmaschigen Revisionskontrolle. Mit der Entscheidung des BVerfG zum Vermögensschaden beim Eingehungsbetrug, die auf die Grundsatzentscheidung zur Untreue Bezug nahm, hat sich dies grundlegend geändert: Das BVerfG hat eine stärker wirtschaftlich orientierte Schadensbestimmung und speziell beim Eingehungsbetrug die Notwendigkeit eines schon im Zeitpunkt der Vermögensverfügung eingetretenen, bezifferbaren und „zu beziffernden“ Vermögensschadens hervorgehoben.

Dieses „Bezifferungsgebot“ hat sich nicht nur als (noch weitgehend missachtete) Herausforderung an die Tatgerichte erwiesen, die zur Offenlegung der konkret angewandten Maßstäbe der Schadensberechnung zwingt, sondern (gerade deshalb) auch als ein Katalysator der höchstgerichtlichen Schadensdogmatik, der zu einer ganzen Reihe von Entscheidungen des BGH geführt hat: Nach einem Urteil des 5. Strafsenats im Jahr 2013, das die Figur der „intersubjektiven Wertsetzung“ erfand und damit Erleichterungen bei der Schadensbezifferung versprach, und einem gegenläufigen Urteil des 1. Strafsenats vom 08.10.2014 sind seit Herbst 2015 vier weitere Entscheidungen ergangen, die sich mit der Bezifferung von Vermögensschäden und in diesem Rahmen mit der Wertbemessung unterschiedlichster Leistungen befassen haben.

Im Kern betreffen alle Entscheidungen die Frage, welche Bedeutung die durch die Parteien eines Geschäfts getroffene Preisabrede für die Wertbemessung einer betrügerisch erlangten Leistung hat und auf welche Weise die jeweiligen Vermögensgegenstände (Unternehmen, Prostitutionsleistungen, Maklerleistungen, Kredite etc.) zu bewerten sind.

**3. Wolf:** Entwicklung im Straf-, Strafverfahrens- und Strafvollstreckungsrecht seit 2012 (in: Rpfleger 2016, 388)

Im Bereich der Strafvollstreckung und hier im engeren Raum der StVollstO finden sich zunehmend weniger neue Entscheidungen. Die veröffentlichten Beschlüsse befassen sich oft mit bereits entschiedenen Streitfragen, deren richtige Lösungen bei Untergerichten offenbar wieder verloren gegangen ist. Das gilt offenbar auch für den Grundsatz, dass Strafurteile überhaupt vollstreckt werden müssen: Er hat Verfassungsrang und folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG), was zuletzt wieder ausführlich vom BVerfG dargelegt wurde.

**4. Schott:** Verletzung der Unschuldsvermutung bei Verfahrenseinstellung nach § 153 StPO (in: StV 2016, 450)

In der Praxis der Strafverfolgung werden Delikte von geringer Bedeutung häufig nach § 153 StPO eingestellt, ohne dass nennenswerte Ermittlungshandlungen vorgenommen werden. Dies ist aus prozessökonomischen Gründen nachvollziehbar und zur Ressourcenschonung der zumindest nach eigenen Angaben oft überlasteten Behörden sinnvoll.

In der Regel bleibt dabei unberücksichtigt, dass der von der Einstellung betroffene Beschuldigte ein erhebliches Interesse an der Aufklärung und Einstellung nach § 170 II StPO mangels hinreichenden Tatverdachts haben kann. Abgesehen davon, dass er nach Einstellung rechtlich zwar aufgrund der Unschuldsvermutung als nicht schuldig gilt, die Unschuld aber ebenso wenig erwiesen ist, wird er faktisch häufig zumindest dann belastet, wenn es später zu einer erneuten Verfahrenseinleitung gegen ihn kommt. Angedroht wird ihm, das oft bereits durch eine von den Ermittlungsbehörden dem Einstellungsbescheid formelhaft angehängte Bemerkung, beispielsweise des Inhalts, dass er beim nächsten Mal nicht erneut mit gleicher Nachsicht rechnen könne.

### III. Öffentliches Recht

#### 1. **Idecke-Lux:** Auf den Weg zu einer Verwaltung „5.0“ (in: NWVBI 2016,265)

Der betreffende Aufsatz stellt die zentralen Inhalte eines Gesetzentwurfes der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen dar, skizziert die Möglichkeiten, die die Einführung vom E-Government bietet, und benennt dabei auch zugleich die aus Sicht der Verfasserin zentralen Voraussetzungen für ein erfolgreiches Gelingen von E-Government-Projekten.

Eine angespannte Haushaltslage, eine zunehmende Komplexität, Regelungsdichte und hohe Dynamik bei der Wahrnehmung der Aufgaben des Staates, ein mit Blick auf die Anforderungen an Transparenz und Digitalisierung des Alltags verändertes Bewusstsein der Bürgerinnen und Bürger, der technologische Wandel in dem Unternehmen – Stichwort: „Enterprise 4.0“, ein hohes Durchschnittsalter der in den öffentlichen Verwaltungen arbeitenden Menschen mit der Konsequenz von absehbaren Altersabgängen in Kohorten und schließlich die in Folge des demographischen Wandel zunehmenden Schwierigkeiten junge Leute für eine Tätigkeit im und am Stadt zu begeistern, kennzeichnen auch in der praktischen Wahrnehmung zu nehmen drinnen unter die Ausgangslage im öffentlichen Dienst.

Umbau und Reform der öffentlichen Verwaltung sowie die Integration betriebswirtschaftlicher Elemente aus dem Bereich New Public Management sind seit den neunziger Jahren ein Dauerthema. Und dennoch scheinen Lösungsansätze aus dem Bereich „New“-Public-Management in der Praxis eher auf dem Rückzug zu sein. Kann E-Government ein Lösungsansatz für die beschriebene Ausgangslage sein und welchen Beitrag kann der Entwurf eines E-Governmentgesetzes (E-GovG NRW-E) in NRW leisten?

#### 2. **Rinke:** Die Zwangsmitgliedschaft in der Handwerkskammer auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand (in: BayVBI 2016, 325)

Ist die Pflichtmitgliedschaft in den Handwerkskammern verfassungsrechtlich noch haltbar? Trotz einer gefestigten Rechtsprechung reißt die Kritik an der Zwangskorporation im Kammerwesen nicht ab. Gegenwärtig geht das Bundesverfassungsgericht erneut ihrer Grundrechtskonformität nach. Der folgende Beitrag zeigt, dass speziell die Pflichtmitgliedschaft in den Handwerkskammern den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht wird.

Rechtlicher Widerstand schien zwecklos: In zahlreichen Verfahren haben die Verwaltungsgerichte die „Zwangsmitgliedschaft“ – wie kritische Stimmen die Pflichtmitgliedschaft im Kammerwesen nennen – als rechtmäßig erachtet. Dabei konnten sie sich auch auf den richtungsweisenden Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 07.12.2001 stützen. Dieser erklärt die Zwangskorporation aber nur unter der Prämisse für verfassungsgemäß, dass der Gesetzgeber die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Pflichtmitgliedschaft ständig neu überprüft. Entscheidungen in jüngerer Zeit weisen darauf hin, dass sich die Rechtslage geändert haben könnte. So hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof im Jahr 2012 unterstrichen, dass Kläger „die Fortentwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts“ weder gerügt noch deren Entscheidungserheblichkeit hinreichend dargelegt hätten. Inzwischen befasst sich das Bundesverfassungsgericht erneut mit der Frage, ob ein Zwangszusammenschluss im Kammerwesen grundrechtskonform ist. Zur Entscheidung einer Verfassungsbeschwerde gegen die Pflichtmitgliedschaft in Industrie- und Handelskammern hat das Gericht bereits von zahlreichen Verbänden, dem Bundestag und Ministerien Stellungnahmen eingeholt.

#### 3. **Rieger:** Die Überprüfung von Bebauungsplänen in Normenkontrollverfahren – ein Überblick über die Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg in den letzten fünf Jahren – Teil 2 (in: VBIBW 2016, 177)

Der erste Teil des Beitrags hat sich mit den Verfahrensvorschriften im eigentlichen Sinn sowie mit den zwingenden Vorschriften des materiellen Rechts beschäftigt. Im zweiten Teil geht es nunmehr um die gerichtliche Kontrolle der von der Gemeinde bei der Aufstellung eines Bebauungsplans vorzunehmenden Abwägung sowie um die Heilungsvorschriften der §§ 214 und 215.

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

#### 1. **Dötsch:** Zentrales Schutzschriftenregister – Was muss ein Beschwerdegericht beachten? (in: MDR 2016, 495)

Das elektronische bundesweite Schutzschriftenregister ist am 01.01.2016 in Betrieb gegangen. Entsprechend der gesetzlichen Einreichungsfiktion genügt gem. § 945a ZPO die Einreichung einer Schutzschrift, um alle Zivil- und Arbeitsgerichte zu erreichen. Der folgende Kurzbeitrag erläutert, welche Folgen die gesetzliche Einreichungsfiktion aus § 945a ZPO auch für die Beschwerdegerichte hat.

Das unter Federführung der hessischen Landesjustizverwaltung entwickelte Zentrale Schutzschriftenregister (ZSSR) hat bekanntlich zum 01.01.2016 seinen Produktivbetrieb aufgenommen. Es tritt faktisch an die Stelle des „freiwilligen“ und bei weitem nicht von allen Gerichten genutzten Schutzschriftenregisters der Europäischen EDV-Akademie des Rechts gGmbH, welches mit einer Übergangsfrist auslaufen wird. Gemäß der besonderen gesetzlichen Fiktion in § 945a II 1 ZPO gelten die Schutzschriften mit ihrer Hinterlegung im ZSSR als „bei allen ordentlichen Gerichten der Länder“ eingereicht.

Daneben bleibt natürlich die individuelle Einreichung von (Papier-)Schutzschriften bei einzelnen Gerichten mit dem entsprechenden Aufwand zulässig. Rechtsanwälte sind jedoch ab dem 01.01.2017 nach § 49c BRAO zumindest standesrechtlich verpflichtet, Schutzschriften ausschließlich nur noch zum ZSSR einzureichen.

**2. Huff:** Das neue Recht der Syndikusrechtsanwälte: erste Erfahrungen und offene Fragen (in: BB 2016, 1480)

Zum 01.01.2016 ist das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte in Kraft getreten. Über 11.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte haben in den vergangenen Monaten den Antrag auf Zulassung als Syndikusrechtsanwalt beantragt. Der Beitrag gibt einen Überblick über erste Erfahrungen und offene Fragen.

Das neue Gesetz hat zu einer Vielzahl von Veröffentlichungen geführt, die an manchen Stellen eher abstrakt, statt praxisnah geprägt waren. Eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Bereichen, in denen Syndikusrechtsanwälte tätig sind, und mit der Frage, ob diese Betätigung als Syndikustätigkeit einzustufen ist, hat jedoch kaum stattgefunden. Doch genau diese Themen sind es, die zurzeit die Antragsteller, die Rechtsanwaltskammern und die Deutsche Rentenversicherung Bund beschäftigen.

**3. Heine/Trinks:** Steuerliche Aspekte der Betriebskostenabrechnung (in: NJW 2016, 1429)

Seit der Einführung der Abzugsmöglichkeit für haushaltsnahe Dienst- und Handwerkerleistungen ist die Betriebskostenabrechnung für viele Mieter ihr persönliches (kleines) „Steuersparmodell“. Der Beitrag knüpft an die NJW-Reihe „Betriebskostenabrechnung“ zu dieser Rubrik von Lützenkirchen an (zuletzt NJW 2015, 3624) und beleuchtet die typischen Praxisprobleme der Betriebskostenabrechnung für privaten Wohnraum in steuerlicher Hinsicht.

**4. Delhey:** Verfassungsrechtliche Grenzen einer Pflicht für Rechtsanwälte zur Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel (in: NJW 2016, 1274)

Zum 01.01.2016 plante die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) für alle in der Bundesrepublik Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte das so genannte besondere elektronische Anwaltspostfach (kurz: beA) einzuführen. Während die BRAK den Termin zur Einrichtung inzwischen auf den 29.09.2016 verschoben hat, wird eine anwaltliche Pflicht zur Nutzung des beA zunehmend in Frage gestellt. Der Beitrag beleuchtet die Diskussion aus verfassungsrechtlicher Perspektive.

**5. Ganter:** Aktuelle Entwicklungen im Recht der Insolvenzverwaltervergütung (in: NZI 2016, 377)

Das Recht der Insolvenzverwaltervergütung war ein Schwerpunkt der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats – Insolvenzrechtssenats – des BGH, bis die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde durch Aufhebung des § 7 InsO mit Wirkung vom 27.10.2011 abgeschafft wurde. Seither haben nahezu ausschließlich die Instanzgerichte das letzte Wort, weil kaum noch Rechtsbeschwerden zugelassen werden, was weder wünschenswert ist noch mit der Gesetzesänderung beabsichtigt war. Angesichts des „Vakuums“, welches der Ausfall einer rechtsordnenden, rechtsvereinheitlichenden und rechtsfortbildenden BGH-Rechtsprechung verursacht, versuchen einerseits die Interessenverbände und andererseits die Wissenschaft die „kakophonischen“, zumindest vielstimmigen Äußerungen der unteren Instanzen zu einem melodischen Ganzen zu formen. Erschwert wird diese Aufgabe durch die sich ständig wandelnden Herausforderungen der Praxis. Es nimmt deshalb nicht wunder, dass „die Insolvenzverwaltervergütung“ ein spannendes Thema ist und auf unabsehbare Zeit auch bleiben wird. Sogar an eine völlige Neuordnung durch den Verwaltungs- bzw. Gesetzgeber wurde gedacht. Dieser Entwicklung soll in dem Beitrag – beschränkt auf einige ausnehmend wichtige, in der Diskussion besonders umstrittene Punkte – nachgegangen werden.

# 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 Mittstreiter 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



