



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

41. Jahrg.

Oktober 2016

Heft 10

Aus dem Inhalt

BGH:	Verlangen nach „Schneller Behebung“ als Fristsetzung
OVG Lüneburg:	Gemeindliches Einvernehmen
OVG Lüneburg:	Voraussetzungen für Vereinsverbot
BGH:	Zulassung der Revision wegen Gehörsverstoß
BGH:	Beweisverwertungsverbot bei hypothetischer Rechtmäßigkeit
OLG Celle:	Antragsberechtigung für Klageerzwingungsverfahren
BVerwG:	Wirksamkeit von Verkehrszeichen



Impressum:

Verlag und Redaktion:

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

Verantwortliche Redakteurin:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Inhalt

Brandaktuell

AG Frankenthal:	Anspruch auf Anbringung einer Parabolantenne (Informationsfreiheit auch durch Internet gewährleistet).....	1
-----------------	---	---

Zivilrecht

BGH:	Pflichtmitgliedschaft in Werbegemeinschaft (Formularmäßige Verpflichtung in AGB).....	2
BGH:	Verlangen nach „Schneller Behebung“ (Wirksame Fristsetzung zur Nacherfüllung).....	6

Strafrecht

BGH:	Qualifikationszusammenhang (Erpresserischer Menschenraub und Raub mit Todesfolge).....	10
BGH:	Konkurrenz bei Brandstiftung (Versuch und Vollendung).....	14

Öffentliches Recht

OVG Lüneburg:	Gemeindliches Einvernehmen (Berechnung der Prüfungsfrist und Einvernehmensfiktion).....	17
OVG Lüneburg:	Voraussetzungen für Vereinsverbot (Strafrechtswidrigkeit eines Vereins bei Straftaten von Mitgliedern).....	22

Kurzauslese I

BGH:	Herstellergarantie als Beschaffenheitsmerkmal (Weiter Sachmangelbegriff).....	28
LG Karlsruhe:	Freizeichnungsklausel bei Schönheitsreparaturen (Anforderung an Wirksamkeit).....	28
OLG Köln:	Diskussion über Kölner Silvesternacht (Zulässige Meinungsäußerung).....	29
OLG Koblenz:	Herausgabe des Familien-Pkw an den Ehemann (Eingreifen von Vermutungsregeln).....	29
BGH:	Wegnahme eines Mobiltelefons (Zueignungsabsicht bei Löschung von Aufnahmen).....	30
BGH:	Unzulässigkeit der Revision mangels Tenorbeschwer (Fall Mollath).....	31
BGH:	Wohnungseinbruchsdiebstahl (Eindringen durch Kellerräume).....	32
BVerfG:	Voraussetzungen einer Kollektivbeleidigung („ACAB“).....	33
OLG Düsseldorf:	Warnweste mit Aufschrift „Sharia Police“ (Verstoß gegen Uniformverbot).....	34
OVG Berlin-Bdg:	Prüfungsrecht des BP (Keine Pflicht zur Auskunftserteilung).....	35
BVerwG:	Rundfunkbeitragspflicht für Haushalte (Einordnung als nichtsteuerliche Abgabe).....	35

Zivilrecht

BGH:	Zulassung der Revision wegen Gehörsverstoß (Frist zur Stellungnahme im Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts).....	36
BVerfG:	Gewährung rechtlichen Gehörs (Notwendigkeit der Zustellung an bestellten Prozessbevollmächtigten).....	38

Strafrecht

BGH:	Beweisverwertungsverbot (Hypothetisch rechtmäßiger Beweiserlangung).....	41
OLG Celle:	Klageerzwingungsverfahren (Antragsberechtigung).....	44

Öffentliches Recht

BVerwG:	Wirksamkeit von Verkehrszeichen (Sichtbarkeitsgrundsatz).....	46
---------	--	----

Kurzauslese II

OLG Koblenz:	Sofortiges Anerkenntnis (Beweislastverteilung bei Streit über Anlass zur Klage).....	51
OLG Hamm:	Gerichtsstandsbestimmung (Mehrere Anträge gegen denselben Beklagten).....	51
OLG Hamm:	Ordnungshaft gegen juristische Person (Nennung des organschaftlichen Vertreters).....	52
BGH:	Zulässigkeit der Stufenklage (Verschaffung sonstiger Informationen).....	52
OLG Celle:	Adhäsionsverfahren (Kein Verschlechterungsverbot).....	53
AG Bonn:	Öffentlichkeitsfahndung (Erhebliche Straftat).....	53
BGH:	Geständnis des Angeklagten (Anforderungen an Beweismündigkeit).....	54
OVG Bautzen:	Adressat eines VA (Beitragsschuld einer GbR).....	54
OVG Magdeburg:	Widerspruch per E-Mail (Eröffnung des elektronischen Rechtsverkehrs).....	55
OVG Greifswald:	Zustellung statt Verkündung (Eintritt der Bindungswirkung).....	55

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

LG Stuttgart:	Hinweispflicht (Voraussichtlich entstehenden Anwaltskosten).....	56
BGH:	Fluggastentschädigung (Erstmalige Anforderung einer Ausgleichszahlung).....	56
VGH München:	Anfechtung einer Nebenbestimmung zur Baugenehmigung (Streitwert).....	56
BGH:	Mietminderung (Streitwert).....	56
OVG Berlin-Bbg:	Anspruch auf Prozesskostenhilfe (Bestehen einer Rechtsschutzversicherung).....	56

Aus der Praxis

BVerfG:	Äußerung eines Rechtsanwalts (Grenzen für Schmähkritik).....	57
BGH:	Rechtsmittelbefugnis (Gesetzlicher Vertreter).....	57
OLG Braunschweig:	Übersetzung des Urteils (Kein Anspruch trotz Sprachunkundigkeit).....	58
BGH:	Vertrauen auf Postlaufzeiten Poststreik (Poststreik).....	58
OLG Saarbrücken:	Zustellung an Verteidiger (Nachweis der rechtsgeschäftlichen Zustellungsvollmacht).....	58

Steuerrecht

VG Stuttgart:	Umsatzsteuerbefreiung (nicht für berufliche Fortbildungen und Seminare).....	59
BFH:	Vollständige Schenkungssteuerbefreiung (Erwerb einer Kunstsammlung).....	59
BFH:	Aufwand des Unternehmer-Ehegatten (Betriebsgebäude auf gemeinsamem Grundstück).....	59
EuGH:	Freier Kapitalverkehr (Schenkung einer im Inland gelegenen Immobilie).....	59

Weitere Schrifttumsnachweise:	60
--	----

Brandaktuell

GG

Anspruch auf Anbringung einer Parabolantenne Informationsfreiheit auch durch Internet gewährleistet

MietR

Art. 5 I

(AG Frankenthal in BeckRS 2016, 16199; Urteil vom 21.07.2016 – 3a C 183/16)

Fall: Der Mieter der Klägerin brachte ohne deren Zustimmung eine Parabolantenne an deren Hauswand an. Gegen das Verlangen auf Beseitigung verteidigte sich der Mieter damit, dass er Fernsehsender in seiner Heimatsprache empfangen wolle, welche über das von der Klägerin angebotene Satellitenfernsehen nicht zu empfangen seien und berief sich auf sein Grundrecht auf Informationsfreiheit. Hat die Klägerin einen Anspruch auf Beseitigung?

Die Klägerin könnte einen Anspruch auf Beseitigung der Parabolantenne gemäß §§ 535, 541 BGB haben. Dann müsste ein vertragswidriger Gebrauch vorliegen, den der Mieter trotz Abmahnung fortsetzt.

I. Vertragswidriger Gebrauch

„Die Aufstellung oder Anbringung einer Parabolantenne auf dem Balkon der gemieteten Wohnung ohne Zustimmung des Vermieters ist **vertragswidrig**, wenn sich die Parteien bei Mietvertragsschluss darauf geeinigt haben, dass dergleichen **jedenfalls ohne Genehmigung des Vermieters verboten** ist. Das Erfordernis einer vorherigen Zustimmung ergibt sich vorliegend aus § 8 II (e) des Mietvertrages vom 11.06.1994, der von beiden Mietvertragsparteien auch taggleich gesondert unterschrieben wurde. Eine solche **Genehmigung** oder Zustimmung wurde der Beklagten als Mieterin vorliegend seitens der Vermieterin **nicht erteilt**, so dass sich hieraus eindeutig die **Vertragswidrigkeit des Handelns** der Mieterin ergibt mit der Folge eines entsprechenden Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs (z. B. BGH v. 16.11.05 - VII ZR 5/05).“ (AG Frankenthal aaO.)

II. Anspruch auf Zustimmung aus § 242 BGB

Ein Unterlassungsanspruch kann sich hieraus jedoch nur dann ergeben, wenn der Vermieter aufgrund einer aus § 242 BGB herzuleitenden Nebenpflicht aus dem Mietvertrag nicht verpflichtet ist, die Anbringung einer Parabolantenne durch den Mieter zu dulden.

„Der Vermieter, der die Beseitigung einer vom Mieter angebrachten Parabolantenne verlangt, kann sich nach Treu und Glauben **nicht auf das bloße Fehlen seiner Zustimmung** berufen, wenn er diese **hätte erteilen müssen** (z. B. BGH NZM 2006, 98).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist dem **Grundrecht des Mieters** aus Art. 5 GG, sich **aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten**, auch in zivilrechtlichen Streitigkeiten über die Anbringung von Satellitenempfangsanlagen an Mietwohnungen Rechnung zu tragen, wobei zu berücksichtigen ist, dass das - **gleichrangige** - **Grundrecht des Vermieters als Eigentümer aus Art. 14 GG** berührt ist, wenn von ihm verlangt wird, eine Empfangsanlage an seinem Eigentum zu dulden. Die Fernwirkung von Grundrechten in die Beziehungen von Vertragsparteien bedeutet daher notwendigerweise eine **einzelfallbezogene Abwägung** der von dem eingeschränkten Grundrecht und dem grundrechtsbeschränkenden Gesetz geschützten Interessen, die im Rahmen der auslegungsfähigen Tatbestandsmerkmale der §§ 535, 242 BGB zu erfolgen hat, wobei stets die konkreten Umstände des Einzelfalles entscheidend sind und sich jede schematische Lösung verbietet (BGH NZM 2006, 98).

Nach obergerichtlicher Rechtsprechung ist anerkannt, dass in einem Mietverhältnis dem durch Art. 5 GG grundrechtlich geschützten Informationsbedürfnis des Mieters grundsätzlich hinreichend Rechnung getragen wird, wenn der Vermieter beispielsweise einen **Breitbandkabelanschluss** bereitstellt. Dies gilt **prinzipiell auch gegenüber ausländischen Mietern**, wenn über den Kabelanschluss ein ausreichender Zugang zu Programmen in ihrer Sprache und aus ihrem Heimatland besteht (BGH aaO.). Nichts anderes hat auch zu gelten, wenn der Mieter ohne nennenswerte Schwierigkeiten die von ihm gewünschten **Heimatsender über das Internet empfangen** kann. Ob hierdurch dem Mieter **Zusatzkosten** entstehen, ist grundsätzlich unbeachtlich.“ (AG Frankenthal aaO.)

III. Anwendung auf den Fall

„Die Möglichkeiten **via Internet fern zu sehen** sind regelmäßig **ohne größeren Aufwand** gegeben und erfordern bei technischer Unversiertheit kaum mehr Unterstützung durch Dritte als bei technischer Unversiertheit auch die Inanspruchnahme via Parabolantenne erfordert. Fernsehen via Internet ist nicht nur via PC **sondern mit TV-Geräten neuer Generation auch über WLAN direkt mit dem Fernseher** möglich. Das Verbot einer optisch das gesamte Mietshaus verunstaltenden Parabolantenne verhindert nicht das Recht des Mieters auf heimatsprachige Informationen, sondern verweist ihn nur auf einen anderen Zugang zu diesem Recht. Dementsprechend hat ein Vermieter auch das Recht, Mieter auf andere Empfangsmöglichkeiten zu verweisen, die sein Eigentumsrecht weniger beeinträchtigen. Schließlich ist **nicht ersichtlich**, dass diese Empfangsmöglichkeit für die Beklagte **unzumutbar** wäre.“ (AG Frankenthal aaO.)

Es besteht ein Beseitigungsanspruch der Klägerin.

Entscheidungen materielles Recht

BGB

Pflichtmitgliedschaft in Werbegemeinschaft

ZivilR

§§ 305 c, 306 a, 307

Formularmäßige Verpflichtung in AGB

(BGH in NJW 2016, 2489; Urteil vom 13.04.2016 – XII ZR 146/14)

1. Die formularmäßige Verpflichtung des Mieters in einem Einkaufszentrum, einer bestehenden Werbegemeinschaft in Form eines eingetragenen Vereins beizutreten, verstößt weder gegen § 305 c I noch gegen § 307 I 1 BGB.
2. Ist in der Vereinssatzung der Werbegemeinschaft die Höhe der monatlich vom Mieter zu zahlenden Beiträge konkret beziffert, bedarf es im Hinblick auf das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB im Mietvertrag und in der Satzung keiner weiteren Festsetzung einer Höchstgrenze der Beiträge.

Fall: Der Kl. ist ein Verein, dessen Zweck die Bewerbung und Förderung eines Einkaufszentrums ist, in dem der Bekl. seit März 2003 eine Ladenfläche von 126 m² zum Betrieb einer Apotheke gemietet hat. Im Formularmietvertrag (MV) heißt es:

§ 20. 2. Die Mieterin verpflichtet sich, der vorgenannten Werbegemeinschaft beizutreten und die Mitgliedschaft während des Bestands des Mietverhältnisses ununterbrochen beizubehalten (Anlage 2). Die Mieterin erkennt die Satzung der Werbegemeinschaft als Bestandteil des vorliegenden Mietvertrags an. Beschlüsse des Werbevorstands und der Vollversammlung der Werbegemeinschaft sind für alle Mieter verbindlich.

Dem Mietvertrag ist als Anlage 1 die Satzung des Kl. beigefügt. § 6.1 der Satzung sieht einen nach Größe der Mietfläche gestaffelten Mitgliedsbeitrag vor, der „von 101–300 m² Mietfläche 77 € pro Monat“ beträgt. In § 5.4 S. 1 der Satzung ist bestimmt, dass ein Mieter mit der Beendigung seines Mietvertrags aus dem Verein ausscheidet. Nach § 5.4 S. 2 der Satzung kann ein Mitglied mit Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Jahren aus dem Verein ausscheiden. Als Anlage 2 ist dem Mietvertrag die Beitrittserklärung des Bekl. beigefügt, die dieser zeitgleich mit dem Mietvertrag unterzeichnet hat. In der Mitgliederversammlung vom 29.04.2009 beschloss der Kl. bei Anwesenheit aller Mitglieder einstimmig, § 6.1 der Satzung dahingehend zu ändern, dass der Mitgliedsbeitrag nunmehr „von 101–300 m² Mietfläche 105 € pro Monat“ beträgt. Außerdem wies der Kl. seine Mitglieder darauf hin, dass der Verein seit Januar 2009 umsatzsteuerpflichtig sei und daher zu den in der Satzung festgelegten Beiträgen noch 19 % Mehrwertsteuer hinzukomme. Der Bekl. zahlte den Mitgliedsbeitrag einschließlich Mehrwertsteuer bis Juni 2012. Mit Schreiben vom 28.03.2013 kündigte er seine Mitgliedschaft zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Der Kl. hat die Mitgliedsbeiträge für Juli 2012 und Oktober 2012 bis August 2013 geltend gemacht. Zu Recht?

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Zahlung der Mitgliedsbeiträge aus § 6.1. der Vereinssatzung haben. Ein Verein hat einen Anspruch auf Zahlung von Beiträgen nur gegen seine Mitglieder.

I. Beitritt des Bekl.

Durch die Unterzeichnung der Beitrittserklärung ist der Bekl. dem Kl. beigetreten.

II. Unwirksamkeit des Beitritts als Umgehungsgeschäft

Fraglich ist jedoch, ob dieser Beitritt wirksam ist. Die Verpflichtung zum Beitritt ergibt sich aus dem Formularmietvertrag, auch wenn der Beitritt selbst gesondert erfolgt ist. Insofern könnte es sich um Umgehungsgeschäft handeln, welches dann nach § 306 a BGB unwirksam wäre.

Nach § 306a BGB gelten die Vorschriften über die Wirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB auch dann, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

1. Begriff des Umgehungsgeschäfts

*„Ein Umgehungsgeschäft i.S.d. § 306 a BGB liegt vor, wenn **eine als AGB unwirksame Regelung bei gleicher Interessenlage durch eine andere rechtliche Gestaltung erreicht** werden soll, die nur den Sinn haben kann, dem gesetzlichen Verbot zu entgehen (vgl. BGHZ 162, 294 = NJW 2005, 1645 [1646]; BGHZ 179, 319 = NJW 2009, 1337 Rn. 20). Dies kann insbesondere dann anzunehmen sein, wenn der Verwender **missbräuchlich eine Rechtsbeziehung in der Form des Gesellschafts- oder Vereinsrechts gestaltet**, um durch die in § 310 IV BGB geregelten Bereichsausnahmen einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle zu entgehen (vgl. MüKo-BGB/Basedow, 7. Aufl., § 306 a Rn. 3). Liegt ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot*

des § 306 a BGB vor, eröffnet die Vorschrift die **Anwendbarkeit der für die Wirksamkeitskontrolle von AGB maßgeblichen Vorschriften** (vgl. BGHZ 162, 294 = NJW 2005, 1645 [1647]; BGH, NJW 2009, 1199 = NZM 2009, 325 Rn. 20). Führt die dann vorzunehmende Inhaltskontrolle der außerhalb von AGB getroffenen Regelung allerdings zu dem Ergebnis, dass diese den Geschäftspartner des Verwenders **nicht gem. § 307 BGB unangemessen benachteiligt**, liegt auch kein Verstoß gegen das Umgehungsverbot vor, der zur Unwirksamkeit der Regelung führt (H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., § 306 a Rn. 7).“ (BGH aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Beitrittserklärung des Bekl. nach diesen Grundsätzen ein Umgehungsgeschäft i.S.v. § 306 a BGB darstellt. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die entsprechende Regelung in § 20 Nr. 2 MV einer AGB-rechtlichen Kontrolle nicht standhält.

a) Unwirksamkeit wegen des Vorliegens einer überraschenden Klausel

Die formularvertraglichen Verpflichtung eines Mieters in einem Einkaufszentrum, einer Werbegemeinschaft beizutreten, die von allen Mietern und vom Betreiber des Einkaufszentrums gebildet wird, könnte als **überraschende Klausel nach § 305c I BGB** unwirksam sein.

„Der Senat hat bereits entschieden, dass es sich bei der formularvertraglichen Verpflichtung eines Mieters in einem Einkaufszentrum, einer Werbegemeinschaft beizutreten, die von allen Mietern und vom Betreiber des Einkaufszentrums gebildet wird, **nicht um eine überraschende Klausel i.S.v. § 305 c I BGB handelt** (vgl. Senat, NJW 2006, 3057 = NZM 2006, 775 Rn. 10 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

b) Unwirksamkeit nach § 307 I 1 BGB

Die Klausel wäre aber nach § 307 I 1 BGB unwirksam, wenn sie den Kl. nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

„Eine Klausel ist unangemessen i.S.v. § 307 I 1 BGB, wenn der Verwender die Vertragsgestaltung einseitig für sich in Anspruch nimmt und **eigene Interessen missbräuchlich auf Kosten des Vertragspartners** durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (Senat, NJW 2015, 928 = NZM 2015, 209 Rn. 12 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Fraglich ist, ob dies hier der Fall ist.

aa) Werbung auch im Interesse des Mieters

„Die vertragliche **Verpflichtung des Mieters, einer Werbegemeinschaft beizutreten**, dient zwar auch dem Interesse des Vermieters, durch gemeinsame Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen aller Mieter die Attraktivität des Einkaufszentrums zu erhöhen. Dieses Interesse könnte der Vermieter aber auch auf andere Weise realisieren, etwa indem er **selbst die gemeinsame Werbung für das Einkaufszentrum übernimmt** und durch die hierfür erforderlichen Kosten auf der Grundlage einer entsprechenden **vertraglichen Regelung als Betriebskosten auf die einzelnen Mieter umlegt** (vgl. OLG Hamburg, ZMR 2004, 509 [510] = BeckRS 2004, 06389). An den Kosten für Werbemaßnahmen wäre der Mieter auch bei dieser Gestaltungsform beteiligt. Durch die **Pflichtmitgliedschaft in der Werbegemeinschaft** erhält er hingegen zusätzlich Mitwirkungs- und Kontrollrechte, die ihm bei einem reinen Umlageverfahren nicht zustünden. Außerdem genießen die jeweils getroffenen Werbemaßnahmen, wenn sie von der aus allen Mietern bestehenden Gemeinschaft getragen werden, eine höhere Akzeptanz bei den Mietern, als wenn sie der Vermieter allein träge. Dies wiederum kann zu einem besseren Einvernehmen zwischen den Mietern des Einkaufszentrums und damit zu dessen Erfolg beitragen (vgl. Senat, NJW 2006, 3057 = NZM 2006, 775).“ (BGH aaO.)

bb) Keine Verletzung der negativen Vereinigungsfreiheit

Allerdings könnte der Bekl. durch die Pflicht zum Beitritt zur Werbegemeinschaft in seinem Grundrecht auf negative Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 I GG, also der Freiheit, einer Vereinigung nach eigenem Willen auch fernzubleiben, verletzt sein.

„Dieses Grundrecht, das **wegen seiner mittelbaren Drittwirkung bei der Auslegung des § 307 BGB mit zu beachten** ist, schützt nicht nur den Beitritt zu einer Vereinigung, sondern auch das Recht, einer privatrechtlichen Vereinigung von vornherein fernzubleiben oder aus ihr auszutreten (sog. negative Vereinigungsfreiheit; vgl. BGHZ 130, 243 [254] = NJW 1995, 2981 [2983]; BVerfG, NJW 2001, 2617 m.w.N.). Die (negative) Vereinigungsfreiheit ist jedoch nicht schrankenlos geschützt. Die **Einschränkung der Entscheidungsfreiheit** – auch in Form einer AGB – ist im vorliegenden Fall jedenfalls **durch sachliche Gründe gerechtfertigt**. Der Bekl. ist aus eigenem

Entschluss Mieter in einem Einkaufszentrum geworden, in dem eine weitgehend übliche und für effektiv gehaltene Werbegemeinschaft aller Mieter besteht. Eine unangemessene Benachteiligung des Bekl. ergibt sich daraus nicht (vgl. Senat, NJW 2006, 3057 = NZM 2006, 775).“ (BGH aaO.)

Durch die Pflichtmitgliedschaft in einer Werbegemeinschaft wird der Mieter von Gewerbeflächen in einem Einkaufszentrum auch nicht im Hinblick auf die durch Art. 9 I GG geschützte Vereinigungsfreiheit unangemessen benachteiligt.

cc) Kein unkalkulierbares Haftungsrisiko

„Soweit der Senat eine unangemessene Benachteiligung des Mieters in einer Vertragsklausel gesehen hat, nach der eine **Werbegemeinschaft** für ein Einkaufszentrum auch **in der Rechtsform einer GbR** gegründet werden konnte, liegen die Dinge im vorliegenden Fall anders. Ist die Werbegemeinschaft als GbR organisiert, wäre der Mieter als Gesellschafter weitgehenden **Haftungsrisiken ausgesetzt**, insbesondere würde er auch persönlich für Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft haften (vgl. Senat, NJW 2006, 3057 = NZM 2006, 775 [3058] m.w.N.). Im vorliegenden Fall ist die Werbegemeinschaft jedoch als eingetragener Verein organisiert, bei dem die Vereinsmitglieder für Verbindlichkeiten des Vereins **grundsätzlich nicht persönlich haften**. Eine Durchgriffshaftung einzelner Mitglieder besteht selbst dann nicht, wenn ein eingetragener Idealverein sich wirtschaftlich betätigt und dabei das Neben Zweckprivileg überschreitet (BGHZ 175, 12 = NZG 2008, 670 Rn. 14; BGH, NJW 1979, 2304 [2306]). Ein unkalkulierbares wirtschaftliches Risiko für den Mieter, welches zu einer unangemessenen Benachteiligung i.S.v. § 307 I BGB führt, besteht bei einer in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins gebildeten Werbegemeinschaft folglich nicht.“ (BGH aaO.)

Durch die formularvertraglich begründete Pflicht, dem Kl. als einer in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins organisierten Werbegemeinschaft beizutreten, wird der Bekl. daher insgesamt nicht i.S.v. § 307 I 1 BGB unangemessen benachteiligt.

c) Unwirksamkeit wegen Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 307 I 2 BGB

Die in § 20 Nr. 2 MV enthaltene Verpflichtung, der Werbegemeinschaft beizutreten, könnte gegen das Transparenzgebot (§ 307 I 2 BGB) verstoßen.

„Zwar hat der Senat mit Urteil vom 12.07.2006 (NJW 2006, 3057 = NZM 2006, 775) entschieden, dass in einem Formularmietvertrag die **Höhe der Beiträge**, die der Mieter in einem Einkaufszentrum an eine Werbegemeinschaft zu leisten hat, wegen der nach § 307 I 2 BGB erforderlichen Transparenz **bestimmbar sein muss**, zum Beispiel durch die Angabe eines bestimmten Prozentsatzes der Miete oder durch eine festgesetzte Höchstgrenze, damit der Mieter die auf ihn zukommenden Kosten kalkulieren kann.

Zwar enthält § 20 Nr. 2 MV keine Regelung zur Höhe der an die Werbegemeinschaft zu leistenden Beiträge. Jedoch sind in § 6.1 der Satzung des Kl. die **monatlichen Beiträge, nach der Größe der Mietfläche gestaffelt, genau beziffert**. Die Satzung des Kl. wurde von den Vertragsparteien zum Bestandteil des Mietvertrags gemacht und als Anlage 1 dem Vertrag beigelegt. Der Bekl. konnte sich daher vor Abschluss des Mietvertrags ein **genaues Bild über die wirtschaftliche Belastung** durch die Mitgliedschaft in der Werbegemeinschaft machen. Im Hinblick auf das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB bedurfte es daher weder im Mietvertrag noch in der Satzung des Kl. einer weiteren Festsetzung einer Höchstgrenze der Beiträge.

Der Bekl. konnte bei Abschluss des Mietvertrags **zwar nicht unmittelbar aus dem Mietvertrag** und der Satzung erkennen, ob und in welcher Höhe zukünftige Beitragsänderungen zu erwarten sind. Dies allein führt jedoch **nicht zur Intransparenz** der mietvertraglichen Klausel. Das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB verlangt nicht, dass die auf den Mieter **umgelegten Kosten** schon bei Abschluss des Mietvertrags **für die gesamte Dauer des Mietverhältnisses unabänderlich** aus der Klausel erkennbar sein müssen. Eine Vereinbarung, mit der weitere Kosten neben der Miete auf den Mieter übertragen werden sollen, genügt schon dem Transparenzgebot, wenn sich der Mieter bei Vertragsschluss zumindest ein grobes Bild davon machen kann, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen (Senat, NJW-RR 2006, 84 [85] = NZM 2005, 863). Dem wird die Regelung in § 20 Nr. 2 MV i.V.m. § 6.1 der Satzung des Kl. gerecht.“ (BGH aaO.)

Der Beitritt ist daher insgesamt nicht als Umgehungsgeschäft nach § 306a BGB unwirksam.

III. Kündigung der Mitgliedschaft

Der Beklagte könnte seine Mitgliedschaft aber vor dem streitgegenständlichen Zeitraum am 28.03.2013 wirksam gekündigt haben.

„Nach § 5.4 der Satzung des Kl. in der geänderten Fassung vom 29.04.2009 beträgt die **ordentliche Frist** für die Kündigung der Mitgliedschaft **zwei Jahre**. Zutreffend ist das BerGer. davon ausgegangen, dass gegen die **Dauer dieser Frist keine rechtlichen Bedenken** bestehen, weil nach § 39 II BGB in der Vereinssatzung eine Kündigungsfrist von bis zu zwei Jahren bestimmt werden kann. Daher wurde durch die Kündigung des Bekl. seine Mitgliedschaft beim Kl. jedenfalls nicht während des hier streitgegenständlichen Zeitraums bis August 2013 beendet.“ (BGH aaO.)

Die Verpflichtung des Bekl., die Mitgliedsbeiträge für den mit der Klage geltend gemachten Zeitraum zu entrichten, ist nicht durch die von ihm am 28.03.2013 erklärte Kündigung „zum nächstmöglichen Zeitraum“ entfallen.

IV. Verpflichtung zur Entrichtung der Umsatzsteuer

„Grundsätzlich ist die **Satzung** eines eingetragenen Vereins einer **ergänzenden Auslegung** zugänglich, soweit sie Lücken aufweist, die durch das dispositive Recht nicht geschlossen werden können (Staudinger/Weick, BGB, Neubearb. 2005, § 25 Rn. 16; vgl. BGH, NJW-RR 1990, 226 [227] zur Satzung einer GmbH). Aufgrund ihres **körperschaftlichen Charakters** muss die entscheidungserhebliche Satzungsbestimmung objektiv, das heißt aus sich heraus einheitlich und gleichmäßig unter Berücksichtigung von Zusammenhang und erkennbarem Zweck ausgelegt werden (BGH, NJW 1997, 3368 [3369] m.w.N.). Die Auslegung von Satzungsbestimmungen, die, wie die Beitragspflicht, körperschaftlichen Charakter haben, kann vom RevGer. selbst vorgenommen werden (vgl. BGH, NJW-RR 1990, 99). Entgegen der Auffassung der Revision ist der Bekl. auch verpflichtet, die auf den Mitgliedsbeitrag anfallende Umsatzsteuer zu zahlen.“ (BGH aaO.)

**Verlangen nach „Schneller Behebung“
Wirksame Fristsetzung zur Nacherfüllung**

(BGH in MDR 2016, 1075; Urteil vom 13.07.2016 – VIII ZR 49/15)

1. Bei der Beurteilung, ob eine vom Käufer **zur Nacherfüllung bestimmte Frist angemessen** ist, ist - in den Grenzen des § 475 I BGB - in erster Linie eine Vereinbarung der Parteien maßgeblich. Dabei darf der Käufer eine **vom Verkäufer selbst angegebene Frist als angemessen** ansehen, auch wenn sie objektiv zu kurz ist.
2. Für eine Fristsetzung zur Nacherfüllung gemäß § 323 I, § 281 I BGB genügt es, wenn der Gläubiger durch das **Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung** oder durch vergleichbare Formulierungen - hier ein Verlangen nach schneller Behebung gerügter Mängel - deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht. Der **Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins bedarf es nicht**.
3. Ergibt sich dabei aus den Gesamtumständen, dass ein **ernsthaftes Nacherfüllungsverlangen** vorliegt, schadet es nicht, dass dieses in **höfliche Form einer "Bitte"** gekleidet ist.
4. Für die Beurteilung, ob die **Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar** ist, sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, insbesondere die Zuverlässigkeit des Verkäufers oder der Umstand, dass der Verkäufer bereits bei dem ersten Erfüllungsversuch, also bei Übergabe, einen erheblichen **Mangel an fachlicher Kompetenz** hat erkennen lassen und das **Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig gestört** ist.

Fall: Die Klägerin verlangt von der Beklagten, die ein Küchenstudio betreibt, Rückzahlung des Kaufpreises für eine Einbauküche und Schadensersatz.

Die Klägerin erwarb für ihren Haushalt mit Vertrag vom 26.09.2008 von der Beklagten eine Einbauküche zum Gesamtpreis von 82.913,24 € brutto. Nachdem die Klägerin 74.713 € entrichtet hatte, baute die Beklagte die Küche in der Zeit vom 16.01. bis zum 19.01.2009 ein.

Der Ehemann der Klägerin beanstandete in einem Gespräch mit dem Inhaber der Beklagten am 29.01.2009 oder 02.02.2009, die Einbauküche sei in mehrerer Hinsicht mangelhaft. Die Klägerin behauptet, ihr Ehemann habe "unverzügliche" Beseitigung der gerügten Mängel verlangt.

Mit einer E-Mail vom 16.02.2009, die zur Vorbereitung auf ein wenige Tage später vorgesehenes Gespräch mit dem Inhaber der Beklagten diene, bezeichnete die Klägerin zahlreiche Mängel der Einbauküche, die sich im Gebrauch zusätzlich bemerkbar gemacht hätten, und äußerte die Bitte um "Schnelle Behebung."

Mit Schreiben vom 11.03.2009 listete die Klägerin alle ihr bekannten Mängel auf und verlangte, diese bis zum 27.03.2009 zu beheben. Die Klägerin behauptet, der Inhaber der Beklagten habe in einem Telefonat vom 16.03.2009 zugesagt, die Küche werde bis zum 23.03.2009 "fix und fertig" gestellt.

In einer Besprechung vom 24.03.2009 erklärte der Inhaber der Beklagten seine Bereitschaft zur Mängelbeseitigung bis zum 20.04.2009. Mit anwaltlichem E-Mail-Schreiben vom 24.03.2009 lehnte die Klägerin eine Verlängerung der von ihr bis zum 27.03.2009 gesetzten Frist ab; weiteres Zuwarten komme wegen erschöpften Vertrauens nicht in Betracht. Mit Anwaltsschreiben vom 31.03.2009 erklärte sie den Rücktritt vom Vertrag.

In einem von der Klägerin eingeleiteten selbstständigen Beweisverfahren (34 OH 7813/08 - AG München) kam der beauftragte Sachverständige in seinem Gutachten vom 28.07.2009 zu dem Befund, die wichtigsten Bereiche der Küche funktionierten nicht oder nur bedingt; eine befriedigende Lösung könne nur durch deren Abbruch und Einbau einer neuen Küche gefunden werden. Nachdem die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 05.09.2009 vergeblich zum Ausbau der Küche aufgefordert hatte, nahm die Klägerin diesen im September 2012 selbst vor und ließ die Küche anschließend einlagern.

Die Klägerin verlangt Rückzahlung des Kaufpreises in dem von ihr entrichteten Umfang (74.713 €), Feststellung des Annahmeverzuges sowie Kostenerstattung für den Ausbau und die Einlagerung der Küche (2.338,45 € und weitere 2.880 €) und für ein anlässlich des Ausbaus der Küche eingeholtes Privatgutachten vom 08.10.2012 (9.841,28 €), jeweils nebst Zinsen; ferner verlangt sie Freistellung von weiteren Kosten, die aus Anlass der Kücheneinrichtung entstanden seien (3.930,44 €). Zu Recht?

Die Klägerin könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises wegen einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung (§ 651 Satz 1, § 437 Nr. 2, § 434 I, § 323 I Alt. 2, § 346 I, § 348 BGB) und einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen einer nicht wie geschuldet erbrachten Leistung (§ 651 Satz 1, § 437 Nr. 3, § 434 I, § 280 I, III, § 281 I 1 Alt. 2 BGB) haben.

I. Anwendung von Kaufrecht

Auf die Vereinbarung der Parteien über die Lieferung der Einbauküche finden nach § 651 S. 1 BGB die Vorschriften über den Kauf Anwendung.

„Nach der nicht angegriffenen Würdigung des Berufungsgerichts sind die **vereinbarten Montageleistungen**, auf die unstreitig ein Anteil am Gesamtkaufpreis in Höhe von 3.860 € netto entfällt, von **untergeordneter Bedeutung** und bilden **nicht den Schwerpunkt des Vertrages** (vgl. Senatsurteil vom 03.03.2004 - VIII ZR 76/03, NJW-RR 2004, 850 unter II 1; Senatsbeschluss vom 16.04.2013 - VIII ZR 375/11, juris Rn. 6 ff. m.w.N.; siehe auch BGH, Urteil vom 07.03.2013 - VII ZR 162/12, NJW 2013, 1431 Rn. 18).“ (BGH aaO.)

II. Mangelhaftigkeit der Kaufsache

Nach dem im selbständigen Beweisverfahren eingeholten weist die von der Beklagten gelieferte und montierte Einbauküche behebbare Sachmängel im Sinne des § 434 I BGB auf.

III. Wirksamer Rücktritt vom Kaufvertrag

Nach § 437 Nr. 2 BGB kann der Käufer bei Vorliegen eines Sachmangels nach § 323 I BGB zurücktreten und nach § 437 Nr. 3 BGB Schadensersatz gem. § 281 I BGB geltend machen.

1. Setzen einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung

Für beide Ansprüche ist aber grundsätzliche eine Aufforderung zur Nacherfüllung unter Setzen einer angemessenen Frist erforderlich.

a) Begriff der angemessenen Frist

„Nach der Rechtsprechung des Senats genügt es im Hinblick auf den Wortlaut der § 323 I, § 281 I BGB sowie den Sinn und Zweck der Fristsetzung zur Nacherfüllung, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder durch vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung **nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung** steht. Der Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins bedarf es nicht (Senatsurteil vom 12.08.2009 - VIII ZR 254/08, NJW 2009, 3153 Rn. 10 f. [zu § 281 BGB]). Dies hat der Senat nach Erlass des Berufungsurteils bestätigt (Urteil vom 18.03.2015 - VIII ZR 176/14, NJW 2015, 2564 Rn. 11 [zu § 323 BGB]).“ (BGH aaO.)

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob unter Anwendung dieser Grundsätze eine Bitte um „Schnelle Behebung“ ausreichend ist.

„Die Klägerin hat **auf fünf Seiten zahlreiche näher konkretisierte Mängel** der Einbauküche bezeichnet und sodann erklärt: "Ich bitte - sicherlich verständlich - schon jetzt um eine **schnelle Behebung der Mängel**, damit ich die Küche in ihrer geplanten einwandfreien Funktionsweise auch vollständig in Betrieb nehmen kann." Ein solches, auf "Schnelle Behebung" gerichtetes Nachbesserungsverlangen ist einer **Aufforderung, innerhalb "angemessener Frist", "unverzüglich" oder "umgehend" Abhilfe zu schaffen, vergleichbar**, denn auch dadurch wird dem Verkäufer eine zeitliche Grenze gesetzt, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar ist, und ihm vor Augen geführt, dass er die Nachbesserung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken darf (siehe Senatsurteil vom 12.08.2009 - VIII ZR 254/08, aaO.).“ (BGH aaO.)

aa) Keine Zweifel an Ernsthaftigkeit des Nacherfüllungsverlangens

Trotz der gewählten Formulierung „bitte“ handelt es sich auch nicht um ein unverbindliches Begehren.

„Zwar darf der Gläubiger die **Ernsthaftigkeit seines Nacherfüllungsverlangens** nicht durch Relativierungen wie die Äußerung eines bloßen Wunsches oder einer höflichen Bitte in Zweifel ziehen (Staudinger/Schwarze, Neubearb. 2015, § 323 Rn. B 53; Soergel/Gsell, BGB, 13. Aufl., § 323 Rn. 72; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 281 Rn. 9). Ein solches Verhalten kann **in entsprechend gelagerten Ausnahmefällen** dazu führen, dass der Schuldner keine Veranlassung hat, mit Rechtsfolgen, wie einem Rücktritt oder Schadensersatzforderungen, zu rechnen (BT-Drucks. 14/6040, S. 185; siehe auch BT-Drucks. 14/7052, S. 185).

Der E-Mail vom 16.02.2009 war bereits am 29.01./02.02.2009 eine **(mündliche) Nachbesserungsaufforderung vorausgegangen**, deren Ernsthaftigkeit von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen werden konnte. Zudem unterstreicht es die Ernsthaftigkeit des Inhalts der E-Mail vom 16.02.2009, dass sie als **Gesprächsunterlage für eine wenige Tage später - am 19.02.2009 - vorgesehene Unterredung der Parteien** dienen sollte. Die Beklagte durfte deshalb nicht annehmen, der fruchtlose Ablauf einer angemessenen Frist bliebe folgenlos.“ (BGH aaO.)

bb) Verstreichenlassen eines angemessenen Zeitraums

Nach dem Zugang der E-Mail vom 16.02.2009 sind bis zum Rücktritt vom 31.03.2009 sechs Wochen verstrichen. Hierbei handelt es sich um eine angemessene Frist zur Nachbesserung.

*„Es ist unschädlich, dass die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 11.03.2009 eine Frist bis zum 27.03.2009 gesetzt hat. Zwar endete diese Frist - bezogen auf ihren Beginn mit Zugang der E-Mail vom 16.02.2009 - vor Ablauf von sechs Wochen. Eine am 11.03.2009 erklärte Verkürzung der ab dem 16.02.2009 laufenden Sechs-Wochen-Frist berührt die Wirksamkeit der Fristsetzung jedoch nicht, weil die Klägerin den Rücktritt am 31.03.2009 jedenfalls erst nach Ablauf der (angemessenen) **Sechs-Wochen-Frist erklärt** hat. Das entspricht der Rechtsprechung, wonach eine zu kurz gesetzte Frist zur Nacherfüllung den Lauf einer angemessenen Frist nicht hindert (vgl. Senatsurteil vom 12.08.2009 - VIII ZR 254/08, aaO. Rn. 11; siehe bereits BGH, Urteil vom 21.06.1985 - V ZR 134/84, NJW 1985, 2640 unter II 1 a [zu § 326 BGB a.F.]).*

*Unabhängig davon sind bereits die der E-Mail vom 16.02.2009 vorausgegangenen, **der Klägerin zuzurechnenden (mündlichen) Mängelrügen ihres Ehemannes** vom 29.01. beziehungsweise 02.02.2009 - jedenfalls im Hinblick bei dieser Gelegenheit zur Nachbesserung gestellten Mängel (vgl. Senatsurteil vom 29.06.2011 - VIII ZR 202/10, NJW 2011, 2872 Rn. 17 m.w.N.) - Grundlage eines tauglichen Nachbesserungsverlangens. Wie die Revision zu Recht rügt, hat das Berufungsgericht auch bei der Beurteilung dieses Nachbesserungsverlangens die Grundsätze der Senatsrechtsprechung verkannt, denn die Klägerin hat im Hinblick auf dieses Nachbesserungsverlangen behauptet und durch das Zeugnis ihres Ehemannes unter Beweis gestellt, dass er **"unverzögerliche"** beziehungsweise **"sofortige" Abhilfe** verlangt habe.“ (BGH aaO.)*

cc) Nachbesserungsaufforderung vom 11.03.2009

Die Klägerin hat dieses Nachbesserungsverlangen mit der Setzung einer Frist bis zum 27.03.2009 verbunden.

*„Zwar ist diese Frist **nach objektivem Maßstab** - in Anbetracht der vom Berufungsgericht insoweit rechtsfehlerfrei als angemessen beurteilten Frist zur Nachbesserung von sechs Wochen - **zu kurz**. Nach der im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden und unter Beweis gestellten Behauptung der Klägerin, habe der Inhaber der Beklagten jedoch in einem Telefonat am 16.03.2009 zugesagt, die **Einbauküche werde bis zum 23.03.2009 "fix und fertig"** gestellt.*

*Dem hat das Berufungsgericht, wie die Revision zutreffend rügt, zu Unrecht keine Bedeutung zugemessen. Für die Beurteilung der Angemessenheit der Frist zur Nachbesserung ist - in den Grenzen des § 475 I BGB - **in erster Linie eine Vereinbarung der Parteien maßgeblich** (vgl. BGH, Urteil vom 06.02.1954 - II ZR 176/53, BGHZ 12, 267, 269 f.). Dabei darf der Gläubiger eine **vom Schuldner selbst vorgeschlagene Frist als angemessen ansehen**, auch wenn sie objektiv zu kurz ist (BGH, Urteil vom 18.01.1973 - VII ZR 183/70, WM 1973, 1020 unter II 2 a; MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl., § 323 Rn. 71; Staudinger/Schwarze, aaO., § 323 Rn. B 65).“ (BGH aaO.)*

Nach alledem hat die Klägerin der Beklagten eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt.

2. Entbehrlich einer Fristsetzung

Allerdings könnte hier auch ein Fall vorliegen, in dem der Rücktritt nach § 440 S. 1 BGB ohne vorherige Fristsetzung zum Rücktritt möglich war, weil der Klägerin die ihr zustehende Art der Nacherfüllung unzumutbar war (§ 440 Satz 1 Alt. 3 BGB).

a) Entbehrlichkeit bei Mangel an Fachkompetenz und Störung des Vertrauensverhältnisses

*„Für die Beurteilung, ob die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist, sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, insbesondere die **Zuverlässigkeit des Verkäufers** (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 233 f.) oder der Umstand, dass der Verkäufer bereits bei dem ersten Erfüllungsversuch, also bei Übergabe, einen **erheblichen Mangel an fachlicher Kompetenz** hat erkennen lassen und das **Vertrauensverhältnis** zwischen den Parteien **nachhaltig gestört** ist (Senatsurteil vom 15.04.2015 - VIII ZR 80/14, NJW 2015, 1669 Rn. 22 m.w.N.).“ (BGH aaO.)*

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob nach diesen Maßstäben im vorliegenden Fall nicht die Fristsetzung zur Nacherfüllung ohnehin unzumutbar gewesen wäre.

*„Das Berufungsgericht hat nicht beachtet, dass die vorgenannten Voraussetzungen nach dem Vortrag der Klägerin - das Vorliegen der behaupteten Sachmängel unterstellt - zu bejahen sind. Zwar unterliegt die Beurteilung, ob die Nacherfüllung dem Käufer **aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles***

im Sinne von § 440 S. 1 Alt. 3 BGB unzumutbar ist, der wertenden Betrachtung durch den Tatrichter und ist für das Revisionsgericht **nur eingeschränkt überprüfbar** (Senatsurteile vom 23.01.2013 - VIII ZR 140/12, NJW 2013, 1523 Rn. 24; vom 09.01.2008 - VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371 Rn. 15). Das Berufungsgericht hat jedoch auch insoweit den Tatsachenvortrag der Klägerin unzureichend gewürdigt. Es hat außer Acht gelassen, dass die Klägerin eine **ungewöhnliche Häufung grober Montagefehler** der Beklagten beim Einbau der Küche beanstandet hat.

Darauf weist die Revision - insbesondere unter Bezugnahme auf das im selbständigen Beweisverfahren eingeholte Sachverständigengutachten und den Inhalt des Privatgutachtens - hin. So sei die **Arbeitsplatte nicht befestigt**, sondern beweglich; durch unkontrollierte Veränderungen der Position könnten Verletzungen verursacht werden. Auch die Küchentheke sei nur so befestigt, dass sie beim **Abstützen in Richtung der Stühle umkippen** könne. Bei der Kochstelle seien lose Unterleg-Lagerklötze verwendet worden; dies sei nicht zulässig, denn beim **Verrutschen von heißen Töpfen oder Pfannen** bestehe akute Verletzungsgefahr. Auch der aufklappbare Dunstabzug stelle eine **erhebliche Verletzungsgefahr** dar. Bei der Ausführung der Unterbauschränke bestehe die Gefahr, sich bei Betätigung der Schubladenfronten die **Finger einzuklemmen**. Aus der Menge der geltend gemachten Sachmängel sei ergänzend und beispielhaft angeführt, dass das Kochfeld nach dem Sachvortrag der Klägerin nicht verfugt gewesen sei; **überkochende Flüssigkeit fließe daher in den Unterschrank**. Das Spülbecken sei fehlerhaft konstruiert, so dass bestimmte (niedrigviskose) Flüssigkeiten nicht rückstandsfrei abfließen; es sei daher nicht oder nur mit unvertretbarem Aufwand sauber zu halten.“ (BGH aaO.)

Vor diesem Hintergrund wäre eine Fristsetzung auch ohnehin entbehrlich gewesen. Der Rücktritt ist daher wirksam erfolgt. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche zu.

StGB

Qualifikationszusammenhang

StrafR

§§ 239 a III, 251

Erpresserischer Menschenraub und Raub mit Todesfolge

(BGH in NJW 2016, 2516; Urteil vom 14.01.2016 – 4 StR 72/15)

1. Hat bei einem Raub mit Todesfolge **lediglich einer von mehreren Tatbeteiligten den qualifizierenden Erfolg verursacht**, so sind die anderen gem. § 251 StGB nur strafbar, wenn sich ihr **zumindest bedingter Vorsatz auf die Gewaltanwendungen erstreckt**, durch welche der qualifizierende Erfolg herbeigeführt worden ist, und wenn ihnen in Bezug auf die Todesfolge **wenigstens Leichtfertigkeit vorzuwerfen** ist
2. Nach der Rechtsprechung des BGH kann im Hinblick auf die deutlich erhöhte Strafdrohung in § 239 a III bzw. § 251 StGB von einer leichtfertigen Todesverursachung „durch die Tat“ nur dann ausgegangen werden, wenn **nicht nur der Ursachenzusammenhang im Sinne der Bedingungstheorie gegeben** ist, sondern sich **im Tod des Opfers tatbestandspezifische Risiken** verwirklichen, die **typischerweise mit dem Grundtatbestand einhergehen**
3. Aus einer **sich über eine längere Dauer erstreckenden Bemächtigungslage** können **psychische Belastungen** nicht nur für das Opfer, sondern **auch für den Täter** folgen, insbesondere wegen der Befürchtung entdeckt zu werden. Die naheliegende Möglichkeit, dass ein **nichtiger Anlass oder ein Missverständnis** aufgrund anspannungsbedingter Fehleinschätzung zu einem Gewaltausbruch gegenüber dem Opfer führt, kann daher eine **tatbestandstypische Gefahr** i.S.v. § 239 a III StGB darstellen.
4. Der für § 251 StGB erforderliche **qualifikationsspezifische Zusammenhang** ist nicht nur gegeben, wenn der Täter **durch eine Nötigungshandlung**, die der Ermöglichung der Wegnahme dient, den Tod des Opfers herbeiführt. Bei einer auf den Zweck der Vorschrift des § 251 StGB abstellenden Betrachtungsweise ist der besondere Zusammenhang auch dann gegeben, wenn die den **Tod des Opfers** herbeiführende Handlung **zwar nicht mehr in finaler Verknüpfung mit der Wegnahme** steht, sie mit dem Raubgeschehen aber derart eng verbunden ist, dass sich in der Todesfolge die **der konkreten Raubtat eigentümliche besondere Gefährlichkeit verwirklicht**. Demzufolge kann der Tatbestand des § 251 StGB auch dann gegeben sein, wenn der Täter die **zum Tode führende Gewalt** nicht mehr zur Ermöglichung der Wegnahme, sondern **zur Flucht oder Beutesicherung** anwendet, sofern sich in der schweren Folge noch die spezifische Gefahr des Raubes realisiert und der Raub bzw. die räuberische Erpressung noch nicht beendet war.
5. Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den **Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt**, ferner, dass er **ihn billigt** oder sich des erstrebten Ziels willen mit der Tatbestandsverwirklichung zumindest abfindet. Dabei genügt es für eine vorsätzliche Tatbegehung, dass der Täter den konkreten Erfolgseintritt akzeptiert und er sich **innerlich mit ihm abgefunden** hat, mag er auch seinen Wünschen nicht entsprochen haben

Fall: Nach den landgerichtlichen Feststellungen und Wertungen reisten die Angekl. mit einem Transporter Ford Transit und einem Pkw Audi aus Litauen nach Deutschland. Am Vormittag des 09.01.2012 trafen sich alle fünf Angekl. sowie die in ihrer Begleitung befindlichen A und B auf einer von der ca. 450 m entfernten Bundesstraße nicht einsehbaren, abgelegenen Lichtung in einem Wald zwischen C. und R. Dort tranken sie unterschiedliche, teilweise jedoch erhebliche Mengen Alkohol. Gegen Abend ergab sich aus einem Gespräch der Angekl. V, L und M L sowie J der Plan, eine andere Person gewaltsam zu berauben. Der Angekl. S war bei dem Gespräch anwesend und schloss sich dem Tatplan an. Nachdem die Angekl. in Anwesenheit von A und B den Transporter auf einem Seitenweg abgestellt hatten, um ihn der möglichen Wahrnehmung eines späteren Opfers zu entziehen, begaben sich alle fünf Angekl. mit dem Pkw Audi zu einem Parkplatz an der Bundesautobahn (A 9) Richtung B., um hier auf ein geeignetes Opfer zu warten.

Als der 40-jährige U M, das spätere Tatopfer, der ebenfalls mit einem Transporter auf der Autobahn unterwegs war, während einer Rast das auf dem Parkplatz befindliche Toilettenhäuschen verließ, ergriffen ihn vier der Angekl. und führten ihn gegen seinen Willen zu seinem Transporter. Mit diesem Fahrzeug verbrachten die Angekl. V, L und M L ihr Opfer sodann auf den Lagerplatz im Wald, gefolgt von den im Pkw Audi sitzenden Angekl. J und S. Während der Angekl. S den von ihm geführten Pkw Audi an der Straße abstellte und dann dort etwa zehn bis

fünfzehn Minuten wartete, verschafften sich die übrigen Angekl. unter im Einzelnen nicht genau feststellbaren Umständen gewaltsam mindestens zwei Kredit- bzw. Bankkarten des Geschädigten und veranlassten diesen zur Preisgabe der zugehörigen PIN. Die Angekl. S und L fuhren daraufhin in Begleitung der A mit dem Pkw Audi nach C. und hoben in der Folgezeit unter Verwendung der Karten und der PIN in mehreren Teilbeträgen insgesamt 2000 € von den Konten des Geschädigten ab, der in der Gewalt der anderen Angekl. verblieben war. Die beiden in Begleitung der A befindlichen Angekl. stellten nach ihrer Rückkehr aus C. ihren Pkw zunächst an der Bundesstraße ab. L ging zu den anderen auf dem Lagerplatz, S blieb zunächst im Fahrzeug sitzen. Die Angekl. V, L und M L sowie der Angekl. J verlangten sodann von dem zu diesem Zeitpunkt noch nicht gefesselten Geschädigten die Preisgabe einer weiteren PIN. Da sie den Geschädigten dahin verstanden, diese Nummer befinde sich auf dessen Laptop, gestatteten sie ihm die Benutzung des Geräts. Die Stimmung unter den beim Geschädigten stehenden Angekl. – der Angekl. S hatte sich zu diesem Zeitpunkt erst vom Fahrzeug aus auf den Weg zum Lagerplatz gemacht – war sehr angespannt, weil seit Tatbeginn bereits mehrere Stunden verstrichen waren und ihres Erachtens nun das Entdeckungsrisiko stieg. Als auf dem Computerbildschirm nach Eingabe des Passworts durch U M ein sich drehender Briefumschlag erschien, nahmen die vier Angekl. an, der Geschädigte habe versucht, eine Nachricht zu verschicken, um Hilfe zu holen. Das löste bei ihnen Panik aus und der Angekl. V L schlug dem Geschädigten den Laptop mit der flachen Seite einmal auf den Kopf. Der Angekl. S, der sich dem Geschehen in diesem Augenblick bis auf etwa zehn Schritte genähert hatte, fragte, was das sollte, und wollte den Angekl. L beiseite schubsen. Er wurde daran aber von einem der anderen Angekl. gehindert, indem der ihn kräftig beiseite zog, so dass seine Jacke einriss. Daraufhin verließ S mit A den Lagerplatz in Richtung des abgestellten Pkws Audi.

Nunmehr wurde in Anwesenheit der dort verbliebenen vier Angekl. in im Einzelnen nicht mehr feststellbarer Weise mit schwerster stumpfer Gewalt, wie sie etwa beim Treten oder Springen auf den Brustkorb eines Menschen ausgeübt wird, auf den Körper, den Hals und den Kopf des Geschädigten eingewirkt. Eine Zuordnung der Gewalttaten zu einzelnen Angekl. hat das LG nicht vorzunehmen vermocht, sondern lediglich festgestellt, dass der Angekl. S von diesem Geschehen nichts mitbekam und daher auch von den schweren Verletzungen des U M keine Kenntnis hatte. Der Geschädigte erlitt unter anderem ein Schädel-Hirn-Trauma, ein massives Hirnödem, Rippen- sowie Brustbeinbrüche und Lungenquetschungsblutungen. Anschließend wurden seine Hände und Füße straff mit Klebeband gefesselt; er wurde – noch lebend – auf der Ladefläche seines Transporters in zusammengekauerter Haltung dergestalt in einem engen Freiraum zwischen den dort befindlichen Umzugskartons und Möbeln abgelegt, dass er kaum Bewegungen ausführen konnte. Den vier Angekl. war bewusst, dass die dargestellte Gewalteinwirkung zum Tode des Geschädigten führen könnte. Zwar wollten sie, so das LG, dessen Tod nicht, verursachten ihn jedoch leichtfertig. Den Transporter mit dem Geschädigten verbrachte der Angekl. L im Beisein der Angekl. M und L an einen anderen Ort etwa 200 m tief in den Wald hinein und fuhr ihn auf dem schlammigen Waldweg fest. Anschließend wurde das Fahrzeug mit laufendem Motor dort stehen gelassen. V L schaltete vorher noch die Heizung im Fahrzeug ein und betätigte einen Schalter, von dem er annahm, dass dieser für die Beheizung der Ladefläche sorgen würde. Tatsächlich verfügte der Transporter nicht über eine eigene Heizung im Bereich des Laderaums. Die Angekl. flüchteten sodann in ihren beiden Fahrzeugen in Richtung Litauen. Dabei setzten sie die erbeuteten Kreditkarten für eine weitere Barabhebung und drei Einkäufe ein. Der Geschädigte verstarb innerhalb von 24 Stunden nach der Tat an einer Lungenfettembolie sowie an seinen schweren inneren Verletzungen. Der Transporter mit der Leiche wurde erst sechs Tage später aufgefunden.

Das LG Dessau-Roßlau hat mit Urteil vom 03.06.2014 die Angekl. L, V und M L sowie den Angekl. J jeweils des erpresserischen Menschenraubs mit Todesfolge in Tateinheit mit Raub mit Todesfolge und vierfachem Computerbetrug sowie des Computerbetrugs in vier Fällen und den Angekl. S des erpresserischen Menschenraubs in Tateinheit mit Raub und vierfachem Computerbetrug sowie des Computerbetrugs in vier Fällen schuldig gesprochen. Hiergegen erheben mit der Sachrüge die Angekl. L, V und M L sowie des Angekl. J sowie die Nebenkl. Revision, die eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Tötung anstreben. Mit Erfolg?

I. Revision der Angekl.

1. Verurteilung wegen gemeinschaftlichem Raub mit Todesfolge, § 251 BGB

Verursacht der Täter durch den Raub (§§ 249 und 250) wenigstens leichtfertig den Tod eines anderen Menschen, so ist nach § 251 StGB die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.

Eine Verurteilung wegen einer Straftat nach § 251 StGB setzt vorsätzliches Handeln voraus; nur hinsichtlich der schweren Folge genügt Leichtfertigkeit (§ 18 StGB).

*„Hat bei einem Raub mit Todesfolge **lediglich einer von mehreren Tatbeteiligten den qualifizierenden Erfolg verursacht**, so sind die anderen gem. § 251 StGB nur strafbar, wenn sich ihr **zumindest bedingter Vorsatz auf die Gewaltanwendungen erstreckt**, durch welche der qualifizierende Erfolg herbeigeführt worden ist, und wenn ihnen in Bezug auf die Todesfolge **wenigstens Leichtfertigkeit vorzuwerfen** ist (BGH, NStZ 1993, 450 = BGHR StGB § 251 Todesfolge 2; NStZ 2008, 280). Ein Beteiligter haftet gem. § 251 StGB als Mittäter nur für Folgen derjenigen Handlungen des den Tod des Opfers unmittelbar herbeiführenden Täters, die er in seine Vorstellungen von dem Tatgeschehen einbezogen hatte (BGH, NStZ 2010, 81).“* (BGH aaO.)

Fraglich ist, ob vor diesem Hintergrund der danach für § 251 StGB erforderliche Vorsatz hinsichtlich der todesursächlichen Gewalttaten für die vier auf dem Lagerplatz anwesenden Angekl. festgestellt werden kann.

„Das LG ist davon ausgegangen, dass die Angekl. bei der Besprechung der Tatausführung ein **gewisses Maß an Gewalt bei der Tatbegehung einplanten**. Es hat lediglich festgestellt, dass die fünf Täter bewusst zusammenwirken wollten, um U M mit Gewalt vom Rastplatz zum Lagerplatz verbringen und ihm dort vorhandene Bankkarten wegnehmen sowie die zugehörigen PIN abpressen zu können. Die Feststellung eines **ausdrücklich oder konkludent gefassten Entschlusses zur Ausübung lebensbedrohender Gewalt** ergibt sich aus dem angefochtenen Urteil indes weder für diesen noch für einen späteren Zeitpunkt.

Der Senat vermag diesen auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht mit der erforderlichen Sicherheit zu entnehmen. Zwar ist es **für eine gemeinschaftliche Tatbegehung nicht erforderlich**, dass jeder der **Mittäter eigenhändig an der zum Tode führenden Verletzungshandlung teilnimmt**. Auch begründet nicht jede Abweichung des tatsächlichen Geschehens von dem vereinbarten Tatplan bzw. den Vorstellungen des Mittäters die Annahme eines Exzesses. Die dem Opfer zugefügten **Körperverletzungen** dürfen jedoch **nicht von wesentlich anderer Art und Beschaffenheit sein, als der Mittäter es wollte und sich vorstellte** (vgl. BGH, NStZ 2010, 81). Die letztlich zum Tode U M führende Gewalteinwirkung durch einen oder mehrere der Angekl. ergab sich aber aus einer **plötzlichen, unerwarteten Wendung des Geschehens** – Auslösung von Panik durch Fehlinterpretation des sich drehenden Briefumschlags auf dem Laptop des Opfers – und wurde durch den einmaligen, vom Angekl. V L **ausgeführten** Schlag mit dem Laptop auf den Kopf des Opfers eingeleitet. Dass dieser Schlag und die nachfolgenden Misshandlungen **nicht auf einem gemeinsamen Tatentschluss aller Angekl. beruhte**, ist schon deshalb nicht von vorneherein ausgeschlossen, weil der Angekl. S dazwischentrat und fragte, was das solle.“ (BGH aaO.)

Da aber letztlich die vier anwesenden Angekl. bei dem Gewaltexzess anwesend waren, könnte der für eine Verurteilung nach § 251 StGB erforderliche Vorsatz sich aus den **Grundsätzen einer sukzessiven Mittäterschaft** ergeben.

„Sukzessive Mittäterschaft kommt in Betracht, wenn ein **Täter in Kenntnis und mit Billigung des bisher Geschehenen** – selbst bei Abweichungen vom ursprünglichen Tatplan in wesentlichen Punkten – **in eine bereits begonnene Ausführungshandlung eintritt** (vgl. dazu aber auch BGH, NStZ 2011, 699 Rn. 38). Sein Einverständnis bezieht sich dann auf die Gesamttat mit der Folge, dass ihm die gesamte Tat zugerechnet werden kann (vgl. BGH, NStZ 2008, 280).“ (BGH aaO.)

Das Vorliegen der Voraussetzungen sukzessiver Mittäterschaft eines oder mehrerer der vier am Lagerplatz anwesenden Angekl. ist jedoch ebenfalls nicht festgestellt worden.

„Der Senat vermag auch dies dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht hinreichend sicher zu entnehmen. Dass **alle vier Angekl.** bei der Ausführung der schweren Misshandlungen, wie festgestellt, **anwesend** waren und diese mitbekamen, reicht für die Begründung sukzessiver Mittäterschaft nicht aus (BGH, NStZ 2012, 379 [380]). Allerdings wird der neue Tatrichter zu beurteilen haben, ob **weitere Tathandlungen, die zu einer Vertiefung der Gewalthandlungen geführt haben** können (Fesselung, Verbringen an das Ende des Waldwegs), als Grundlage für die Annahme des Handelns eines oder mehrerer Angekl. in sukzessiver Mittäterschaft in Betracht kommen.“ (BGH aaO.)

Die Verurteilung der Angekl. L, V sowie M L sowie des Angekl. J wegen gemeinschaftlichen Raubes mit Todesfolge (§ 251 StGB) hält folglich schon deshalb rechtlicher Nachprüfung nicht stand, weil die Feststellungen nicht belegen, dass die todesursächliche Gewalthandlung von ihrem Vorsatz umfasst war. Das Urteil war daher aufzuheben. Die Aufhebung erfasst wegen angenommener Tateinheit damit auch die tateinheitlich erfolgte Verurteilung wegen erpresserischen Menschenraubs mit Todesfolge gem. § 239 a III StGB sowie wegen vierfachen Computerbetrugs.

2. Hinweise des BGH zu §§ 251, 239 a III StGB

a) Tod als Realisierung einer tatbestandstypischen Gefahr

„Nach der Rechtsprechung des BGH kann im Hinblick auf die deutlich erhöhte Strafdrohung in § 239 a III bzw. § 251 StGB von einer leichtfertigen Todesverursachung „durch die Tat“ nur dann ausgegangen werden, wenn **nicht nur der Ursachenzusammenhang im Sinne der Bedingungstheorie gegeben** ist, sondern sich **im Tod des Opfers tatbestandsspezifische Risiken** verwirklichen, die **typischerweise mit dem Grundtatbestand einhergehen** (BGHSt 33, 322 = NJW 1986, 438 = NStZ 1986, 116 zum Tatbestand der Geiselnahme; BGHSt 38, 295 [298] = NJW 1992, 2103 = NStZ 1992, 589 zu § 251 StGB).

Sollte in der neuen Verhandlung erneut festgestellt werden – was naheliegt und wovon das LG hier ersichtlich ausgegangen ist –, dass das Verlangen der wegen des Risikos der Entdeckung angespannten Täter nach Herausgabe der weiteren PIN Auslöser für die Einwirkung auf das Tatopfer war, dürfte der qualifikationsspezifische Zusammenhang i.S.v. § 239 a III StGB im Ergebnis zu bejahen sein. Aus einer **sich über eine längere Dauer erstreckenden Bemächtigungslage** können **psychische Belastungen** nicht nur für das Opfer, sondern **auch für den Täter** folgen, insbesondere wegen der Befürchtung entdeckt zu werden. Die naheliegende Möglichkeit, dass ein **nichtiger Anlass oder ein**

*Missverständnis aufgrund anspannungsbedingter Fehleinschätzung zu einem Gewaltausbruch gegenüber dem Opfer führt, kann daher eine **tatbestandstypische Gefahr** i.S.v. § 239 a III StGB darstellen.“ (BGH aaO.)*

b) Voraussetzungen für qualifikationsspezifischen Zusammenhang

*„Der für § 251 StGB erforderliche **qualifikationsspezifische Zusammenhang** ist nicht nur gegeben, wenn der Täter **durch eine Nötigungshandlung**, die der Ermöglichung der Wegnahme dient, den Tod des Opfers herbeiführt. Bei einer auf den Zweck der Vorschrift des § 251 StGB abstellenden Betrachtungsweise ist der besondere Zusammenhang auch dann gegeben, wenn die den **Tod des Opfers** herbeiführende Handlung **zwar nicht mehr in finaler Verknüpfung mit der Wegnahme** steht, sie mit dem Raubgeschehen aber derart eng verbunden ist, dass sich in der Todesfolge die **der konkreten Raubtat eigentümliche besondere Gefährlichkeit verwirklicht** (BGH, NJW 1998, 3361 = NStZ 1998, 511 für den Versuch des § 251 StGB). Demzufolge kann der Tatbestand des § 251 StGB auch dann gegeben sein, wenn der Täter die **zum Tode führende Gewalt** nicht mehr zur Ermöglichung der Wegnahme, sondern **zur Flucht oder Beutesicherung** anwendet, sofern sich in der schweren Folge noch die spezifische Gefahr des Raubes realisiert und der Raub bzw. die räuberische Erpressung noch nicht beendet war.*

*Gemessen daran wird der neue Trichter der Frage der **Beendigung des möglicherweise einheitlichen Raub- bzw. Erpressungsgeschehens** und des Beweggrundes für die (todesursächliche) Gewaltausübung größere Bedeutung beizumessen und dies eingehender als im angefochtenen Urteil geschehen zu prüfen und darzulegen haben.“ (BGH aaO.)*

II. Revision der Nebenkläger

Fraglich ist, ob die Ablehnung eines bedingten Tötungsvorsatzes durch das LG einer Prüfung standhält.

*„Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den **Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt**, ferner, dass er **ihn billigt** oder sich des erstrebten Ziels willen mit der Tatbestandsverwirklichung zumindest abfindet. Dabei genügt es für eine vorsätzliche Tatbegehung, dass der Täter den konkreten Erfolgseintritt akzeptiert und er sich **innerlich mit ihm abgefunden** hat, mag er auch seinen Wünschen nicht entsprochen haben (BGH, NStZ-RR 2012, 105). Im Rahmen der vom Trichter insoweit vorzunehmenden **Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände** können je nach der Eigenart des Falls auch für die Feststellung des Willenselements des bedingten Vorsatzes unterschiedliche Wertungsgesichtspunkte im Vordergrund stehen. Soweit Rückschlüsse auf das Wollen des Täters möglich sind, kann auch sein Wissensstand in die Gesamtbetrachtung einbezogen werden (vgl. BGHSt 36, 1 [10 f.] = NJW 1989, 781 = NStZ 1989, 114).“ (BGH aaO.)*

Die Wertung des LG ist gemessen hieran jedoch nicht haltbar.

*„Indem das LG einerseits feststellt, den Angekl. sei die **mögliche tödliche Wirkung der gewaltsamen Einwirkung** auf Kopf und Körper des Tatopfers und dessen anschließendes „Verstauen“ im Transporter **bewusst gewesen**, also das **kognitive Element bejaht**, andererseits aber ausführt, die Angekl. hätten das Überleben U M's „gewollt“, was gegen das Vorhandensein des **voluntativen Elements** des Tötungsvorsatzes spreche, lassen die Urteilsgründe besorgen, dass die Strafkammer diesen rechtlichen Maßstab verfehlt hat. Denn die Angekl. können schon dadurch bedingt vorsätzlich ein Tötungsdelikt verwirklicht haben, dass sie den **Tod ihres Opfers** – mag er ihnen auch unerwünscht oder von ihnen nicht gewollt gewesen sein – **lediglich als mögliche Folge** der verletzungsur-sächlichen Verhaltensweise und des „Verstauens“ von U M im Fahrzeug **in Kauf nahmen und sich mit ihm abfinden**, indem sie das Überleben ihres Opfers dem bloßen Zufall überließen, ihnen dessen **Überleben also gleichgültig** war. Zudem hat das LG nicht erkennbar bedacht, dass die Annahme einer Billigung im Sinne bedingten Vorsatzes auch deshalb nahelag, weil den Angekl. nach den Urteilsfeststellungen bewusst war, dass die dargestellte Verhaltensweise samt anschließendem Verbringen des schwer verletzten Opfers in den Transporter zu dessen Tod führen könnte.*

*Die Urteilsgründe lassen ferner besorgen, dass sich die Anwendung des unzutreffenden Maßstabs auch bei der Bewertung der vom LG als gegen einen bedingten Tötungsvorsatz sprechenden Beweisanzeichen ausgewirkt hat. Insoweit hat die Strafkammer angenommen, die **Angekl. seien von einem Überleben ihres Opfers „ausgegangen“**, da sie den von ihnen genutzten Pkw Audi von Tatbeginn an vor ihm verborgen hielten und den schwer verletzten Geschädigten in seinem Fahrzeug bei laufendem Motor und – jedenfalls in ihrer Vorstellung – eingeschalteter Heizung zurückließen. Ob die Angekl. angesichts dieser vom LG selbst als objektiv wenig gewichtig bewerteten Vorsichtsmaßnahmen **ernsthaft oder lediglich vage darauf vertrauten**, dass der Tod nicht eintreten werde, wird vom LG nicht erörtert. Der in diesem Zusammenhang ebenfalls bedeutungsvolle Umstand, dass das Fahrzeug des Opfers von den Tätern auf einem schlammigen Waldweg abseits der Bundesstraße und über einen Kilometer von der Ortseinfahrt R. entfernt im Wald festgefahren stehen gelassen wurde, wird von der Strafkammer überhaupt nicht in den Blick genommen.“ (BGH aaO.)*

Auch die Revision der Nebenkläger hat daher Erfolg.

StGB

Konkurrenz bei Brandstiftung

StrafR BT

§§ 306 I Nr. 1 und 4, 52, 56 II

Versuch und Vollendung

(BGH in NJW 2016, 2349; Urteil vom 12.05.2016 – 4 StR 487/15)

1. Stellt ein Tatbestand auf die **Verletzung von Gesamtheiten** ab und werden keine höchstpersönlichen Rechtsgüter geschützt, so führt eine **handlungseinheitliche Beeinträchtigung mehrerer Tatobjekte** selbst dann **nicht zu einer mehrfachen Verwirklichung des Tatbestands**, wenn verschiedene Rechtsgutsträger geschädigt worden sind.
2. So verhält es sich auch bei der **Brandstiftung** nach § 306 I StGB, die als „**qualifiziertes Sachbeschädigungsdelikt**“, dem auch ein **Element der Gemeingefährlichkeit** anhaftet keine höchstpersönlichen Rechtsgüter schützt.
3. Wird ein zum Schutzgut gehörendes **Tatobjekt beschädigt** und die **Schädigung weiterer Objekte nur versucht**, ist der Tatbestand **nur einmal verwirklicht**.
4. Grundsätzlich **geht die vollendete Brandstiftung** gem. § 306 I StGB einer durch dieselbe Handlung verwirklichten **Sachbeschädigung nach § 303 StGB als das speziellere Gesetz vor**.

Fall: Nach den landgerichtlichen Feststellungen und Wertungen brachte der Angekl. am frühen Morgen des Tattags in den Innenraum des seiner Mutter LK gehörenden Pkw, den er am Vorabend im Doppelcarport auf seinem Anwesen abgestellt hatte, mindestens einen Liter „Kraftstoff“ ein und entzündete diesen mit einer offenen Flamme. Ihm war dabei bewusst, dass das Feuer den Wagen seiner Mutter zerstören würde. Auch vermochte er nicht auszuschließen, dass der Brand von dem Fahrzeug auf seinen Carport und von dort auf die unmittelbar angebaute Garage der Familie T und deren davor abgestellten Pkw übergreifen konnte. Er hoffte zwar, dass alles gut gehen würde, nahm aber auch diese Folgen billigend in Kauf.

Nach der Tat wollte der Angekl. den Tatverdacht gezielt auf seine frühere Ehefrau SK lenken, um sich auf diese Weise einen Vorteil in dem mit ihr ausgetragenen Streit um das Sorgerecht für das gemeinsame Kind zu verschaffen. Als der Angekl. gerade im Begriff war, die hintere rechte Tür wieder zu schließen, kam es im Innenraum des Pkw zu einer Verpuffung, durch die mehrere Scheiben herausgedrückt, drei Türen „aufgespreizt“ und die noch nicht vollständig ins Schloss gefallene hintere rechte Tür deformiert wurden. Zugleich entstand eine Stichflamme, die die Sitzflächen, Fußräume und Auskleidung des Pkw entzündete. Innerhalb weniger Minuten entwickelte sich ein Vollbrand, der sich schnell auf den Doppelcarport des Angekl. ausbreitete. Die von der Zeugin T verständigte Feuerwehr konnte einen Übergriff des Brandes auf die angebaute Garage der Familie T verhindern und den Brand zügig löschen. Den Pkw der Familie T hatte der Zeuge T bereits zuvor beiseite gefahren. Der Pkw der LK brannte vollständig aus. Das Fahrzeug hatte einen Wiederbeschaffungswert von 1600 € und einen Restwert von 150 €. Der Carport des Angekl. wurde erheblich beschädigt. An der Garage der Familie T kam es zu Verrußungen und hitzebedingten Betonabplatzungen an der rechten Wand. Zudem schmolzen Teile der Bitumenverkleidung im Bereich der Attika. Am Fahrzeug der Eheleute T zerschmolz infolge der feuerbedingten Hitzeentwicklung das vordere rechte Blinklicht. An dem neben dem Doppelcarport stehenden Wohnhaus des Angekl. wurde das im Erdgeschoss befindliche linke Fenster durch die brandbedingte Hitzeentwicklung an der Zarge und am Rahmen deformiert. Die Jalousie schmolz zu großen Teilen. Das rechts daneben liegende Fenster zeigte „geringfügige Schäden“. Die Jalousie war hier durch Rauch und Feuer braun gefärbt und leicht verbogen. Beide Fenster wiesen, ebenso wie die neben ihnen befindliche Nebeneingangstür, leichte thermische Risse in den Scheiben auf.

Bei seiner polizeilichen Einvernahme am 23.10.2013 gab der Angekl. bewusst wahrheitswidrig an, in den letzten Monaten wiederholt Anrufe seiner geschiedenen früheren Ehefrau SK erhalten zu haben. Diese habe ihn dabei beleidigt und damit gedroht, dass bei ihm alles in Flammen aufgehen werde. Drei dieser Anrufe könnten von den Zeugen Kr und N bestätigt werden. Damit wollte der Angekl. seine frühere Ehefrau „in den Focus der polizeilichen Ermittlungen bringen“. Tatsächlich geriet sie „in das Visier der Polizei“. Erst im Verlauf der weiteren Ermittlungen konnte der Verdacht gegen sie entkräftet werden. Am 28.10.2013 erstattete der Angekl. gegenüber dem Landwirtschaftlichen Versicherungsverein M., bei dem er eine Wohngebäude- und Hausratversicherung unterhielt, eine Schadensanzeige. Dabei verschwie er, dass er das Feuer selbst gelegt hatte, denn ihm war bewusst, dass er als Brandstifter keinen Anspruch auf Ersatz seiner Schäden hatte. Bei alledem ging er davon aus, dass die Versicherung aufgrund seines Verhaltens irrtümlich davon ausgehen würde, dass er berechnete Ansprüche gegen sie habe. Gegenüber der Gebäudeversicherung machte der Angekl. für die Wiederherstellung des Carports 27.000 € und die Schäden an seinem Haus weitere 3200 € geltend. Von der Hausratversicherung forderte der Angekl. für im Carport und in dem Pkw verbrannte Gegenstände Wertersatz in Höhe von 8000 €. Zur Auszahlung von Versicherungsleistungen kam es aufgrund des vorliegenden Strafverfahrens nicht.

Das LG Detmold hat mit Urteil vom 28.04.2015 den Angekl. wegen Brandstiftung, versuchten Betrugs und falscher Verdächtigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Wurde die Strafbarkeit des Angekl. hiermit hinreichend erfasst und ist der Strafraum nebst Aussetzung zur Bewährung haltbar?

I. Strafbarkeit wegen tateinheitlich begangener versuchter Brandstiftung

Der Angekl. könnte neben vollendeter Brandstiftung (§ 306 I Nr. 4 StGB) auch wegen einer hierzu in Tateinheit (§ 52 I StGB) stehenden versuchten Brandstiftung gem. §§ 306 I Nr. 1 und 4, 23 I, 22 StGB zu verurteilen sein, da er bei dem erfolgreichen Inbrandsetzen des Pkw seiner Mutter auch damit gerechnet und billigend in Kauf genommen hat, dass das von ihm gelegte Feuer auf die Garage der Eheleute T und deren Pkw übergreifen konnte.

Fraglich ist jedoch, ob eine versuchte Tat tateinheitlich mit einer vollendeten Tat nach demselben Strafgesetz begangen werden kann.

1. Tateinheit bei demselben Strafgesetz

„§ 52 I StGB erfasst zwar auch den Fall, dass **dasselbe Strafgesetz durch eine Handlung mehrfach verletzt** wird (sog. **gleichartige Idealkonkurrenz**). Ob eine mehrere taugliche Tatobjekte beeinträchtigende Handlung zu einer mehrmaligen oder lediglich zu einer in ihrem Gewicht gesteigerten einmaligen Gesetzesverletzung geführt hat, hängt aber von dem in Rede stehenden Tatbestand ab. Stellt dieser auf die **Verletzung von Gesamtheiten** ab und werden keine höchstpersönlichen Rechtsgüter geschützt, so führt eine **handlungseinheitliche Beeinträchtigung mehrerer Tatobjekte** selbst dann **nicht zu einer mehrfachen Verwirklichung des Tatbestands**, wenn verschiedene Rechtsgutsträger geschädigt worden sind (vgl. BGH, BGHR StGB § 306 Konkurrenzen 1 = BeckRS 2003, 02849; NStZ-RR 2009, 278 [279] [nur ein Diebstahl bei Wegnahme mehrerer Sachen verschiedener Eigentümer im Zuge einer Tatausführung]; BGHSt 22, 350 [351] = NJW 1969, 1037; Sternberg-Lieben/Bosch in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 52 Rn. 24; MüKo-StGB/v. Heintschel-Heinegg, 2. Aufl., § 52 Rn. 105; NK-StGB/Puppe, 3. Aufl., § 52 Rn. 22; LK-StGB/Rissing-van Saan, 12. Aufl. 2007, § 52 Rn. 37; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 32. Abschn. Rn. 16 ff.; Jescheck, ZStW 67 [1955], 541 [547]). So verhält es sich auch bei der **Brandstiftung** nach § 306 I StGB (vgl. BGH, BGHR StGB § 306 Konkurrenzen 1 = BeckRS 2003, 02849; LK-StGB/Wolf, § 306 Rn. 51), die als **„qualifiziertes Sachbeschädigungsdelikt“**, dem auch ein Element der Gemeingefährlichkeit anhaftet (vgl. BGH, NJW 2001, 765 = NStZ 2001, 196 [197] m.w.N.; weiterführend Radtke, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, 382 f.) keine höchstpersönlichen Rechtsgüter schützt.“ (BGH aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Unter Anwendung dieser Grundsätze hat sich der Angekl. durch das Inbrandsetzen des Pkw seiner Mutter auch mit Rücksicht auf das gleichzeitig für möglich gehaltene Übergreifen des Feuers auf die Garage und den Pkw der Eheleute T **nur einer (vollendeten) Brandstiftung** gem. § 306 I StGB schuldig gemacht.

„Dass hierbei mit der Garage auch ein Tatobjekt betroffen war, das § 306 I Nr. 1 StGB (Gebäude) unterfällt, ändert daran nichts. Unter den hier gegebenen Umständen liegt jedenfalls kein Fall vor, in dem das **Unrecht der Tat nur als mehrfache Gesetzesverletzung erschöpfend gekennzeichnet** werden kann (vgl. BGH, BGHR StGB § 306 Konkurrenzen 1 = BeckRS 2003, 02849). Ohne Bedeutung ist auch, dass die Brandstiftung insoweit im Versuchsstadium stecken geblieben ist. Wird ein zum Schutzgut gehörendes **Tatobjekt beschädigt** und die **Schädigung weiterer Objekte nur versucht**, ist der Tatbestand **ebenfalls nur einmal verwirklicht** (vgl. BGH, Beschl. v. 10.08.2011 – 2 StR 272/11, BeckRS 2011, 21914; NStZ-RR 2009, 278 [279] [nur ein Diebstahl bei Wegnahme mehrerer Sachen und versuchter Wegnahme weiterer Sachen]; s. auch BGH, NJW 2011, 2148 = NStZ 2012, 214 = BGHR StGB § 306 I 1 Konkurrenzen 3 [Tateinheit bei Brandstiftung gem. § 306 I StGB und versuchter schwerer Brandstiftung gem. § 306 a I Nr. 1 StGB]).“ (BGH aaO.)

II. Strafbarkeit wegen tateinheitlich begangener Sachbeschädigung

Insofern könnte sich der Angekl. aber wegen der brandbedingten Schäden an der Garage und dem Pkw der Eheleute T tateinheitlich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 StGB strafbar gemacht haben.

„Grundsätzlich **geht die vollendete Brandstiftung** gem. § 306 I StGB einer durch dieselbe Handlung verwirklichten **Sachbeschädigung nach § 303 StGB als das speziellere Gesetz vor** (Wolters in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl., § 306 Rn. 22 m.w.N.). Das gilt auch hier, denn die in Bezug auf die Garage und den Pkw der Eheleute T verursachten **Schäden sind Bestandteile des durch die Inbrandsetzung des Pkw der Mutter des Angekl. ausgelösten Rechtsgutsangriffs**, der einheitlich als vollendete Brandstiftung gem. § 306 I StGB zu bewerten ist.“ (BGH aaO.)

III. Strafbarkeit wegen fahrlässiger Brandstiftung

Schließlich könnte der Angekl. in Bezug auf die an seinem Wohnhaus entstandenen Schäden wegen fahrlässiger Brandstiftung gem. § 306 d I i.V.m. § 306 a I Nr. 1 StGB zu verurteilen sein.

„Insoweit fehlt es [aber] bereits an einem **„teilweisen Zerstören“** i.S.d. § 306 I StGB, denn die festgestellten Beschädigungen an den Fenstern und der Tür im Erdgeschoss haben ersichtlich nicht dazu geführt, dass **einzelne wesentliche Teile des Hauses**, die seiner tatbestandlich geschützten Zweckbestimmung (Wohnen als Mittelpunkt

menschlichen Lebens) entsprechen, **unbrauchbar geworden** sind oder seine tatbestandlich geschützte Zweckbestimmung brandbedingt aufgehoben worden ist (vgl. BGH, NJW 2014, 1123 = NZM 2014, 253 Rn. 10; BGHSt 48, 14 [20] = NJW 2003, 302 = NSTz 2003, 204).“ (BGH aaO.)

IV. Haltbarkeit des Strafausspruchs

1. Überprüfbarkeit der Strafzumessung

„Die **Strafbemessung** (Strafrahmenwahl, konkrete Strafzumessung und Bestimmung der Gesamtstrafe) ist grundsätzlich **Sache des Tatrichters**, so dass das RevGer. nur bei Vorliegen eines Rechtsfehlers eingreifen darf (st. Rspr.; vgl. BGH, NSTZ-RR 2015, 240; NSTZ-RR 2008, 343 [344] m.w.N.). Dabei ist der Tatrichter lediglich verpflichtet, in den Urteilsgründen **die für die Strafzumessung bestimmenden Umstände** darzulegen (§ 267 III 1 StPO); eine erschöpfende Aufzählung aller Strafzumessungserwägungen ist weder vorgeschrieben noch möglich. Was als **wesentlicher Strafzumessungsgrund** anzusehen ist, ist unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls vom Tatrichter zu entscheiden (st. Rspr.; vgl. BGH, NSTZ-RR 2012, 336 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Mit Blick auf diesen eingeschränkten Prüfungsmaßstab halten sowohl die Strafrahmenwahl, die konkrete Strafzumessung in Bezug auf die Einzelstrafen und die Bestimmung der Gesamtstrafe revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

„Das LG hat die Strafe für die Brandlegung dem durch § 306 II StGB (**minder schwerer Fall**) vorgegebenen Strafrahmen entnommen. Dabei hat es den zutreffenden Maßstab (vgl. BGHSt 26, 97 = NJW 1975, 1174; Fischer, StGB, 63. Aufl., § 46 Rn. 85 m.w.N.) angelegt und mit dem **geringen wirtschaftlichen Wert** des zerstörten Fahrzeugs und dem Umstand, dass der Angekl. **selbst dessen alleiniger Nutzer** war, gewichtige Milderungsgründe angeführt. Da die Strafkammer ausdrücklich auf das gesamte Tatbild abgestellt und auch **strafscharfende Gesichtspunkte** (vollständige Zerstörung des Pkw) **erwogen** hat, ist auch die Vornahme der gebotenen Gesamtabwägung noch hinreichend belegt. Soweit die StA darauf abhebt, dass das LG das **Tatmotiv** des Angekl. (Ermöglichung einer Falschbezeichnung seiner früheren Ehefrau) **nicht ausdrücklich als erschwerenden Umstand benannt** hat, zeigt sie – auch mit Rücksicht auf die Tatsache, dass eine erschöpfende Aufzählung aller Strafzumessungserwägungen weder vorgeschrieben noch möglich ist – keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf. Angesichts der ausführlichen Darstellung des Tatmotivs bei den Feststellungen zur Sache und im Rahmen der Beweismwürdigung sowie der tatmehrheitlichen Verurteilung wegen falscher Verdächtigung gem. § 164 I StGB ist **nicht zu besorgen**, dass der Tatrichter dessen **Bedeutung bei der Strafrahmenwahl nicht bedacht** haben könnte.“ (BGH aaO.)

V. Strafaussetzung zur Bewährung

Fraglich ist, ob die Strafaussetzung zur Bewährung kommt nach § 56 I StGB ohne weiteres nur bei einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr in Betracht. Bei einer Freiheitsstrafe von bis zu 2 Jahren, kann nach § 56 II StGB eine Strafaussetzung zur Bewährung nur bei Vorliegen besonderer Umstände erfolgen.

„Nicht anders als die Strafzumessung ist auch die Entscheidung, ob die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt wird, **grundsätzlich Sache des Tatrichters** (st. Rspr.; vgl. nur BGH, NSTZ-RR 2007, 232 [233]; NSTz 2001, 366 [367]). Wird eine Strafe zur Bewährung ausgesetzt, müssen die Urteilsgründe in einer der revisionsrechtlichen Überprüfung zugänglichen Weise **die dafür maßgebenden Gründe** angeben (§ 267 III 4 StPO). Dabei reichen formelhafte Wendungen oder die Wiederholung des Gesetzeswortlauts nicht aus (vgl. Stuckenberg in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 267 Rn. 110 m.w.N.).

Das LG hat zur Begründung seiner Bewährungsentscheidung lediglich ausgeführt, dass es **nach einer Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit** des Angekl. die Erwartung hegt, dass dieser sich bereits die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und **künftig auch ohne Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen** wird. Dem hat es noch angefügt, dass der Angekl. nicht vorbestraft und erstmals zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden sei. Damit hat die Strafkammer im Wesentlichen nur den Wortlaut des § 56 I 1 StPO (**positive Kriminalprognose**) wiedergegeben. Welche **besonderen Umstände** vorliegen, die nach § 56 II 1 StPO die Strafaussetzung einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren rechtfertigen, hat es **nicht mitgeteilt**. Hierzu bestand umso mehr Anlass, als bei einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren diese besonderen Umstände gewichtig sein müssen (vgl. BGH, NSTz 1987, 21; weitere Nachweise bei Fischer, § 56 Rn. 24).“ (BGH aaO.)

Die Strafaussetzung zur Bewährung halt - jedenfalls mit der gegebenen Begründung - einer Prüfung nicht stand.

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2016, 488; Beschluss vom 01.03.2016 – 12 ME 162/15)

1. § 36 II 2 Hs. 2 BauGB setzt der Gemeinde ... einen **zeitlichen Rahmen**, innerhalb dessen sie sich Klarheit darüber zu verschaffen hat, ob der Bauantrag nebst Bauvorlagen **bauplanungsrechtlich beurteilungsreif** ist. Lässt die Gemeinde die zweimonatige Einvernehmensfrist verstreichen, ohne dass sie einen Anlass sieht, mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln gegenüber dem Bauherrn oder der Baugenehmigungsbehörde **auf das Nachreichen einer bestimmten Bauvorlage hinzuwirken**, gilt ihr Einvernehmen nach Ablauf von zwei Monaten ab Antragseingang (bzw. ab dem Eingang nachgeforderter Unterlagen) als erteilt.
2. Die Gemeinde ist auf Grund ihres Beteiligungsrechts im bauaufsichtlichen Verfahren berechtigt, ihre Entscheidung über das Einvernehmen bis zum Eingang der in bauplanungsrechtlicher Hinsicht erforderlichen Unterlagen zurückzustellen. Die zweimonatige **Einvernehmensfrist beginnt dann mit dem Eingang dieser Unterlagen** bei der Gemeinde. Hat jedoch nicht die Gemeinde, sondern lediglich die Baugenehmigungsbehörde Unterlagen nachgefordert, kann sich die Gemeinde hinsichtlich der Berechnung der Prüfungsfrist nicht darauf berufen.
3. Einer Gemeinde ist es verwehrt, ihr Einvernehmen deshalb zu versagen, weil das Vorhaben ihren **Planungsvorstellungen nicht entspricht** oder sie es **aus sonstigen Gründen verhindern** will.
4. Auch der **Beschluss, einen Bebauungsplan aufzustellen**, rechtfertigt für sich allein nicht die Versagung des Einvernehmens. Vor diesem Hintergrund kann die Eingabe einer Gemeinde nur als Versagung des gemeindlichen Einvernehmens angesehen werden, wenn sich ergibt, dass sie das Vorhaben nach §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB für unzulässig hält. Es **reicht nicht aus**, dass sie zum Ausdruck bringt, **neues Planungsrecht schaffen** oder das **Vorhaben allgemein verhindern** zu wollen

Fall: Die Ast. wandte sich gegen eine der Beigel. erteilte immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung zur Erweiterung der auf dem Grundstück E., F., errichteten Biogasanlage. Das genannte Grundstück liegt im Außenbereich der Ast. Auf der Grundlage der Baugenehmigung des Landkreises H. vom 10.12.2010 errichtete und betreibt die Beigel. dort eine Biogasanlage. Unter dem 16.05.2014 – beim Ag. am 19.05.2014 eingegangen – beantragte die Beigel. die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Änderungsgenehmigung für die Erweiterung der vorhandenen Biogasanlage. In den Antragsunterlagen wird der Antragsgegenstand wie folgt bezeichnet: Unwesentliche Erhöhung des Futterdurchsatzes für die Biogasanlage von 14 300 t/a auf 14 950 t/a – die Biogasproduktionsrate von 2,3 Mio. Nm³/a wird nicht überschritten; Errichtung und Betrieb eines Nachgärers; Errichtung und Betrieb eines weiteren Feststoffeintrags; Errichtung und Betrieb einer Mixbox, Errichtung und Betrieb einer weiteren Gasaufbereitungsanlage; Austausch des vorhandenen BHKW mit einer FWL von 442 kW durch ein BHKW mit einer FWL von 1871 kW; Errichtung und Betrieb eines Ölumschlagplatzes. Die zukünftige Gärrestmenge beläuft sich auf 11591 m³/a. Mit Schreiben vom 19.05.2014 – bei der Ast. eingegangen am 21.05.2014 – übersandte der Ag. u.a. der Ast. die Antragsunterlagen, forderte sie auf, die Antragsunterlagen bis zum 18.06.2014 hinsichtlich der von ihr zu vertretenden Belange auf Vollständigkeit zu prüfen und bis zum 18.07.2014 eine abschließende Prüfung und Stellungnahme vorzunehmen. Unter dem 20.06.2014 beantragte die Ast. die Zurückstellung des Vorhabens für den Zeitraum von bis zu 12 Monaten.

Unter dem 10.10.2014 lehnte der Ag. den Antrag der Ast. auf Zurückstellung des Vorhabens nach § 15 I BauGB ab. Mit Änderungsgenehmigung vom 18.12.2014 erteilte der Ag. der Beigel. die Genehmigung zur wesentlichen Änderung der Biogasanlage mit folgenden max. Betriebsparametern: BHKW mit 1871 kW Feuerungswärmeleistung, Anlageninput max. 14950 t/a, Biogasproduktionsrate max. 2,3 Mio. Nm³/a. Unter i.3. der Änderungsgenehmigung heißt es: „Höchst hilfsweise, für den Fall des Vorliegens einer Einvernehmensversagung der Gemeinde G. nach § 36 II 1 und 2 BauGB, ersetze ich das Einvernehmen der Gemeinde.“ Den Widerspruch der Ast. wies der Ag. mit Widerspruchsbescheid vom 29.10.2015 zurück. Hiergegen erhebt die Ast. Klage. Sie macht geltend, die Bauvorlage sei unvollständig gewesen, so dass sie eine abschließende Prüfung nicht habe vornehmen können, zum anderen sei in ihrem Antrag auf Zurückstellung des Vorhabens konkludent auch eine Verweigerung des Einvernehmens enthalten gewesen.

Wird diese Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Klage

1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet, wenn eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art** vorliegt und die Streitigkeit nicht ausdrücklich einem anderen Rechtsweg zugewiesen ist.

Die Streitigkeit ist **öffentlich-rechtlich**, wenn sich das Klagebegehren nach öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen entscheidet. Solche liegen vor, wenn **ausschließlich ein Träger öffentlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet** wird. Hier klagt die Gemeinde gegen eine einem Bürger erteilte Baugenehmigung. Ob eine solche zu erteilen ist, richtet sich nach den Vorschriften des BauGB. Diese Normen berechtigen und verpflichten ausschließlich die Träger der öffentlichen Verwaltung, so dass es sich um öffentliches Recht handelt und eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben ist.

Diese Streitigkeit müsste aber auch **nichtverfassungsrechtlicher Art** sein. Verfassungsrechtlich im Sinne des § 40 I VwGO sind nur solche Streitigkeiten zwischen Verfassungsorganen um Verfassungsrecht, was hier nicht der Fall ist.

Des Weiteren fehlt auch eine ausdrückliche Zuweisung dieses Streites an ein anderes Gericht, so dass der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

2. Klageart

Für die Bestimmung der Klageart kommt es auf das **Begehren des Klägers** an, nämlich maßgebend darauf, ob sich sein Begehren auf die Aufhebung/den Erlass eines Verwaltungsaktes richtet oder ein schlicht-hoheitliches Handeln zum Gegenstand hat.

Hier geht es darum, dass die Ast. die erteilte Baugenehmigung, also einen begünstigenden Verwaltungsakt, aufgehoben wissen will, durch den sie sich beschwert fühlt. Richtige Klageart ist daher die Anfechtungsklage, im vorliegenden Fall als **Drittanfechtungsklage**.

3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Der Ast. muss auch gem. § 42 II VwGO klagebefugt sein, d.h. sie muss geltend machen, in eigenen Rechten verletzt zu sein.

Da hier kein Fall der Anfechtungsklage vorliegt, in welchem der Adressat gegen eine ihn gerichtete Belastung vorliegt, greift die Adressatentheorie nicht ein. Es kommt vielmehr nach der **Möglichkeitstheorie** darauf an, ob die Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist.

Fraglich ist aber, ob der Gemeinde als Träger öffentlicher Verwaltung gegenüber der Bauaufsichtsbehörde überhaupt solche **subjektiv-öffentlichen Rechte** zustehen können. Dies wird immer dann angenommen, wenn die Gemeinde bei einer Entscheidung in ihrem **durch Art. 28 II GG gewährleisteten Selbstverwaltungsrecht** betroffen sein kann. Zur den von der Selbstverwaltungsgarantie umfassten gemeindlichen Hoheiten gehört auch die **Planungshoheit**, nach welcher den Gemeinden das Recht zukommt, die Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben eigenverantwortlich zu planen. Zur Sicherung dieser Planungshoheit sieht das BauGB - sofern nicht die Gemeinde selbst Baugenehmigungsbehörde ist - in § 36 BauGB für bestimmte Fälle die Beteiligung der Gemeinde vor. Macht eine Gemeinde, wie hier die Ast., also geltend, dass eine Baugenehmigung wegen Fehlern bei ihrer Beteiligung nicht hätte erteilt werden dürfen, so beruft sie sich auf ein trotz ihrer Position als Teil der öffentlichen Verwaltung ihr zustehendes wehrfähiges Recht. Da im vorliegenden Fall zudem ein Verstoß gegen die Vorgaben des § 36 BauGB nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint, ist die Ast. auch nach § 42 II VwGO klagebefugt.

4. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Bedenken hinsichtlich des Vorliegens der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage (Beteiligtenfähigkeit, Prozessfähigkeit, Vorverfahren, Klagefrist) bestehen nicht, so dass die Klage zulässig ist.

II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung der Baugenehmigung nicht vorlagen. Die bauplanungs- und bauordnungsrechtliche Zulässigkeit ist jedoch nicht umfassend zu prüfen, da eine Aufhebung der Baugenehmigung wegen Rechtsverletzung der Ast. nach § 113 I 1 VwGO nur in Betracht kommt, wenn eine Verletzung der sich aus § 36 BauGB ergebenden Beteiligungsrechte ersichtlich ist.

1. Erforderlichkeit der gemeindlichen Beteiligung

Die Beteiligung der Gemeinde im Baugenehmigungsverfahren ist nicht stets erforderlich, sondern auf die in § 36 I BauGB vorgesehenen Fälle beschränkt. Das hier betroffene Grundstück liegt im Außenbereich der Ast. Für Baugenehmigungen, welche Außenbereichsgrundstücke betreffen, bei denen sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 BauGB beurteilt, sieht § 36 I 1 BauGB jedoch die notwendige gemeindliche Beteiligung vor. Die Ast. musste daher ordnungsgemäß beteiligt werden.

2. Fehlerhaftigkeit der Beteiligung

Fraglich ist jedoch, ob die Beteiligung fehlerhaft erfolgt ist. Die Ag. übersandte der Ast. mit Schreiben vom 19.05.2014 – bei der Ast. eingegangen am 21.05.2014 die Antragsunterlagen mit der Aufforderung, diese bis zum 18.06.2014 hinsichtlich der von ihr zu vertretenden Belange auf Vollständigkeit zu prüfen und bis zum 18.07.2014 eine abschließende Prüfung und Stellungnahme vorzunehmen. Unter dem 20.06.2014 beantragte die Ast. die Zurückstellung des Vorhabens für den Zeitraum von bis zu 12 Monaten. Nach Ablehnung dieses Zurückstellungsbegehrens erfolgte keine weitere Stellungnahme der Ast., so dass die Baugenehmigung dann am 18.12.2014 erteilt wurde.

Ausdrücklich hat die Ast. ihr Einvernehmen weder verweigert noch erteilt. Nach § 36 II 2 1. HS BauGB gilt das Einvernehmen der Gemeinde als erteilt, wenn es nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert wird.

a) Lauf der Prüfungsfrist bei unvollständigen Unterlagen

Zunächst kommt es darauf an, ob sich die Ast. darauf berufen kann, die Prüfungsfrist hätte wegen der Unvollständigkeit der ihr übermittelten Bauunterlagen gar nicht zu laufen begonnen.

aa) Vorgaben der Rechtsprechung

*„Vor der Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen im bauaufsichtlichen Verfahren (§ 36 I 1 BauGB) hat die Gemeinde zu prüfen, ob die bei ihr eingereichten Bauunterlagen eine sachgerechte Prüfung in bauplanungsrechtlicher Hinsicht ermöglichen. Das Recht auf Beteiligung im Baugenehmigungsverfahren, das der Gesetzgeber der Gemeinde zum Schutz ihrer Planungshoheit einräumt, ist mit der **Obliegenheit verbunden**, im Rahmen der Möglichkeiten, die ihr das Landesrecht eröffnet, gegenüber dem Bauherrn oder der Baugenehmigungsbehörde **auf die Vervollständigung des Bauantrags hinzuwirken**. Kommt die Gemeinde dieser Mitwirkungslast **nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Einreichung des Antrags** bei ihr nach, gilt ihr Einvernehmen nach § 36 II 2 Hs. 2 BauGB als erteilt.*

*Mit der Regelung über das Einvernehmen der Gemeinde in § 36 I 1 BauGB ruft der Gesetzgeber die Gemeinde als betroffene Gebietskörperschaft und **Trägerin der Planungshoheit zur eigenverantwortlichen planungsrechtlichen Beurteilung des Bauvorhabens** auf. Er überlässt es der Gemeinde, aus ihrer Ortskenntnis und ihrer planerischen Sicht festzustellen, ob der Bauantrag ihr eine fundierte bauplanungsrechtliche Bewertung des Vorhabens ermöglicht oder in dieser Hinsicht noch ergänzungsbedürftig ist. Ebenso obliegt ihr die Feststellung, ob und wann ein bei ihr eingereicherter Bauantrag in die erforderliche Beurteilungsreife „hineingewachsen“ ist. Die Entscheidung darüber kann und darf die Baugenehmigungsbehörde der Gemeinde nicht abnehmen. Auch das ergibt sich aus der Schutzfunktion des Einvernehmenserfordernisses.*

*Die Gemeinde ist auf Grund ihres Beteiligungsrechts im bauaufsichtlichen Verfahren berechtigt, ihre Entscheidung über das Einvernehmen bis zum Eingang der in bauplanungsrechtlicher Hinsicht erforderlichen Unterlagen zurückzustellen. Die zweimonatige **Einvernehmensfrist beginnt dann mit dem Eingang dieser Unterlagen** bei der Gemeinde; denn § 36 II 2 BauGB ist die Wertung des Gesetzgebers zu entnehmen, dass ein Zeitraum von zwei Monaten geboten, aber auch ausreichend ist, um der Gemeinde **eine Entscheidung auf der Grundlage (planungsrechtlich) vollständiger Unterlagen** zu ermöglichen.*

§ 36 II 2 Hs. 2 BauGB setzt der Gemeinde ... einen **zeitlichen Rahmen**, innerhalb dessen sie sich Klarheit darüber zu verschaffen hat, ob der Bauantrag nebst Bauvorlagen **bauplanungsrechtlich beurteilungsreif** ist. Lässt die Gemeinde die zweimonatige Einvernehmensfrist verstreichen, ohne dass sie einen Anlass sieht, mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln gegenüber dem Bauherrn oder der Baugenehmigungsbehörde **auf das Nachreichen einer bestimmten Bauvorlage hinzuwirken**, gilt ihr Einvernehmen nach Ablauf von zwei Monaten ab Antragseingang (bzw. ab dem Eingang nachgeforderter Unterlagen) als erteilt. Anderenfalls würde die Frist in einer Weise zur Disposition der Gemeinde gestellt, die mit **Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung** nicht vereinbar wäre. Das Genehmigungsverfahren würde mit einer zeitlichen Unsicherheit belastet, die der Gesetzgeber mit Einführung der Fristenregelung in § 36 II 2 BauGB **vor allem im Interesse des Bauherrn**, aber auch im öffentlichen Interesse an der Beschleunigung der Genehmigungsverfahren, gerade vermeiden wollte. Aus diesem Grund hat der erkennende Senat bereits entschieden, dass die zweimonatige Einvernehmensfrist durch die Verfahrensbeteiligten **nicht einvernehmlich verlängert** und ein als erteilt geltendes Einvernehmen von der Gemeinde nachträglich **nicht „widerrufen“ oder „zurückgenommen“** werden kann (BVerwG, NVwZ 1997, 900; BVerwGE 122, 13 = NVwZ 2005, 213).“ (OVG Lüneburg aaO.)

bb) Anwendung auf den Fall

Die Ast. war daher, unabhängig davon, ob die (Bau-)Genehmigungsbehörde den Bauantrag für unvollständig hält, gehalten, eigenständig zu prüfen, ob die bereits eingereichten Unterlagen zur Beurteilung der planungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens ausreichen oder die von der anderen Behörde geforderten weiteren Bauvorlagen erforderlich sind (vgl. BVerwGE 122, 13 = NVwZ 2005, 213; Gatz, jurisPR-BVerwG 4/2004, Anm. 6; Külpmann, jurisPR-BVerwG 15/2015, Anm. 6; Dürr in Brügelmann, BauGB, Band 3, § 26 Rn. 43; Rieger in Schrödter, BauGB, 8. Aufl., § 36 Rn. 24).

„Das VG stellt insofern zu Recht darauf ab, dass – soweit nach Lage der Akten erkennbar – die Ast. **weder innerhalb der vom Ag. für eine Prüfung der Vollständigkeit der Antragsunterlagen bis zum 18.06.2014 gesetzten Frist noch in den nachfolgenden Schriftsätzen** die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen gerügt bzw. Unterlagen nachgefordert habe.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Fraglich ist, ob sich die Ast. insofern geltend machen kann, dass aber jedenfalls die Ag. Unterlagen nachgefordert habe

„Die Ast. kann sich nicht darauf berufen, dass der **Ag. die Beigel. mit Schreiben vom 17.06.2014 zur Korrektur bzw. Vervollständigung von Antragsunterlagen aufgefordert** hat. Die Entscheidung darüber, ob der eingereichte Antrag beurteilungsreif ist, kann und darf – wie gesagt – die Genehmigungsbehörde der Gemeinde nicht abnehmen. Daher erlaubt der Umstand, dass der **Ag. Unterlagen nachgefordert** hat, nicht den Schluss, diese Unterlagen hätten mit dem Genehmigungsantrag eingereicht werden müssen, um der Gemeinde die bauplanungsrechtliche Beurteilung des Bauvorhabens zu ermöglichen und hätten deshalb Auswirkungen auf den Lauf der Zweimonatsfrist des § 36 II 2 BauGB gehabt.“ (OVG Lüneburg aaO.)

b) Einvernehmensverweigerung durch Zurückstellungsantrag

Allerdings könnte der am 20.06.2014, also noch innerhalb der Prüfungsfrist des § 36 II BauGB, gestellte Zurückstellungsantrag als Verweigerung des Einvernehmens zu sehen sein.

aa) Vorgaben für die Verweigerung des Einvernehmens

Die Gemeinde darf ihr Einvernehmen nach § 36 I 1 BauGB nur aus den sich aus §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden Gründen versagen, Mit dem Antrag auf Zurückstellung macht sie jedoch deutlich, dass das Vorhaben zwar nicht der aktuellen planungsrechtlichen Rechtslage, aber doch ihren Planungsvorstellungen für die Zukunft widerspricht.

„Einer Gemeinde ist es verwehrt, ihr Einvernehmen deshalb zu versagen, weil das Vorhaben ihren **Planungsvorstellungen nicht entspricht** oder sie es **aus sonstigen Gründen verhindern** will. Auch der Beschluss, einen Bebauungsplan aufzustellen, rechtfertigt für sich allein nicht die Versagung des Einvernehmens. Vor diesem Hintergrund kann die Eingabe einer Gemeinde nur als Versagung des gemeindlichen Einvernehmens angesehen werden, wenn sich ergibt, dass sie das **Vorhaben nach §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB für unzulässig** hält. Es reicht nicht aus, dass sie zum Ausdruck bringt, **neues Planungsrecht schaffen** oder das **Vorhaben allgemein verhindern zu wollen** (vgl. etwa OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 19.11.2008 – OVG 11 S 10/08, ZNER 2008, 395; OVG Münster, ZfBR 2011, 288 = BeckRS 2011, 45649; VG Hannover, Urt. v. 22.09.2011 – 12 A 3847/10, BeckRS 2011, 54865).“ (OVG Lüneburg aaO.)

bb) Anwendung auf den Fall

Die Ast. hat ihr Zurückstellungsgesuch darauf gestützt, neues Planungsrecht in Form eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans schaffen zu wollen, das durch das beantragte Vorhaben unmöglich oder wesentlich erschwert werden könne. Eine Versagung des gemeindlichen Einvernehmens enthalten diese Schreiben nicht.

„Aus ihnen ergeben sich auch **keine Anhaltspunkte** dafür, dass die Ast. das beantragte Vorhaben **nach §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB** für **unzulässig** hielt. Dass es – wie die Ast. geltend macht – „kein anderes Sicherungsinstrumentarium gegenüber dem Bauantrag gab“, berechtigt für sich genommen nicht, das Einvernehmen zu versagen.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Also Aspekte kann die Ast. auch nicht mehr im Klageverfahren geltend machen.

*„Mit Eintritt der Einvernehmensfiktion hat sie die Berechtigung verloren, die bauplanungsrechtliche Unzulässigkeit aus Gründen geltend zu machen, die zu diesem Zeitpunkt die Verweigerung des Einvernehmens gerechtfertigt hätten (OVG Münster, ZfBR 2011, 288 = BeckRS 2011, 45649; VGH München, Beschl. v. 25.08.2015 – 22 CS 15.1683, BeckRS 2015, 51968 Rn. 35; OVG Lüneburg, NVwZ 1999, 1003 = ZfBR 1999, 285; Rieger in Schrödter, BauGB, 8. Aufl., § 36 Rn. 25). Die **Frage der (Fortdauer der) Privilegierung nach § 35 I Nr. 6 BauGB** zieht die Ast. aus Gründen in Zweifel, die im Zeitpunkt des Eintritts der Einvernehmensfiktion bereits vorlagen. Die Erklärungsfrist kann auch nicht verlängert werden. Dem steht entgegen, dass durch § 36 II 2 BauGB „klare Verhältnisse“ über die Einvernehmenserklärung der Gemeinde geschaffen werden sollen (OVG Lüneburg, NVwZ 1999, 1003 = ZfBR 1999, 285 m.w.N.). Die Auffassung der Ast., ihr könne nicht vorgehalten werden, dass sie es versäumt habe, ergänzende Unterlagen zur Frage der Privilegierung anzufordern, oder überhaupt das Vorliegen der Privilegierung anzuzweifeln, lässt sich mit der gesetzgeberischen Intention nicht in Einklang bringen.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

VereinsG

Voraussetzungen für Vereinsverbot

POR

§ 3 I

Strafrechtswidrigkeit eines Vereins bei Straftaten von Mitgliedern

(OVG Lüneburg in BeckRS 2016, 45429; Urteil vom 13.04.2016 – 11 KS 272/14)

1. Eine **Bundeszuständigkeit** für das Verbotsverfahren wird nicht bereits dann begründet, wenn bei einer regional ausgerichteten Vereinstätigkeit **einzelne**, zeitlich begrenzte Delikts-handlungen, die verbotsbegründend sind, **außerhalb des Landes** Niedersachsen begangen wurden.
2. Eine Vereinigung erfüllt den Verbotstatbestand der Strafgesetzwidrigkeit daher grundsätzlich dann, wenn ihre **Mitglieder oder Funktionsträger Straftaten begehen, die der Vereinigung zurechenbar sind und ihren Charakter prägen**
3. Ein **von dem Präsidenten des Vereins und weiteren Vereinsmitgliedern begangener Straftatenkomplex** kann im Hinblick auf den Verbotstatbestand der Strafgesetzwidrigkeit derart einschlägig und schwerwiegend sein, dass er das Vereinsverbot trägt.

Fall: Der Kläger ist ein nicht eingetragener Verein mit Sitz in Adelebsen im Landkreis Göttingen. Der 2011 gegründete Verein trägt den Namen "Hells Angels MC Charter Göttingen" (im Folgenden: HAMC Göttingen) und versteht sich als Teil der im März 1948 in San Bernardino, Kalifornien/USA, gegründeten weltweiten Hells Angels Bewegung. Der Kläger wendet sich gegen das vom Niedersächsischen Ministerium für Inneres und Sport ausgesprochene Vereinsverbot.

Mit Verfügung vom 20.10.2014 stellte das Niedersächsische Ministerium für Inneres und Sport (im Folgenden: der Beklagte) unter Nr. 1 fest, dass der Zweck und die Tätigkeit des Vereins HAMC Göttingen den Strafgesetzen zuwiderlaufen (Satz 1) und die Vereinigung sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet (Satz 2). Der Verein wurde verboten und aufgelöst (Nr. 2). Seine Tätigkeit und die Bildung von Ersatzorganisationen sowie die Verbreitung oder öffentliche oder in einer Versammlung praktizierte Verwendung von Kennzeichen wurde untersagt (Nr. 3). Das Vereinsvermögen wurde beschlagnahmt und eingezogen (Nr. 4). Sachen Dritter wurden ebenfalls beschlagnahmt und eingezogen, soweit der Berechtigte durch Überlassung der Sachen an den Verein HAMC Göttingen dessen strafrechtswidrige Zwecke und Tätigkeiten vorsätzlich gefördert hat oder die Sachen zur Förderung dieser Zwecke und Tätigkeiten bestimmt sind (Nr. 5). Unter Nr. 6 der Verfügung wurde die sofortige Vollziehung der Verfügung angeordnet mit Ausnahme der unter Nr. 5 genannten Einziehungen.

Der Beklagte stellte die Verfügung am 24.10.2014 zu Händen von 15 namentlich genannten Personen zu. Weiterer Adressat der Verfügung ist B. B., der Bruder des Präsidenten. Er ist nicht Mitglied des Klägers. Nach Ansicht des Beklagten ist er mitverantwortlicher Funktionsträger und deshalb in die Verbotsmaßnahme miteinzubeziehen.

Zur Begründung der Verfügung wurde ausgeführt: Der Zweck und die Tätigkeit des Vereins HAMC Göttingen liefen den Strafgesetzen zuwider. Der Präsident des Vereins stehe im Verdacht, bis zum 29.09.2014 eine versuchte räuberische Erpressung zum Nachteil des Geschädigten P. begangen zu haben. Eine Mitbeteiligung an der Tat werde den Anwärtern K. und M. sowie dem Bruder des Präsidenten, B. B., vorgeworfen. B. B. stehe im Verdacht, nach dieser Tat den Geschädigten bedroht zu haben. B. B., K. und M. werde außerdem vorgeworfen, im Zusammenhang mit dem Erpressungsversuch einen räuberischen Diebstahl eines Laptops des Geschädigten begangen zu haben. Den Tatvorwürfen lägen folgende Ermittlungsergebnisse zugrunde. Bei einem Einbruchdiebstahl im Wohnhaus des Geschädigten P. am 17.09.2014 in Q. im Landkreis Kassel seien ein in zwei Tresoren befindlicher größerer Geldbetrag, der aus einer Versicherungsleistung herrühre, und ein kleinerer Tresor mit Schmuck entwendet worden. Zu dem Vorfallzeitpunkt sei der Geschädigte, der bereits längere Zeit vor dem Einbruch in Kontakt zu Mitgliedern des HAMC Göttingen gestanden habe, zu Besuch bei B. B. gewesen. Diesem gegenüber habe der Geschädigte in weiteren Gesprächen den Verdacht geäußert, dass die Tat von Mitgliedern des Vereins ausgeführt worden sei. Daraufhin habe der Präsident des Vereins den Geschädigten am 19.09.2014 wütend zur Rede gestellt und erklärt, er habe die „Hells Angels“ in Misskredit gebracht und müsse daher Schadenersatz in Höhe von mindestens 30.000 € zahlen, ansonsten werde er erschossen. Am 24.09.2014 hätten B. B., K. und M. den Geschädigten aufgesucht und angegeben, der Täter des Einbruchdiebstahls am 17.09.2014 sei bei den „Hells Angels“ erschienen und habe erklärt, der Geschädigte stehe doch mit den „Hells Angels“ in Verbindung. Bei diesem handele es sich um einen „Kinderficker“. Dieses ergebe sich aus Fotos, die er bei dem Einbruch entwendet habe. B. B. habe daraufhin gegenüber dem Geschädigten erklärt, durch diesen Umstand werde der Club „in den Dreck gezogen“ und es bestehe die Gefahr des Ausschlusses aus der Hells Angels-Gruppierung Hannover. Daher müsse nun Geld an die Hells Angels Hannover gezahlt werden. Mit dieser Begründung habe K. den Geschädigten aufgefordert, 100.000 € binnen zwei Tagen zu zahlen. Falls die Zahlung nicht erfolge, habe der Geschädigte "es hinter sich". Beim Verlassen der Wohnung des Geschädigten hätten die drei Tatbeteiligten neben einem Holzrelief einen Laptop mitgenommen, wobei der Geschädigte auf seinen Hinweis, die Mitnahme seines Laptops passe ihm nicht, sinngemäß zur Antwort erhalten habe, er könne froh sein, dass man ihm das Holzrelief nicht auf den Kopf schlage. Am 25.09.2014 habe der Präsident des Vereins den Geschädigten angerufen und erklärt, auf dem Laptop des Geschädigten seien unter anderem "Teenieersexfotos" gefunden worden. Falls er nicht binnen zwei Tagen 100.000 € zahle, werde der Laptop am Montag "zum Amt" gebracht. Nachdem der Geschädigte sich mit der Polizei in Verbindung gesetzt habe, seien der Präsident des Vereins und sein Bruder bei einer polizeilich überwachten

Geldübergabe am 29.09.2014 am Wohnhaus des Geschädigten festgenommen worden. Bei seiner Festnahme habe B. B. sich sinngemäß dahingehend geäußert, dass der Geschädigte "sowieso schon tot" sei. Einen Tag später habe er im Rahmen einer Beschuldigtenvernehmung dem Geschädigten angedroht, ihm „den Kopf einzuschlagen und ihn zu kastrieren“.

Zur weiteren Begründung der Verfügung wurde ausgeführt, dass der Beklagte als zuständige Behörde nach eigener Bewertung der staatsanwaltschaftlichen und polizeilichen Ermittlungsergebnisse aufgrund der glaubhaften Bekundungen des Geschädigten P., die mit den Erkenntnissen aus Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen korrespondierten, die vorstehend dargelegten Straftaten als bewiesen ansehe. Die Straftaten seien dem HAMC Göttingen zuzurechnen. Sie seien von dem Präsidenten des Vereins geplant, festgelegt und mit Beteiligung von Vereinsmitgliedern bzw. einem Funktionsträger begangen worden. Die Straftaten stünden in einem inneren Zusammenhang mit dem Verein. Unerheblich sei, dass der Präsident am 24.09.2014 nicht selbst in der Wohnung des Geschädigten zugegen gewesen sei. Er habe die Tat als verantwortlicher Hintermann gesteuert. Bei der Übergabe des erpressten Geldes sei er dann ebenfalls vor Ort gewesen. Der Zweck und die Tätigkeit des Vereins richteten sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung. Die dargestellten Straftaten zeigten, dass der Verein über eine eigene „Rechtsordnung“ und ein eigenes Sanktionssystem verfüge und Straftaten in Form der Selbstjustiz zur Bewahrung der eigenen Vereinsidentität ausübe. Daraus folge eine bewusste Absage an das Gewaltmonopol des Staates. Das Vereinsverbot sei geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne. Wird die hiergegen vom Verein erhobene Klage Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Klage

*„Die **Anfechtungsklage**, über die das **Oberverwaltungsgericht** nach § 48 II VwGO in erster Instanz entscheidet, ist zulässig. Der Kläger ist nach § 61 Nr. 2 **VwGO** **beteiligungsfähig**, auch wenn es sich bei ihm um eine **nichtrechtsfähige** Vereinigung handelt (BVerwG, Beschl. v. 02.03.2001 - 6 VR 1/01, 6 A 1/01 -, juris, Rn. 5). Der Kläger ist im Prozess auch **ordnungsgemäß** durch seine 11 Vollmitglieder, den Prospect und die beiden Hangarounds **vertreten**, die einstimmig beschlossen haben, gegen die **Verbotsverfügung** Klage zu erheben (§ 62 III VwGO).“* (OVG Lüneburg aaO.)

II. Begründetheit

Die Klage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die Verbotsverfügung rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt. Die Verbotsverfügung ist rechtswidrig, wenn eine Ermächtigungsgrundlage fehlt oder die formellen bzw. materiellen Rechtmäßigkeitsanforderungen nicht eingehalten werden.

1. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Verbotsverfügung ist § 3 I VereinsG

2. Formelle Rechtmäßigkeitsanforderungen

a) Zuständigkeit

Nach § 3 II 1 Nr. 1 VereinsG ist die Landesbehörde dann zuständig für Vereine und Teilvereine, deren erkennbare Organisation und Tätigkeit sich auf das Gebiet eines Landes beschränken. Erstreckt sich die Organisation oder Tätigkeit über das Gebiet eines Landes hinaus, so ist nach § 3 II 1 Nr. 2 VereinsG der Bundesminister des Innern zuständig.

*„Die **erkennbare Organisation** des Klägers ist **auf das Land Niedersachsen** begrenzt. Der Vereinssitz des Klägers befindet sich in Adelebsen im Landkreis Göttingen. Die Vereinsmitglieder haben ihren Wohnort in Niedersachsen. Die Aufnahme der Stadt Göttingen in den Vereinsnamen deutet ebenfalls darauf hin, dass es sich bei dem Kläger um einen Orts-Charter der Hells Angels mit lokalem Bezug handelt.*

*Die **Vereinstätigkeit** ist ebenfalls **auf das Land Niedersachsen beschränkt**. Der Kläger verfügt in Adelebsen über eine größere Liegenschaft, die als Vereinsheim dient. Nach den Erkenntnissen des Beklagten findet in den dortigen Räumlichkeiten ein aktives Vereinsleben statt. Der Kläger veranstaltete im Jahr 2013 eine Einweihungsfeier mit 300 bis 400 Gästen. Seither lädt er auch zu offenen Clubabenden ein und bietet ein Sportangebot für Jugendliche an. Diese auf die Region Göttingen begrenzte **Betätigung** des Klägers wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass dem Kläger ein **Komplex von Straftaten zugerechnet** wird, der **im Bundesland Hessen begangen** wurde. Nach dem Ermittlungsergebnis wurden zwar einzelne Tathandlungen am Wohnort des Geschädigten im Landkreis Kassel in Hessen ausgeführt. Andere Tathandlungen sollen aber in Niedersachsen stattgefunden haben, wie zum Beispiel Drohanrufe bei dem Geschädigten vor dem 29.09.2014. Abgesehen davon wird die **Bundeszuständigkeit** nach § 3 II 1 Nr. 2 VereinsG **nicht bereits dann begründet**, wenn **einzelne, zeitlich begrenzte Handlungen**, die verbotsbegründend sind, einen **überregionalen Bezug** aufweisen. Dadurch verlagert sich nicht der Schwerpunkt der Vereinstätigkeit, soweit er - wie hier - regional ausgerichtet ist.“* (OVG Lüneburg aaO.)

b) Form

Das Verbot ist nach § 3 IV VereinsG **schriftlich oder elektronisch** mit einer dauerhaft überprüfbaren Signatur nach § 37 IV VwVfG abzufassen, zu begründen und dem Verein zuzustellen. Diese Vorgaben wurden eingehalten

c) Verfahren

aa) Benehmen des Bundesinnenministeriums

Erfolgt ein Vereinsverbot durch eine Landesbehörde, so hat diese nach § 3 II 2 VereinsG das Benehmen des Bundesinnenministeriums herzustellen, wenn sich das Verbot gegen den Teilverein eines Vereins richtet, für dessen Verbot nach § 3 II S. 1 Nr. 2 der Bundesminister des Innern zuständig ist.

„Eine Entscheidung im "Benehmen" verlangt im Gegensatz zu einer solchen im "Einvernehmen" keine Willensübereinstimmung. Es bedeutet nicht mehr als die (gutachtliche) Anhörung der anderen Behörde, die dadurch Gelegenheit erhält, ihre Vorstellungen in das Verfahren einzubringen (BVerwG, Urt. v. 29.04.1993 - 7 A 2/92 -, BVerwGE 92, 258, juris, Rn. 22).“

Ob der Kläger lediglich eine Teilvereinigung eines über das Gebiet des Landes Niedersachsen hinausgehenden größeren Vereins der "Hells Angels Bewegung" darstellt und deshalb eine Einholung des Benehmens des Bundesministers des Innern erforderlich war, kann auf sich beruhen. Der Beklagte hat das Benehmen mit dem Bundesminister des Innern vorsorglich hergestellt. Er hat drei Tage vor der Zustellung der Verfügung, am 21.10.2014, den Entwurf der Verbotsverfügung dem Bundesminister des Innern per E-Mail zur Kenntnis übersandt und Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Die Nachricht enthält den Hinweis, dass beabsichtigt sei, das Verbot am 24.10.2014 zu vollziehen. Dieses Vorgehen genügt den Anforderungen an die Herstellung des Benehmens.“ (OVG Lüneburg aaO.)

bb) Anhörung

Vor Erlass eines Verwaltungsaktes, der in die Rechte des Betroffenen eingreift, ist diesen nach § 28 I VwVfG grds. die Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Dies ist hier nicht erfolgt. Sie könnte aber nach § 28 II Nr. 1 VwVfG entbehrlich gewesen sein, wenn nach den Umständen des Einzelfalls eine sofortige Entscheidung wegen **Gefahr im Verzug** oder **im öffentlichen Interesse notwendig** erscheint.

„Hierzu genügt es, dass die Verbotsbehörde unter diesen Gesichtspunkten aufgrund der ihr bekannt gewordenen Tatsachen eine sofortige Entscheidung für notwendig halten durfte (BVerwG, Urt. v. 05.08.2009 - 6 A 3/08 -, BVerwGE 134, 275, juris, Rn. 13, BVerwG, Urt. v. 13.04.1999 - 1 A 3/94 -, NVwZ-RR 2000, 70, juris, Rn. 19).“ (OVG Lüneburg, aaO.)

Fraglich ist, ob von einer solchen Notwendigkeit einer sofortigen Entscheidung im vorliegenden Fall ausgegangen werden kann.

„Nach der Begründung der Verbotsverfügung war eine sofortige Entscheidung im öffentlichen Interesse notwendig, um einen unerwünschten „Ankündigungseffekt“ zu vermeiden, der dem Kläger die Möglichkeit eröffnet hätte, seine Infrastruktur, sein Vermögen und Beweismittel dem behördlichen Zugriff zu entziehen. Dieses Bestreben, der Verbotsverfügung eine möglichst große Wirksamkeit zu verleihen, rechtfertigt in der Regel ein Absehen von der Anhörung (BVerwG, Urt. v. 13.04.1999 - 1 A 3/94 -, aaO., juris, Rn. 20). Wie in der Verbotsverfügung ausgeführt, wäre im Falle einer Anhörung die beabsichtigte Wirkung der Verbotsverfügung, nämlich das wirksame Vorgehen gegen den Verein, stark beeinträchtigt, wenn nicht sogar unmöglich gemacht worden.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Die Verbotsverfügung ist daher formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeitsanforderungen

Es müssten auch die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen.

a) Verfügung zu Nr. 1

Nach Art. 9 II GG sind Vereinigungen verboten, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten. Ein Verein darf nach § 3 I VereinsG allerdings erst dann als verboten im Sinne des Art. 9 II GG behandelt werden, wenn mindestens einer der Verbotsgründe durch Verfügung der

Verbotsbehörde festgestellt ist. Hier wurde die Verfügung darauf gestützt, dass die Zwecke des Klägers und seine Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen und er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet.

aa) Vorliegen eines Vereins

„Der Kläger erfüllt angesichts der von ihm mitgeteilten Organisationsstruktur und der durch den gemeinsamen Beschluss seiner Mitglieder, gegen die Verbotsverfügung Klage zu erheben, offen zu Tage getretenen organisierten Willensbildung alle Voraussetzungen eines Vereins im Sinne des Vereinsgesetzes (§ 2 I VereinsG).“ (OVG Lüneburg aaO.)

bb) Strafgesetzwidrigkeit

Fraglich ist, ob der Verbotgrund der Strafgesetzwidrigkeit vorliegt.

(1) Begriff der Strafgesetzwidrigkeit eines Vereins

„Der strafgesetzwidrige Zweck und die strafgesetzwidrige Tätigkeit einer Vereinigung ergeben sich aus den **Absichten und Verhaltensweisen ihrer Mitglieder**, da eine Vereinigung als solche nicht straffähig ist. Strafgesetzwidrigkeit einer Vereinigung ist gleichwohl rechtlich möglich, weil diese durch ihre Mitglieder und die sie repräsentierenden Vereinsorgane einen **vom einzelnen Mitglied losgelösten Gruppenwillen** bilden und insofern eine **eigene Zweckrichtung** festlegen sowie selbstständig handeln kann. Eine Vereinigung erfüllt den Verbotstatbestand der Strafgesetzwidrigkeit daher grundsätzlich dann, wenn ihre **Mitglieder oder Funktionsträger Straftaten begehen, die der Vereinigung zurechenbar sind und ihren Charakter prägen** (BVerwG, Urt. v. 18.10.1988 - 1 A 89/83 -, BVerwGE 80, 299, juris, Rn. 38 und 39, und Urt. v. 19.12.2012 - 6 A 6/11 -, NVwZ 2013, 870, juris, Rn. 50), etwa wenn die Straftaten der Selbstbehauptung gegenüber einer konkurrierenden Organisation gedient haben, es sich bei den betreffenden Mitgliedern um Personen mit Leitungsfunktion gehandelt hat, entsprechende strafbare Verhaltensweisen in großer Zahl sowie noch nach einer strafrechtlichen Ahndung entsprechender Taten im Bereich der Vereinsmitglieder aufgetreten sind oder die betreffenden Taten im Interesse des Vereins begangen worden sind (BVerwG, Beschl. v. 29.01.2013 - 6 B 40/12 -, aaO., juris, Rn. 32).

(2) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, nach diesen Maßstäben hier von einer Strafgesetzwidrigkeit ausgegangen werden kann, da im Zeitpunkt des Erlasses der Verbotsverfügung eine strafgerichtliche Verurteilung wegen der in der Verfügung in Bezug genommenen Straftaten noch nicht vorlag.

„Ein auf den Verbotgrund des § 3 I 1 Alt. 1 VereinsG i.V.m. Art. 9 II Alt. 1 GG gestütztes Vereinsverbot ist **rechtlich unabhängig von einer strafrichterlichen Verurteilung** einzelner Mitglieder oder Funktionäre der Vereinigung. Die Strafgesetzwidrigkeit ist **von der Verbotsbehörde** und dem Verwaltungsgericht **in eigener Kompetenz zu prüfen** (BVerwG, Urt. v. 05.08.2009 - 6 A 3/08 -, aaO., juris, Rn. 17 und 18). Dies begegnet mit Blick auf die **Unschuldsumutung** nach Art. 6 II EMRK **keinen rechtsstaatlichen Bedenken**, da ein Vereinsverbot weder eine (repressive) Strafe darstellt noch eine individuelle Schuldzuweisung enthält, sondern ausschließlich (präventiv) der **Abwehr vereinspezifischer Gefahren** dient (BVerwG, Urt. v. 07.01.2016 - 1 A 3/15 -, juris, Rn. 44). Mit dem Verbotstatbestand der Strafgesetzwidrigkeit soll der **besonderen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung** begegnet werden, die sich daraus ergibt, dass Straftaten in einem vereinsmäßig organisierten Zusammenhang begangen werden. Entgegen der Ansicht des Klägers beruhen die Feststellungen des Beklagten weder auf Gerüchten, unbelegten Annahmen und bloßen Maßnahmen noch auf sachfremden Erwägungen. Nach dem bei Erlass der Verbotsverfügung vorliegenden **Erkenntnismaterial**, das auf den **polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsergebnissen** fußte, durfte der Beklagte den ermittelten Sachverhalt dahingehend rechtlich bewerten, dass A. B., der Präsident des Klägers, K., der nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben des Klägers bei Erlass der Verfügung bereits Vereinsmitglied war, M. als Prospect sowie B. B., der Bruder des Präsidenten, bis zum 29.09.2014 schwerwiegende Straftaten zum Nachteil des Geschädigten P. begangen haben. Diese strafbaren Handlungen, die insbesondere angesichts des angedrohten Gewalteinsatzes schwer wiegen, sind dem Kläger zuzurechnen und prägen seinen Charakter.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Aufgrund der vorgenommenen, eigenständigen Wertung und der damit einhergehenden Gefahrenprognose ist unerheblich, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 20.10.2014 als dem für die Beurteilung der Verbotsverfügung maßgeblichen Zeitpunkt eine strafgerichtliche Verurteilung der Täter (noch) nicht vorlag. Die **Mitglieder des Klägers haben in einer**

der **Vereinigung zuzurechnenden und sie prägenden Weise** im September 2014 **schwerwiegende Straftaten** begangen, so dass Strafrechtswidrigkeit des Klägers angenommen werden kann.

„[Es läuft aber] nicht nur die Tätigkeit des Klägers, sondern auch dessen Zweck den Strafgesetzen zuwider. Der **Zweck des Klägers** ist darauf gerichtet, **dass seine Mitglieder** - und auch Anhänger bzw. Dritte, wie sich im vorliegenden Fall aus den Umständen der Tatbegehung zulasten des Geschädigten P. ergibt - **Straftaten begehen** und hierbei der **Bezug zum Verein hergestellt** wird. Für eine solche Zweckerichtung spricht insbesondere, dass der Präsident und Anführer des Klägers unmittelbar an der Tatbegehung beteiligt war und Tatbeiträge der anderen Tatbeteiligten im Hintergrund gesteuert hat. Ob der Kläger auch einen legalen Zweck anstrebt, ist unerheblich. Zur Erfüllung des Verbotstatbestandes ist es **nicht erforderlich**, dass die **Strafgesetzwidrigkeit den Hauptzweck** oder die Haupttätigkeit der Vereinigung ausmacht (BVerwG, Urt. v. 18.10.1988 - 1 A 89/83 -, aaO., juris, Rn. 39).“ (OVG Lüneburg aaO.)

cc) Verhältnismäßigkeit

Grundsätzlich ist bei § 3 VereinsG bei Vorliegen eines Verbotsgrundes keine Verhältnismäßigkeitsprüfung mehr anzustellen.

„Die in der **Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts** herausgearbeiteten Kriterien, nach denen strafbares Verhalten ihrer Mitglieder einer Vereinigung zugerechnet werden darf und unter denen dieses Verhalten die Vereinigung zu prägen geeignet ist (BVerwG, Urt. v. 18.10.1988 - 1 A 89/83 -, aaO., juris, Rn. 38 und 39, und BVerwG, Beschl. v. 29.01.2013 - 6 B 40/12 -, aaO., juris, Rn. 32), bieten **hinreichende Ansatzpunkte**, um **auf der Tatbestandsseite der Norm** bei der Feststellung des Verbotsgrundes der Strafgesetzwidrigkeit den **Anforderungen des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** Rechnung zu tragen (BVerwG, Urt. v. 05.08.2009 - 6 A 3/08 -, aaO., juris, Rn. 87, und Urt. v. 16.11.2015 - 1 A 4/15 -, juris, Rn. 48). Für Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit **auf der Rechtsfolgenseite** des Verbotstatbestandes des § 3 I 1 Alt. 1 VereinsG i.V.m. Art. 9 II Alt. 1 GG ist demnach **kein Raum mehr**.

Die Auffassung des Klägers, ein Vereinsverbot greife rechtlich erst, wenn die Verhaltensweise des Vereins strafgesetzwidrig darauf ausgerichtet sei, **im Wege eines kollektiven Entschlusses und aufgrund einer gefestigten Gruppendynamik** organisiert Straftaten zu begehen, läuft darauf hinaus, dass eine Vereinigung erst dann den Verbotsgrund erfüllt, **wenn alle ihre Mitglieder straffällig** werden und Zweck und Tätigkeiten der Vereinigung ausschließlich auf die Begehung von Straftaten gerichtet sind. Das wird seinerseits der Gefährlichkeit einer Vereinigung nicht gerecht, die durch die Straftaten ihrer Mitglieder geprägt wird. Der **Schutz bedrohter Rechtsgüter Dritter** erfordert ein Verbot auch dann, wenn die Vereinigung neben legalen Zielen durch das Verhalten ihrer Mitglieder strafrechtlich relevante Zwecke verwirklicht und dadurch geprägt wird (BVerwG, Beschl. v. 29.01.2013 - 6 B 40/12 -, aaO., juris, Rn. 32).

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob **im Einzelfall ausnahmsweise auf der Rechtsfolgenseite Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit** anzustellen sind. Hier fehlt es an Besonderheiten, die eine solche Prüfung erforderlich machen könnten.“ (OVG Lüneburg aaO.)

b) Art. 11 I EMRK

Fraglich ist, ob Art. 11 I EMRK die dort gewährleistete Vereinigungsfreiheit nicht eine abweichende Auslegung oder Anwendung des § 3 I 1 Alt. 1 VereinsG i.V.m. Art. 9 II Alt. 1 GG gebieten.

„Der Kläger macht geltend, die in der Rechtsprechung entwickelten **Grundsätze zur Feststellung der Strafgesetzwidrigkeit eines Vereins** seien **unvereinbar** mit den durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entwickelten **Verbotsvoraussetzungen** und den nach Art. 11 II 1 EMRK anzuerkennenden äußersten Grenzen eines rechtsstaatlich vertretbaren Vereinsverbotes. Nach der Rechtsprechung des EGMR müsse die Verbotsbehörde den **Nachweis für das Fehlen gleich geeigneter, aber gegenüber einem Vereinsverbot weniger einschneidender Maßnahmen** führen. Dieser Nachweis sei in dem vorliegenden Verfahren von der Verbotsbehörde nicht geführt worden. Mit dieser Auffassung dringt der Kläger nicht durch. Wie bereits ausgeführt, ist den **Anforderungen des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf der Tatbestandsseite der Norm**, das heißt bei der Prüfung Rechnung zu tragen, ob die Voraussetzungen eines Vereinsverbotsgrundes vorliegen. Bei dem Verbotstatbestand des § 3 I 1 Alt. 1 VereinsG i.V.m. Art. 9 II Alt. 1 GG bildet das Erfordernis, dass ein unter dem Gesichtspunkt der Strafgesetzwidrigkeit relevantes Verhalten einzelner Personen dem Verein zurechenbar sein und dessen Charakter prägen muss (BVerwG, Urt. v. 05.08.2009 - 6 A 3/08 -, aaO., juris, Rn. 87, und Urt. v. 16.11.2015 - 1 A 4/15 -, juris, Rn. 48), den Ansatzpunkt für die Berücksichtigung der aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ableitbaren Gebote (BVerwG, Beschl. v. 19.11.2013 - 6 B 25/13 -, juris, Rn. 23).“ (OVG Lüneburg aaO.)

Die Feststellung zur Strafrechtswidrigkeit des Klägers ist daher rechtmäßig.

aa) Wider die Verfassungsmäßige Ordnung

Als Verbotgrund ist in Nr. 1 der angegriffenen Verfügung zudem genannt, dass sich der Kläger gegen die verfassungsmäßige Ordnung richte. Fraglich ist, ob die Voraussetzungen des § 3 I 1 Alt. 2 VereinsG i.V.m. Art. 9 II Alt. 2 GG vorliegen. Danach ist eine Vereinigung verboten, wenn sie sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet.

(1) Anforderungen an verfassungsfeindliche Grundhaltung

*„Zu dieser Ordnung gehört vor allem die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten **Menschenrechten** sowie das **demokratische Prinzip** mit der Verantwortlichkeit der Regierung, das **Mehrparteienprinzip** und das Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer **Opposition**. Das Verbot einer Vereinigung ist nicht schon gerechtfertigt, wenn diese die verfassungsmäßige Ordnung lediglich ablehnt und ihr andere Grundsätze entgegenstellt. Sie muss ihre **verfassungsfeindlichen Ziele auch kämpferisch-aggressiv verwirklichen** wollen. Dazu genügt, dass sie die verfassungsmäßige Ordnung fortlaufend untergraben will; sie muss ihre Ziele nicht durch Gewaltanwendung oder sonstige Rechtsverletzungen zu verwirklichen suchen (BVerwG, Beschl. v. 11.08.2009 - 6 VR 2/09 -, NVwZ-RR 2009, 803, juris, Rn. 11).“* (OVG Lüneburg aaO.)

(2) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob sich daran gemessen eine verfassungsfeindliche Grundhaltung des Klägers feststellen lässt.

*„Der Beklagte weist zwar zu Recht darauf hin, dass **einzelne Mitglieder** des Klägers diesem zurechenbar bei ihren strafbaren Handlungen eine **erhebliche Gewaltneigung** an den Tag gelegt haben. Das Vorgehen belegt die Bereitschaft, **Vereinsziele** wie die Wahrung der Vereinsehre und die Aufrechterhaltung des vorhandenen Machtgefüges **erforderlichenfalls mit Gewalt durchzusetzen**. Daraus lässt sich aber noch nicht ableiten, dass der Kläger gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichtete Ziele kämpferisch-aggressiv verfolgt. Hierzu müssen sich die Aktivitäten **gerade gegen die für staatliche Strukturen grundlegenden Prinzipien** richten. Der Beklagte hat nicht den Nachweis geführt, dass der Kläger durch die vereinsprägenden Straftaten seiner Mitglieder das **staatliche Gewaltmonopol angreifen** wollte. Mit der Gewaltandrohung gegenüber dem Geschädigten P. ging es ihm lediglich darum, die vermeintlich in Mitleidenschaft gezogene **Vereinsehre wiederherzustellen** und die **Vereinsautorität nach innen und außen zu sichern**. Darin kommt eine hohe kriminelle Energie zum Ausdruck. Sie richtete sich aber **nicht gegen staatliche Strukturen**, sondern vorrangig gegen eine dritte Person. Würden Straftaten der vorliegenden Art ausreichen, um anzunehmen, dass der Verein nachhaltig die Zielsetzung verfolgt, verfassungsfeindliche Ziele zu verwirklichen, wären weite Teile der organisierten Gewaltkriminalität deckungsgleich mit Bestrebungen, die sich auch gegen die verfassungsmäßige Ordnung richten. Ein solch weites Verständnis des Verbotgrundes scheidet aus, da die in einer Gewaltanwendung liegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit bereits durch den Verbotgrund der Strafgesetzwidrigkeit abgedeckt wird (Schlesw.-Holst. OVG, Urt. v. 26.02.2014 - 4 KS 1/12 -, aaO., juris, Rn. 155).“* (OVG Lüneburg aaO.)

Die Voraussetzungen des § 3 I 1 Alt. 2 VereinsG i.V.m. Art. 9 II Alt. 2 GG liegen nicht vor. Die Verfügung ist daher insoweit rechtswidrig und daher aufzuheben (Schlesw.-Holst. OVG, Urt. v. 26.02.2014 - 4 KS 1/12 -, aaO., juris, Rn. 157; Roth, in: Schenke/Graulich/Ruthig, aaO., § 3 VereinsG, Rn. 278 ff.).

c) Verfügungen zu Nr. 2 bis 5

„Die in der angefochtenen Verfügung neben dem Vereinsverbot enthaltenen weiteren Entscheidungen zulasten des Klägers finden ihre Rechtsgrundlage in § 3 I Satz 1 Halbsatz 2 VereinsG (Auflösung), § 3 I 2 i.V.m. § 8 I VereinsG (Verbot der Bildung von Ersatzorganisationen), § 9 I 1 VereinsG (Kennzeichenverbot), §§ 10 und 11 VereinsG (Vermögensbeschlagnahme und -einziehung) sowie § 12 I und II VereinsG (Einziehung bestimmter Forderungen und Sachen Dritter). Das gleichzeitig unter Nr. 3 ausgesprochene Betätigungsverbot ergibt sich aus der Natur des Vereinsverbots und der Auflösungsanordnung, ohne dass es einer eigenen Rechtsgrundlage bedarf.“ (OVG Lüneburg aaO.)

III. Ergebnis

Die Anfechtungsklage hat Erfolg, soweit Sie gegen Satz 2 der Verfügung zu Nr. 1 (wider die verfassungsmäßige Ordnung) gerichtet ist, hinsichtlich aller anderen Verfügung wird die Klage abgewiesen werden.

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
§ 434

Herstellergarantie als Beschaffenheitsmerkmal Weiter Sachmangelbegriff

KaufR

(BGH in NJW 2016, 2874; Urteil vom 15.06.2016 – VIII-ZR 134/15)

1. Der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz an die Stelle des § 459 BGB a.F. getretene **§ 434 BGB** geht von einem **wesentlich weiteren Sachmangelbegriff** aus, so dass auf diese Vorschrift die enge Beschaffenheitsdefinition des § 459 I BGB a.F. nicht mehr angewendet werden kann.
2. Als **Beschaffenheit** einer Kaufsache im Sinne von § 434 I BGB sind sowohl **alle Faktoren anzusehen**, die der Sache selbst anhaften, als **auch alle Beziehungen der Sache zur Umwelt**, die nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben.
3. Das Bestehen einer **Herstellergarantie** für ein Kraftfahrzeug stellt in der Regel ein **Beschaffenheitsmerkmal** der Kaufsache nach § 434 I BGB dar, so dass dessen Fehlen – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen dieser Vorschrift – einen Sachmangel begründet

Fall: Der Kl. begehrt die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über einen Audi TT RS Coupé. Der Bekl., ein Kraftfahrzeughändler, hatte dieses Fahrzeug auf der Internetplattform „m.de“ mit der Beschreibung „inklusive Audi-Garantie bis 11/2014“ zum Verkauf angeboten. Der Kl. erwarb das Fahrzeug am 06.07.2013 mit einer Laufleistung von 45.170 km zum Preis von 42.200 €. Der Kl. erhielt auf die Audi-Garantie im Audi Zentrum der Streithelferin zunächst im August 2013 aufgrund von Getriebeproblemen ein Austauschgetriebe und im September 2013 ein neues Steuergerät für die Kraftstoffpumpe. Da die Motorstörungen weiterhin auftraten, veranlasste die Streithelferin eine Analyse durch die Audi AG. Diese stellte eine Abweichung der Kilometerstände des Kom-bigeräts und des Motorsteuergeräts fest und verweigerte anschließend mit der Begründung, im Rahmen einer Motoranalyse seien Anzeichen für eine Manipulation des Kilometerstands – vor Übergabe des Fahrzeugs an den Kl. – festgestellt worden, weitere Garantieleistungen. Die Streithelferin verlangte daraufhin vom Kl. die Zahlung von insgesamt 1.121,65 € für durchgeführte Reparaturen und für das während der letzten Reparatur zur Verfügung gestellte Ersatzfahrzeug.

Der Kl. erklärte mit Schreiben vom 02.10.2013 den Rücktritt vom Kaufvertrag. Mit seiner Klage verlangte er die Rückzahlung des Kaufpreises unter Anrechnung der Gebrauchsvorteile für die gefahrenen Kilometer sowie den Ersatz nutzloser Aufwendungen, insgesamt 45.773,87 € nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs.

„Mit der vom BerGer. gegebenen Begründung kann ein Anspruch des Kl. auf Rückabwicklung des Kaufvertrags (§§ 437 Nr. 2, 434 I, 323, 346 I, 348 BGB) nicht verneint werden. Entgegen der Auffassung des BerGer. stellt das **Bestehen einer Herstellergarantie in der Regel ein Beschaffenheitsmerkmal** der Kaufsache nach § 434 I 1 BGB (Beschaffenheitsvereinbarung) und § 434 I 2 BGB (Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder die gewöhnliche Verwendung) dar, so dass dessen **Fehlen** – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen dieser Vorschriften – einen **Sachmangel begründet**.

Das BerGer. hat verkannt, dass sich die Rechtslage hinsichtlich der kaufrechtlichen Beschaffenheit mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) vom 26.11.2001 (BGBl. I 2001, 3138) am 1.1.2002 grundlegend geändert hat. Denn der an die Stelle des § 459 BGB a.F. getretene § 434 BGB geht von einem **wesentlich weiteren Sachmangelbegriff** aus, so dass auf diese Vorschrift die **enge Beschaffenheitsdefinition** des § 459 I BGB a.F., auf die sich das BerGer. gestützt und die auch der Senat – zum früheren Recht, auch speziell zur Kraftfahrzeuggarantie – vertreten hat (Senat, BGHZ 132, 320 [324 ff.] = NJW 1996, 2025), **nicht mehr angewendet** werden kann.

Durch die Neuregelung des Gewährleistungsrechts im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sind die im früheren Recht vorhandenen Unterschiede zwischen Fehlern (§ 459 I BGB a.F.) und zusicherungsfähigen Eigenschaften (§ 459 II BGB a.F.) dergestalt aufgehoben worden, dass **über den engen Fehlerbegriff hinaus jedenfalls jede nach früherem Recht zusicherungsfähige Eigenschaft nunmehr eine Beschaffenheit i.S.d. § 434 I BGB darstellt** (BGH, NJW 2011, 1217 Rn. 13; NJW 2013, 1671 Rn. 10). Damit sind als Beschaffenheit einer Sache i.S.v. § 434 I BGB sowohl alle Faktoren anzusehen, die der Sache selbst anhaften, als **auch alle Beziehungen der Sache zur Umwelt**, die nach der Verkehrsauffassung **Einfluss auf die Wertschätzung** der Sache haben (BGH, NJW 2013, 1948 Rn. 15; NJW 2013, 1671; Senat, Beschl. v. 26.08.2014 – VIII ZR 335/13, BeckRS 2014, 17609; OLG Koblenz, MDR 2012, 507 [508] = BeckRS 2012, 06811; ähnl. Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2013, § 434 Rn. 54; MüKo-BGB/Westermann, 7. Aufl., § 434 Rn. 10; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 12. Aufl., Rn. 2441, jew. m.w.N.; enger hingegen Erman/Grunewald, BGB, 14. Aufl., § 434 Rn. 3).“ (BGH aaO.)

BGB
§§ 307, 535 I 2

Freizeichnungsklausel bei Schönheitsreparaturen Anforderung an Wirksamkeit

MietR

(LG Karlsruhe in NJW 2016, 2897; Beschluss vom 23.06.2016 – 9 T 56/16)

„Es kann dahinstehen, ob allein anhand des Klägervortrags sowie aufgrund der vorgelegten Lichtbilder überhaupt von einer Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs durch die verschlissenen Böden, Türen und Türrahmen sowie die für erforderlich gehaltenen Streich- und Tapezierarbeiten ausgegangen werden kann. Denn bei den zur Beseitigung dieser behaupteten Beeinträchtigungen erforderlichen Arbeiten handelt es sich um **laufende Schönheitsreparaturen**, zu deren Vornahme die Bekl. nicht verpflichtet sind. Die Bekl. haben sich vielmehr nach § 17 Nr. 1 Mietvertrag wirksam von der Verpflichtung zur Durchführung laufender Schönheitsreparaturen **freigezeichnet**. Eine solche Freizeichnungsklausel stellt dabei – wie das AG zutreffend ausführt – **keine unangemessene Benachteiligung** i.S.v. § 307 BGB dar und ist grundsätzlich – jedenfalls isoliert betrachtet – wirksam (vgl. hierzu Lützenkirchen, NZM 2016, 113 [115]).

Zwar ist die **Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter** nach der Rechtsprechung des BGH auch bei Verwendung einer angemessenen Fristenregelung lediglich dann wirksam, wenn die **Wohnräume bei Überlassung an den Mieter renoviert übergeben** wurden oder wenn dem Mieter bei Überlassung eines unrenovierten Mietobjekts ein **angemessener Ausgleich zur Verfügung gestellt** wurde (vgl. BGHZ 204, 302 = NJW 2015, 1594 = NZM 2015, 374). Beruft sich der Mieter jedoch auf die Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel, obliegt es ihm, darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die **Wohnung bei Mietbeginn unrenoviert oder renovierungsbedürftig** übergeben wurde (BGHZ 204, 302 = NJW 2015, 1594 = NZM 2015, 374).“ (LG Karlsruhe aaO.)

BGB
§§ 823 I, 1004

Diskussion über Kölner Silvesternacht Zulässige Meinungsäußerung

ZivilR

(OLG Köln in NJW RR 2016, 1061; Beschluss vom 07.04.2016 – 15 W 14/16)

Fall: Der Ag. erklärte gegenüber den Medien unter anderem: „Meiner Meinung nach haben Leute wie C R hier mittelbar mitvergewaltigt ..., nicht im juristischen Sinne, aber im übertragenen Sinne.“

Das LG Köln hat den auf Unterlassung der Äußerungen gerichteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung der Ast. zurückgewiesen.

„Das LG hat ihren Antrag, dem Bekl. im Wege der einstweiligen Verfügung die streitgegenständliche Äußerung „Meiner Meinung nach haben Leute wie C R hier mittelbar mitvergewaltigt“ zu untersagen, **zu Recht** mit der Begründung **zurückgewiesen**, dass der Ast. gegen den Ag. diesbezüglich **kein Unterlassungsanspruch** gem. §§ 823 I, 1004 BGB analog i.V.m. Art. 2 I, 1 I GG zusteht, weil es sich um eine vom **Schutzbereich der Meinungsfreiheit** gem. Art. 5 I GG erfasste Meinungsäußerung handelt, die entgegen der Auffassung der Ast. insbesondere **noch nicht als unzulässige Schmähkritik** einzustufen ist.

Zur Begründung nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Beschluss des LG vom 29.02.2016, denen er sich vollumfänglich anschließt. Danach teilt der Senat die Ansicht des LG, dass die **streitgegenständliche Äußerung zwar polemischprovokant und überspitzt formuliert** ist. In Anbetracht ihres Gesamtkontexts – eine Interview-Äußerung des Ag. als Landtagskandidat und Mitglied des Landesvorstands der AfD im Vorfeld des Landtagswahlkampfes zu dem öffentlich äußerst kontrovers diskutierten Thema der (auch) von der Ast. unterstützten Politik gegenüber nach Deutschland einreisenden Flüchtlingen im Licht der Ereignisse in der Kölner Silvesternacht – sowie insbesondere auch in Anbetracht der unmittelbaren Klarstellung des Ag., dass seine **Äußerung nicht im juristischen, sondern im übertragenen Sinne gemeint** sei, ist sie aber noch sachbezogen und steht bei ihr keine persönliche Diffamierung der Ast. im Vordergrund.

Der Einwand der Ast., der streitgegenständlichen Äußerung fehle insbesondere deshalb **jegliche Anknüpfungstatsache**, weil zu den **Geschehnissen in Köln** bislang (und zudem erst drei Wochen nach der Ausstrahlung der Äußerung) **lediglich zwei Strafanzeigen wegen Vergewaltigung** bekannt geworden seien, bei denen ein Zusammenhang mit der Flüchtlingskrise oder Bürgern mit Migrationshintergrund nicht ersichtlich sei, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Unstreitig ist es bereits in der Silvesternacht zu einer **Vielzahl von Strafanzeigen** nicht nur wegen Eigentumsdelikten, sondern auch **wegen sexueller Übergriffe** gekommen, bei denen die Besch. **zu einem nicht unerheblichen Teil Flüchtlinge** waren. Auch die Ast. stellt nicht in Abrede, dass bereits im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Äußerung zahlreiche Anzeigen wegen zum Teil erheblicher sexueller Übergriffe, d.h. sexueller Nötigung gem. § 177 I StGB vorlagen. Abgesehen davon, dass der Strafrahmen dieses Delikts sich von demjenigen einer Vergewaltigung gem. § 177 II StGB nur durch eine Mindeststrafe von einem statt zwei Jahr(en) unterscheidet, hat der Ag. außerdem ausdrücklich klargestellt, dass er seine Äußerung nicht im juristischen, sondern im übertragenen Sinne meint. In Anbetracht dessen handelt es sich ersichtlich um eine **plakativ-überspizte, vergrößernde Darstellung des tatsächlichen Hintergrunds**, die auch aus Sicht eines Durchschnittsrezipienten gerade im Zusammenhang mit der übrigen plakativen Wortwahl des Ag. („Multikulti“ als vermeintlich „sorgenfreie Wahl zwischen Ente süß-sauer und Falafel“) entsprechend zu verstehen war.

Der Senat vermag auch dem weiteren Einwand der Ast. nicht zu folgen, jedenfalls werde jeglicher Anknüpfungspunkt zu einer Sachdebatte von einem **an sie persönlich gerichteten Vorwurf** und damit von dem auf ihre persönliche Diffamierung gerichteten Ziel des Ag. verdrängt, sie mit schweren Straftaten in Verbindung zu bringen und damit als **Hass-Figur für rechtskonservative Wählerkreise** zu inszenieren. Dagegen spricht bereits, dass der Ag. seine Äußerung nicht allein auf die Ast. bezogen, sondern von „Leute(n) wie“ gesprochen hat. Damit hat er sie lediglich als eine Vertreterin der von ihm als falsch kritisierten und seiner Auffassung nach für die Geschehnisse in der Kölner Silvesternacht mitverantwortlichen Flüchtlingspolitik benannt, ohne sie gegenüber anderen Vertretern dieser Politik besonders nachteilig hervorzuheben oder sich im Übrigen in diesem Zusammenhang abfällig über ihre Persönlichkeit zu äußern. In dieser **bloß beispielhaften Benennung als Vertreterin einer politischen Richtung** im Kontext mit seiner inhaltlichen Kritik an dieser Politik liegt aber keine das sachliche Anliegen des Ag. in den Hintergrund drängende persönliche Kränkung der Ast., die darauf zielen würde, ihr **provokativ und absichtlich verletzend jeden Achtungsanspruch abzusprechen**.

Die **Grenze zur Schmähkritik** ist daher – unabhängig davon, ob man die Auffassung des Ag. teilt oder nicht – noch **nicht überschritten**, so dass die Ast. die Äußerung im vorliegenden politischen Meinungskampf noch hinzunehmen hat.“ (OLG Köln aaO.)

BGB
§ 1361 a I 1

Herausgabe des Familien-Pkw an den Ehemann Eingreifen von Vermutungsregeln

ZivilR

(OLG Koblenz in NJW 2016, 2892; Urteil vom 15.06.2016 – 13 UF 158/16)

Fall: Die Bet. sind getrennt lebende Eheleute. Sie streiten um einen Pkw Ford Galaxy bzw. um Nutzungsvergütungs- bzw. Nutzungsentschädigungsansprüche hierfür. Der Ast. kaufte das Fahrzeug im Jahr 2010 und erwarb es dabei unstreitig zu Alleineigentum. Der Wagen diente während der bereits damals bestehenden Ehe als „Familienkutsche“ und wurde im Wesentlichen von der Ag. gefahren, dies unter anderem deshalb, weil der Ast. oft längere Zeit beruflich auswärts bzw. im Ausland tätig war bzw. einen Dienstwagen zur Verfügung hatte. Als der Ast. nach der Trennung vermehrt Strafzettel betreffend dieses Fahrzeug erhielt, wollte er es der Ag. wegnehmen und stilllegen lassen. Da die Ag. den Wagen nicht herausgab und zudem am 21.09.2015 umgemeldet hatte, scheiterte der Ast. jedoch damit.

Im vorliegenden Verfahren hat der Ast. vor dem FamG ab dem 22.09.2015 eine Nutzungsvergütung in Höhe 29 € pro Tag bis zur Herausgabe des Fahrzeugs, hilfsweise dessen Herausgabe begehrt. Er sei Eigentümer des Wagens und die Ag. benötige diesen weder privat noch beruflich. Die Ag. ist dem Antrag entgegengetreten. Sie hat eingewandt, dass der Ast. ihr das Fahrzeug geschenkt habe. Überdies sei sie auch weiterhin auf die Nutzung angewiesen.

I. Eigentum des Ast.

„Zutreffend geht das FamG zwar von einer **analogen Anwendbarkeit der Miteigentumsvermutung des § 1568 b II BGB** auch für die Hausratverteilung in der Zeit des Getrenntlebens aus. Auch ist der Pkw hier als Haushaltsgegenstand anzusehen. Denn er diene als „Familienkutsche“. Insoweit folgt der Senat der mittlerweile wohl überwiegenden Ansicht, dass ein **Pkw** – abweichend von der älteren Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, NJW 1991, 1547 = FamRZ 1991, 43 sowie auch OLG Koblenz, NJOZ 2005, 4416) – **schon dann Haushaltsgegenstand ist, wenn er neben der beruflichen Nutzung überwiegend für Fahrten mit der Familie, Einkäufe usw. genutzt wird** (vgl. MüKo-BGB/Weber-Monecke, 6. Aufl. 2013, § 1361 a Rn. 6 m.w.N. und OLG Frankfurt a. M., NJW 2015, 2346 m.w.N.).

Allerdings besagt die Vermutung des § 1568 b II BGB lediglich, dass beim Erwerb von Haushaltsgegenständen die dinglichen Erklärungen von Veräußerer und Erwerber **im Zweifel als Übereignung an den, den es angeht**, also – und zwar auch bei Abwesenheit eines Ehegatten – an beide Eheleute, zu verstehen sind, wodurch diese gemeinsames Eigentum erwerben (vgl. Götz in Johannsen/Henrich, Familienrecht, 6. Aufl. 2015, § 1361 a BGB Rn. 53 aE). Indes **greift diese Vermutung bereits dem Wortlaut nach nicht**, wenn das **Alleineigentum eines Ehegatten feststeht**, vgl. § 1568 b II aE BGB. Letzteres ist vorliegend gerade der Fall. Denn unstreitig hat der Ast. das Fahrzeug im Jahr 2010 beim Kauf zu Alleineigentum erworben.“ (OLG Koblenz aaO.)

II. Eigentumsübergang auf die Ag.

Die Ag. hat weder einen Eigentumsübergang auf sich zu beweisen vermocht noch kann sie sich auf die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB berufen.

„Zwar hat die Ag. das **Fahrzeug in Besitz**. Entgegen des oft verkürzt dargestellten Regelungsinhalts des § 1006 BGB wird durch diese Vorschrift allerdings nicht das Eigentum des Besitzers vermutet. Vielmehr geht die Vermutung dahin, dass der **Besitzer bei Besitzerwerb Eigenbesitz begründet und dabei unbedingtes Eigentum erworben** hat. Das ist hier schon nach dem Vortrag der Ag. nicht der Fall. Denn sie will das (Allein-)Eigentum an dem Fahrzeug erst durch eine Schenkung an ihrem Geburtstag im Mai 2010 bzw. eine Nutzungsüberlassung später im Jahr 2014 erworben haben.

Den **Beweis** für ihre Behauptung, ihr sei der Pkw an ihrem Geburtstag im Mai 2010 **geschenkt** worden, hat die Ag. **nicht zu führen vermocht**. Die von ihr hierfür als Zeugin angebotene gemeinsame Tochter der Ehegatten hat angegeben, bei dem Geburtstag nicht anwesend, sondern ortsabwesend in Thailand gewesen zu sein. Auch konnte sie keine Angaben zu etwaigen Vereinbarungen ihrer Eltern, der Beteiligten, machen.

Für das Jahr 2014 lässt sich sodann **allenfalls eine vorübergehende Gebrauchsüberlassung** des Fahrzeugs an die Ag. feststellen. Damit ist jedoch regelmäßig keine Übereignung verbunden.“ (OLG Koblenz aaO.)

III. Nutzungsberechtigung der Ag.

Soweit der Ast. ihr das Fahrzeug im März 2014 zur Nutzung überlassen haben sollte, wäre diese Nutzungsüberlassung grundsätzlich **jederzeit für die Zukunft widerrufbar**. Spätestens in dem Herausgabeverlangen im Sommer 2015 wäre dann ein solcher Widerruf zu sehen.

„Eine **Überlassungspflicht** zu Gunsten der Ag. besteht hier schließlich auch **nicht nach § 1361 a I 2 BGB**. Die Ag. ist während des Getrenntlebens nicht auf die Benutzung des im Alleineigentum des Ast. Pkw Ford Galaxy angewiesen. Zwar kann zu ihren Gunsten unterstellt werden, dass sie das Fahrzeug benötigt, um ihren Beruf nachgehen zu können. Jedoch bereits die bei ihr lebenden Kinder der Beteiligten dürften in diese Betrachtung nicht mehr einzubeziehen sei. Denn diese sind allesamt volljährig und befinden sich auch nicht mehr in allgemeiner Schulausbildung. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist vorliegend jedoch, dass der Ast. den **Wagen wegen des Verlusts seines Firmenfahrzeugs ebenfalls benötigte** und die Ag. über ein ausreichendes Einkommen verfügte und verfügt, um die Anschaffung eines angemessenen – und damit deutlich kleineren – Gebrauchtwagens finanzieren zu können.“ (OLG Koblenz aaO.)

IV. Anspruch auf Nutzungsentschädigung

Nachdem die Ag. die Herausgabe des Fahrzeugs unberechtigt verweigert hat, schuldet sie dem Ast. auch eine Nutzungsentschädigung.

„Durch das – aus den vorgenannten Gründen – **berechtigte Herausgabeverlangen** des Ast. im Sommer 2015 kam die Ag. in Verzug. Demgemäß ist sie dem Ast. gem. § 286 I i.V.m. § 1361 a I BGB bzw. § 1353 BGB zum **Ersatz des Nutzungsausfalls verpflichtet**. Unbestritten liegt der hier vom Ast. begehrte Nutzungsausfallschaden von 29 € pro Tag noch **unterhalb der Sätze der so genannten Schwacke-Liste**. Gegen die geltend gemachte Höhe bestehen folglich keine Bedenken. Allerdings kann die Nutzungsentschädigung hier lediglich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zugesprochen werden. Denn diese steht dem Ast. hier wegen der unberechtigten Vorenthaltung der Sache zu und nicht aufgrund einer gerichtlichen Nutzungszuweisung oder einer unter den Ehegatten getroffenen Nutzungsvereinbarung i.S.d. § 1361 a III 2 BGB. Für die seit dem 22.09.2015 vergangene Zeit von 254 Tagen sind folglich 7.366 € zu zahlen.

Die Ag. kann sich schließlich auch nicht darauf berufen, dass sie davon ausgegangen sei, dass ihr das Fahrzeug zweimal – nämlich im Mai 2010 und im März 2014 – vom Ast. geschenkt worden sei. Während dies unter Umständen eine Bösgläubigkeit im Rahmen von §§ 987 ff. BGB ausschließen könnte, ist ein solcher etwaiger Rechtsirrtum im Rahmen des Verzugsschadensrechts grundsätzlich unerheblich.“ (OLG Koblenz aaO.)

StGB
§ 249

**Wegnahme eines Mobiltelefons
Zueignungsabsicht bei Löschung von Aufnahmen**

StrafR BT

(BGH in StV 2016, 642; Beschluss vom 09.06.2015 – 3 StR 146/15)

Wer ein fremdes Handy auf kompromittierende Aufnahmen untersuchen will, um diese zu löschen, handelt bei dessen Wegnahme jedenfalls dann nicht in Zueignungsabsicht, wenn noch nicht feststeht, was danach mit dem Handy geschehen soll.

Fall: Nach den Feststellungen besaß der Geschädigte auf seinem Handy Aufnahmen der Angekl. C., auf denen erkennbar war, dass diese als Prostituierte arbeitete. Um an diese Bilddateien zu gelangen, wollte die Angekl. C. dem Geschädigten das Mobiltelefon

wegnehmen und ihm gleichzeitig einen Denkkzettel verpassen. Mit der Behauptung, der Geschädigte drohe ihr, die Fotos ihrer Familie zu zeigen, um sie zur Prostitution zu zwingen, gelang es ihr, die gesondert verfolgten U. und E. sowie die Mitangekl. T. und O. zur Mithilfe bei der Wegnahme des Handys zu gewinnen. Nach dem abgesprochenen Tatplan wollte die Angekl. C. den Geschädigten zu einem Feldweg locken, wo ihm die Angekl. T. und O. sowie die beiden gesondert Verfolgten das Mobiltelefon abnehmen sollten. Auf der gemeinsamen Fahrt besprachen die vier Männer ihr Vorgehen. Sie fassten den Plan, die erwartete Gegenwehr des Geschädigten mit personeller Überlegenheit und Gewalt zu überwinden. Körperverletzungshandlungen zur Wegnahme des Mobiltelefons nahmen sie jedenfalls billigend in Kauf. Danach sollte »jedenfalls« der gesondert verfolgte U. über den Verbleib des Mobiltelefons entscheiden, der es letztlich einsteckte.

I. Begriff der Zueignungsabsicht

„Die Zueignungsabsicht ist gegeben, wenn der Täter im Zeitpunkt der Wegnahme die fremde Sache **unter Ausschließung des Eigentümers** oder bisherigen Gewahrsamsinhabers körperlich oder wirtschaftlich für sich oder einen Dritten erlangen und sie der Substanz oder dem Sachwert nach **seinem Vermögen** oder **dem eines Dritten** »einverleiben« oder **zuführen** will (BGH, Urt. v. 28.06.1961 – 2 StR 184/61, BGHSt 16, 190 [192]; Beschl. v. 05.03.1971 – 3 StR 231/69, BGHSt 24, 115 [119]; Urt. v. 27.01.2011 – 4 StR 502/10, NStZ 2011, 699 [701] [= StV 2011, 412 [BGH 27.01.2011 - 4 StR 502/10]]). An dem für eine Aneignung erforderlichen Willen des Täters, den Bestand seines Vermögens oder den des Vermögens eines Dritten zu ändern, fehlt es dagegen, wenn er das Nötigungsmittel nur **zur Erzwingung einer Gebrauchsanmaßung** einsetzt oder wenn er die fremde Sache nur wegnimmt, um sie »zu zerstören«, »zu vernichten«, »preiszugeben«, »wegzuwerfen«, »beiseite zu schaffen«, »zu beschädigen«, sie als Druckmittel zur Durchsetzung einer Forderung zu benutzen oder um den Eigentümer **durch bloßen Sachentzug zu ärgern** (vgl. BGH, Urt. v. 26.09.1984 – 3 StR 367/84, NJW 1985, 812; v. 27.01.2011 – 4 StR 502/10, NStZ 2011, 699 [701] jew. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

II. Behalten nach Durchsuchung eines Mobiltelefons

„Nach diesen Maßstäben ist die Zueignungsabsicht der Angekl. hier nicht belegt. Sie wollten das Handy **auf kompromittierende Aufnahmen der Angekl. C. untersuchen, um diese zu löschen**. Was weiter mit dem Handy geschehen sollte, stand zum Tatzeitpunkt hingegen noch nicht fest. Vielmehr sollte erst später über seinen Verbleib entschieden werden. Zwar kann die Zueignungsabsicht auch bei einer Wegnahme mit dem Willen vorhanden sein, die Sache zunächst zu behalten und sich erst später darüber schlüssig zu werden, wie über sie zu verfügen sei (BGH, Urt. v. 25.10.1968 – 4 StR 398/68, GA 1969, 306 [307]). Doch ergeben die Feststellungen gerade nicht, dass die Angekl. **zum Zeitpunkt der Wegnahme** das Handy – wenn auch nur vorübergehend – **über die für die Löschung der Bilder benötigte Zeit hinaus behalten wollten**. Dass die von den Angekl. beabsichtigte Durchsuchung des Speichers und die Identifizierung der dabei aufgefundenen Bilddateien im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache lagen, ändert hieran nichts, denn diese führten nicht zu deren Verbrauch (BGH, Beschl. v. 14.02.2012 – 3 StR 392/11, NStZ 2012, 627 [= StV 2012, 465] m.w.N.). [...]“ (BGH aaO.)

III. Räuberische Erpressung

„Auch eine – bei fehlender Zueignungsabsicht mögliche (vgl. BGH, Urt. v. 05.07.1960 – 5 StR 80/60, BGHSt 14, 386) – Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung (§§ 253 Abs. 1, 255 StGB) kommt auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht in Betracht. Die Angekl. handelten nicht in der Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern. **Bloßer Besitz einer Sache bildet einen Vermögensvorteil nur dann, wenn ihm ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt**, etwa weil er zu wirtschaftlich messbaren Gebrauchsvorteilen führt, die der Täter oder der Dritte für sich nutzen will. Daran fehlt es nicht nur in den Fällen, in denen der Täter die Sache unmittelbar nach Erlangung vernichten will, sondern auch dann, wenn er den mit seiner Tat verbundenen **Vermögensvorteil nur als notwendige oder mögliche Folge seines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens** hinnimmt (vgl. nur BGH, Urt. v. 27.01.2011 – 4 StR 502/10, NStZ 2011, 699 [701]; Beschl. v. 14.02.2012 – 3 StR 392/11, NStZ 2012, 627).“ (BGH aaO.)

StPO
§ 349 I

Unzulässigkeit der Revision mangels Tenorbeschwer

Fall Mollath

StrafVerfR

(BGH in NStZ-RR 2016, 560; Beschluss vom 14.10.2016 – 1 StR 56/15)

Fall: Der Angekl. war zunächst durch Urteil des LG Nürnberg-Fürth vom 08.08.2006 in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht und von den angeklagten Tatvorwürfen zum Teil aus rechtlichen und zum Teil aus tatsächlichen Gründen freigesprochen worden. Es hatte die Schuldfähigkeit des Angekl. dabei jedoch für nicht ausschließbar aufgehoben gehalten und seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB angeordnet. Im Rahmen des Wiederaufnahmeverfahrens hat das LG Regensburg hat den Angekl. mit Urteil vom 14.08.2014 freigesprochen, ohne eine Maßregel anzuordnen. Die Vorwürfe der Körperverletzung mit Freiheitsberaubung vom 31.05.2002 sowie der Sachbeschädigung in den Jahren 2004 und 2005 hat es nach der Beweiswürdigung als nicht erwiesen angesehen und den Angekl. insoweit aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Im Hinblick auf den Vorwurf der gefährlichen Körperverletzung vom 12.08.2001 ist das LG Regensburg zu der Überzeugung gelangt, der Angekl. habe den gesetzlichen Tatbestand vorsätzlich und rechtswidrig erfüllt, habe im Tatzeitpunkt aber nicht ausschließbar ohne Schuld im Sinne des § 20 StGB gehandelt. Der Freispruch des Angekl. von diesem Vorwurf fußt auf diesen rechtlichen Erwägungen. Der Angekl. beanstandet nunmehr mit seiner gegen dieses Urteil gerichteten Revision seine Freisprechung, soweit diese (nur) aus Rechtsgründen erfolgt ist; die für die Zulässigkeit seines Rechtsmittels erforderliche Beschwerde leitet er aus den vom LG Regensburg zum objektiven Tatgeschehen getroffenen Feststellungen ab.

Fraglich ist, ob die die Freisprechung wegen nicht erwiesener Schuldfähigkeit im Sinne von § 20 StGB den Angekl. beschwert.

I. Rechtsmittelbefugnis

„Ein Angekl. kann eine Entscheidung nur dann zulässig anfechten, wenn er durch sie beschwert ist. Dies bedeutet, dass die **Urteilsformel einen unmittelbaren Nachteil** für den „Beschwertten“ enthalten muss, der seine Rechte und geschützten Interessen unmittelbar beeinträchtigt. Es **genügt nicht**, wenn ihn **nur der Inhalt der Urteilsgründe** in irgendeiner Weise belastet.

II. Notwendigkeit einer Tenorbeschwer

Bei dem Erfordernis der **Tenorbeschwer** handelt es sich um ein **richterrechtlich entwickeltes Rechtsmittelerfordernis**, hinter dessen historischer Entstehung der Gedanke vom staatlichen Strafanspruch steht. Die Aufgabe eines Strafverfahrens liegt in der justizförmigen Prüfung, ob gegen den Angekl. ein staatlicher Strafanspruch besteht (vgl. BVerfGE 80, 244, 255; 95, 96, 140; BGH

Beschl. v. 24.11.1961 – 1 StR 140/61, BGHSt 16, 374, 378; u. v. 18.03.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 13, NJW-Spezial 2015, 569 f.). Kann **keine strafbare Tat festgestellt** werden und kommt **keine Maßregel der Besserung und Sicherung** in Betracht, so ist damit die **Aufgabe der Strafrechtspflege** im einzelnen Strafverfahren **grundsätzlich erfüllt**. Dem Angekl. mag im Einzelfall zwar daran liegen, aus einem bestimmten Grund – etwa wegen erwiesener Unschuld – freigesprochen zu werden. Insoweit stehen seinem Verlangen aber die Interessen der staatlichen Rechtspflege entgegen, der die Feststellung genügt, dass gegen den Angekl. kein Strafanspruch besteht und keine Maßregel in Betracht kommt. So wird etwa auch bei nicht hinreichendem Tatverdacht gegen den Angeschuldigten das Hauptverfahren nicht eröffnet (§ 203 StPO), selbst wenn dieser das Interesse haben sollte, sich öffentlich von den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu reinigen. Die **allgemeine Aufgabe der Strafrechtspflege** zwingt **aus prozesswirtschaftlichen Gründen** zur Beschränkung im einzelnen Strafverfahren, insbesondere um eine uferlose Ausweitung der Beweisaufnahme zu vermeiden. Hat der Angekl. daher keinen Anspruch darauf, aus einem bestimmten Grund freigesprochen zu werden, so kann ihm auch nicht das Recht zustehen, einen solchen Anspruch durch ein Rechtsmittel geltend zu machen (vgl. BGH Beschl. v. 24.11.1961 – 1 StR 140/61, BGHSt 16, 374, 380). Etwaige durch die Entscheidungsgründe des Tatgerichts verursachte Folgen tatsächlicher Art würden durch ein Rechtsmittel ohnehin nicht rückgängig gemacht werden können (vgl. zuletzt BGH Beschl. v. 18.08.2015 – 3 StR 304/15).

Eine **Beschwer** kann sich deshalb für den Angekl. **nur aus der Entscheidungsformel des Urteils** ergeben. Ein ihm günstigeres Ergebnis als die Freisprechung kann der Angekl. nicht erzielen. Sonstige Rechts- und Interessenverletzungen durch die Gründe der Entscheidung, die nur die „Unterlagen des Urteils“ bilden (vgl. RGSt 4, 355, 359), sind der Überprüfung durch ein Rechtsmittelgericht demgegenüber entzogen. Auch **mittelbare Folgen des Verfahrens**, etwa der gemäß § 11 I Nr. 1 BZRG zwingende Registereintrag oder Verwaltungsangelegenheiten, begründen **keine Beschwerde**, die zur Zulässigkeit der Revision führt. Dem hat sich das Schrifttum überwiegend angeschlossen (vgl. Cirener in: Graf, StPO, 2. Aufl., § 296 Rn. 8; KK-StPO/Hannich 7. Aufl., vor § 296 Rn. 5 a; LR-StPO/Jesse 26. Aufl., vor § 296 Rn. 57; Meyer-Goßner in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., vor § 296 Rn. 11 und 13; Krack Die Rehabilitation des Beschuldigten im Strafverfahren, S. 186 ff. und S. 194 ff.; Radtke in: FS für Roxin, Bd. 2, S. 1419, 1427 ff.).

Auf den Fall der **Freisprechung wegen Schuldunfähigkeit** hat der BGH diese Grundsätze in der Vergangenheit bereits angewendet und dem Angekl. die Rechtsmittelbefugnis mangels Beschwer verwehrt (vgl. BGH Beschl. v. 24.11.1961 – 1 StR 140/61, BGHSt 16, 374, 376 ff.). Der Senat sieht keinen Anlass, von dieser Rspr. abzuweichen.“ (BGH aaO.)

III. Ausnahme bei Notwendigkeit zur Grundrechtswahrung

„Unter Anwendung dieser Maßstäbe liegt ein Ausnahmefall, der **zum Zwecke der Wahrung der verfassungsmäßig verbürgten Rechte** des Angekl. einfachrechtlich die Zulässigkeit seiner Revision zur Folge hat, nicht vor. Wie bereits dargelegt, beschränken sich die von der StK getroffenen Feststellungen auf das gemäß § 267 V 1 StPO für die Überprüfung der Urteilsgründe auf Rechtsfehler erforderliche Maß. Aus welchen Feststellungen genau sich eine **schlechthin unerträgliche Beschwerde** für den Angekl. ergeben soll, legt auch die Revision nicht dar.“ (BGH aaO.)

IV. Ausnahme wegen Unschuldsvermutung nach Art. 6 II MRK

„Die Rspr. des EGMR gibt gleichfalls keinen Anlass, das Erfordernis der Tenorbeschwerde für die Zulässigkeit der strafprozessualen Revision aufzugeben.

Nach der Rspr. des EGMR kann die durch Art. 6 II MRK garantierte **Unschuldsvermutung** auch **durch ein freisprechendes Urteil verletzt** werden. Es soll dafür nicht nur auf den Tenor der freisprechenden Entscheidung, sondern auch auf die Urteilsbegründung ankommen. Ein Konventionsverstoß kann etwa zu bejahen sein, wenn das nationale Gericht im Fall des Freispruchs aus sachlichen Gründen durch die Urteilsgründe zum Ausdruck bringt, es sei von der Schuld des Angekl. tatsächlich überzeugt (vgl. EGMR Ur. v. 15.01.2015 – 48144/09 – Cleve/Deutschland). ...

Die Garantie des Art. 6 II MRK hat der Gerichtshof dabei vornehmlich in Fällen für verletzt erachtet, in denen der Beschwerdeführer einer Straftat nur verdächtig war, ohne ihretwegen rechtskräftig verurteilt zu sein. Der Gerichtshof hat dabei abermals betont, die **Wortwahl der Entscheidung** sei im Zusammenhang mit den besonderen Umständen, unter denen die angegriffene Äußerung gemacht wurde, zu bewerten. So hat der Gerichtshof eine **Verletzung des Art. 6 II MRK abgelehnt**, soweit eine **faktische Belastung** des Beschwerdeführers **für die justizförmige Durchführung des Verfahrens erforderlich oder dessen zwangsläufige Folge** war (vgl. EGMR Ur. v. 15.01.2015 – 48144/09 – Cleve/Deutschland; Ur. v. 27.02.2014 – 17103/10 - Karaman/Deutschland, Rn. 63 m.w.N.; Slg. 2013 Nr. 126 – Allen/Vereinigtes Königreich). Der im nationalen Recht geltende Grundsatz der Tenorbeschwerde steht zu dieser Rspr. nicht in Widerspruch; er fügt sich in seiner richterrechtlichen Ausprägung sogar in diese ein.“ (BGH aaO.)

StGB
§ 244 I Nr. 3

Wohnungseinbruchsdiebstahl Eindringen durch Kellerräume

StrafR BT

(BGH in NStZ-RR 2016, 281; Beschluss vom 08.06.2016 – 4 StR 112/16)

Fall: Nach den Feststellungen fassten der Angeklagte und zwei Tatgenossen auf Anregung des Angeklagten den Entschluss, in das Haus des Zeugen K. einzubrechen. Während der Angeklagte nach dem Eintreffen am Wohnhaus im Fahrzeug wartete und „Schmiere stand“, gingen die beiden anderen zur rückwärtigen Seite des Hauses und hebelten die Kellertür zum Objekt gewaltsam auf. Anschließend durchwühlten sie im Obergeschoss mehrere Räume und rafften alles Stehlenswerte, insbesondere Schmuck und Armbanduhren, zusammen. Als die 83-jährige gehbehinderte Zeugin K., die sich zur Tatzeit in den Wohnräumen im Erdgeschoss aufhielt, Geräusche im Haus bemerkte, öffnete sie die Flurtür und konnte noch sehen, wie die beiden Täter mit der Beute im Wert von ca. 3.000 € aus dem Haus flohen.

„Diese Feststellungen belegen nicht die Begehung eines Wohnungseinbruchsdiebstahls nach § 244 I Nr. 3 StGB. Die Vorschrift des § 244 I Nr. 3 StGB setzt das **Einbrechen, Einsteigen oder Eindringen in eine Wohnung** voraus. Bricht der Täter in **Kellerräume** ein, ist der Tatbestand nur erfüllt, wenn diese Räume durch eine **unmittelbare Verbindung zum Wohnbereich** dem Begriff des Wohnens typischerweise zuzuordnen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 03.06.2014 - 4 StR 173/14, StV 2015, 113; Urteil vom 22.02.2012 - 1 StR 378/11, NStZ 2013, 120; Beschluss vom 24.04.2008 - 4 StR 126/08, NStZ 2008, 514 f.; Fischer, StGB, 63. Aufl., § 244 Rn. 48). Dies ist regelmäßig beim Keller eines Einfamilienhauses, **nicht** aber bei **dem Wohnbereich getrennten Kellerräumen in einem Mehrfamilienhaus** der Fall (vgl. BGH, Urteil vom 22.02.2012 - 1 StR 378/11 aaO.; Beschluss vom 25.07.2002 - 4 StR 242/02). Ob danach die Voraussetzungen des § 244 I Nr. 3 StGB gegeben sind, lässt sich den Ausführungen der Strafkammer, die offenlassen, ob es sich bei dem Wohnhaus um ein Ein- oder Mehrfamilienhaus handelte, und sich auch sonst nicht weiter zu den räumlichen Gegebenheiten des Tatobjekts verhalten, nicht hinreichend entnehmen.“ (BGH aaO.)

(BVerfG in NJW 2016, 2643; Beschluss vom 17.05.2016 – 1 BvR 2150/14)

Fall: Der Bf. hielt während eines Fußballspiels in Karlsruhe gemeinsam mit anderen Personen verschiedene großflächige Banner hoch. Ein Transparent trug die Aufschrift „Stuttgart 21 – Polizeigewalt kann jeden treffen“, ein weiteres war mit der Aufschrift „BFE ABSCHAFFEN“ versehen, wobei „BFE“ für die Beweis- und Festnahmeinheiten der Polizei steht. Der Bf. und vier weitere Personen trennten vier Buchstaben aus diesem Transparent heraus und hielten diese dann in der Formation „A C A B!“ hoch. Einige der im Stadion anwesenden Polizisten fühlten sich durch das Transparent mit dem Akronym ACAB, das für „all cops are bastards“ steht, in ihrer Ehre verletzt.

Das LG Karlsruhe sprach den Bf. der Beleidigung schuldig und verurteilte ihn unter Vorbehalt der Verurteilung zu einer Geldstrafe in Höhe von 20 Tagessätzen zu je 30 €.

I. Eingriff in den Schutzbereich

„Die strafrechtliche Verurteilung des Bf. greift in das Grundrecht auf Freiheit der Meinungsäußerung ein. Die **Kundgabe des Akronyms ACAB** fällt in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG. Meinungen sind im Unterschied zu Tatsachenbehauptungen durch die subjektive Einstellung des sich Äußernden zum Gegenstand der Äußerung gekennzeichnet. Sie enthalten sein **Urteil über Sachverhalte, Ideen oder Personen** (BVerfGE 93, 266 [289] = NJW 1995, 3303). Sie genießen den Schutz der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG, ohne dass es darauf ankommt, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird (vgl. BVerfGE 90, 241 [247] = NJW 1994, 1779; BVerfGE 93, 266 [289] = NJW 1995, 3303; BVerfGE 124, 300 [320] = NJW 2010, 47).

Die Gerichte sind zutreffend davon ausgegangen, dass der Aufdruck „ACAB“ für die englische Parole „all cops are bastards“ steht. Da diese **Auflösung der Buchstabenfolge** sowohl der Polizei als auch den Äußernden allgemein bekannt ist, begegnet es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass die Verwendung der Buchstabenfolge der Äußerung der Aussage gleichgestellt wird. Es handelt sich um eine **Meinungsäußerung i.S.d. Art. 5 I 1 GG**. Die Parole ist nicht von vornherein offensichtlich inhaltlos, sondern bringt eine allgemeine Ablehnung der Polizei und ein Abgrenzungsbedürfnis gegenüber der staatlichen Ordnungsmacht zum Ausdruck (vgl. BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NJW 2015, 2022).“ (BVerfG aaO.)

II. Eingriffsrechtfertigung

1. Beschränkbarkeit

„Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ist **nicht vorbehaltlos gewährleistet**, sondern unterliegt nach Art. 5 II GG den Schranken, die sich aus den allgemeinen Gesetzen sowie den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre ergeben. **§ 185 StGB ist als allgemeines Gesetz geeignet**, der freien Meinungsäußerung Schranken zu setzen (vgl. BVerfGE 93, 266 [290 f.] = NJW 1995, 3303).“ (BVerfG aaO.)

2. Grenzen der Beschränkbarkeit

Der in der strafgerichtlichen Verurteilung liegende Eingriff in die Meinungsfreiheit ist jedoch nicht gerechtfertigt, weil die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Anwendung und Auslegung des § 185 StGB als Schranke der freien Meinungsäußerung nicht gewahrt sind.

a) Wechselwirkungstheorie

„Die **Auslegung und Anwendung der Strafgesetze ist grundsätzlich Aufgabe der Fachgerichte**. Gesetze, die in die Meinungsfreiheit eingreifen, müssen jedoch so interpretiert werden, dass der prinzipielle Gehalt dieses Rechts in jedem Fall gewahrt bleibt. Es findet eine **Wechselwirkung** in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen (vgl. BVerfGE 7, 198 [208 f.] = NJW 1958, 257; BVerfGE 93, 266 [292] = NJW 1995, 3303; BVerfGE 124, 300 [342] = NJW 2010, 47; stRspr).

Die Meinungsfreiheit findet in den allgemeinen Gesetzen und der durch diese geschützten Rechte Dritter ihre Grenze. Dies ist der Fall, wenn eine **Meinungsäußerung** die Betroffenen **ungerechtfertigt in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der durch sie geschützten persönlichen Ehre verletzt**. Dabei kann eine herabsetzende Äußerung, die weder bestimmte Personen benennt noch erkennbar auf bestimmte Personen bezogen ist, sondern ohne individuelle Aufschlüsselung ein Kollektiv erfasst, unter bestimmten Umständen auch ein Angriff auf die persönliche Ehre der Mitglieder des Kollektivs sein (vgl. BVerfGE 93, 266 [299] = NJW 1995, 3303). **Je größer das Kollektiv ist**, auf das sich die herabsetzende Äußerung bezieht, **desto schwächer** kann auch die **persönliche Betroffenheit** des einzelnen Mitglieds werden, weil es bei den Vorwürfen an große Kollektive meist nicht um das individuelle Fehlverhalten oder individuelle Merkmale der Mitglieder, sondern um den aus der Sicht des Sprechers bestehenden Unwert des Kollektivs und seiner sozialen Funktion sowie der damit verbundenen Verhaltensanforderungen an die Mitglieder geht. Auf der imaginären Skala, deren eines Ende die individuelle Kränkung einer namentlich bezeichneten oder erkennbaren Einzelperson bildet, steht am anderen Ende die abwertende Äußerung über menschliche Eigenschaften schlechthin oder die Kritik an sozialen Einrichtungen oder Phänomenen, die nicht mehr geeignet sind, auf die persönliche Ehre des Individuums durchzuschlagen (BVerfGE 93, 266 [301 f.] = NJW 1995, 3303). Es ist verfassungsrechtlich nicht zulässig, eine auf Angehörige einer Gruppe im Allgemeinen bezogene Äußerung allein deswegen als auf eine hinreichend überschaubare Personengruppe bezogen zu behandeln, weil eine solche Gruppe eine Teilgruppe des nach der allgemeineren Gattung bezeichneten Personenkreises bildet (vgl. BVerfGE 93, 266 [302 f.] = NJW 1995, 3303).“ (BVerfG aaO.)

b) Anwendung auf den Fall

„Hiermit sind die angegriffenen Entscheidungen nicht vereinbar. Sie tragen die **Annahme einer hinreichenden Individualisierung des negativen Werturteils** nicht. Hinreichende Gründe dafür, dass sich die allgemein formulierte Äußerung im konkreten Fall auf eine hinreichend überschaubare und abgegrenzte Personengruppe bezieht, lassen sich ihnen nicht entnehmen. Hierfür reicht es nicht, dass die die **Parole wahrnehmenden Polizeikräfte eine Teilgruppe aller Polizisten und Polizistinnen** bilden. Ebenso wenig genügt es den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine personalisierte Zuordnung der Äußerungen, dass sich zur Sicherung des besuchten Fußballspiels

auch Einsatzkräfte der Polizei im Stadion befanden und nach der Vorstellung des Bf. die Möglichkeit bestand, dass diese die von ihm mit hochgehaltene Buchstabenfolge „A C A B!“ wahrnehmen würden.

Eine strafbegründende Deutung der Aktion des Bf., wonach die Buchstabenkombination ohne weiteren Zusammenhang mit anderen Äußerungen im Rahmen des durch Einsatzkräfte der Polizei gesicherten Sportstadions als an diese adressiert hätte erscheinen müssen, war vorliegend den Feststellungen der Fachgerichte nicht zu entnehmen. Vielmehr war unmittelbar vor der Verwendung des Akronyms „ACAB“ Kritik an den Beweis- und Festnahmeeinheiten „(BFE)“ sowie an den Polizeieinsätzen im Rahmen des Projekts „Stuttgart 21“ geäußert und damit eine in der Öffentlichkeit viel diskutierte Frage aufgenommen worden. Hiermit setzen sich die Fachgerichte nicht sachhaltig auseinander. Aus den Feststellungen des Gerichts ist insofern nicht ersichtlich, dass die Äußerung sich individualisiert gegen bestimmte Beamte richtete.

Insofern kann die strafgerichtliche Entscheidung auch **nicht darauf gestützt werden**, dass es sich bei der Aktion des Bf. um eine **unzulässige Schmähung** gehandelt habe. Zum einen setzt auch die Annahme einer Schmähung eine personalisierte Zuordnung der Äußerungen voraus. Zum anderen ist der **Begriff der Schmähung**, der – anders als im Regelfall bei Entscheidungen über eine mögliche Beleidigung – **keine Abwägung mehr mit der Meinungsfreiheit verlangt**, von Verfassungs wegen eng zu definieren und erfasst nur Fälle, in denen es nicht mehr um die Auseinandersetzung in der Sache geht, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht (vgl. BVerfGE 93, 266 [294] = NJW 1995, 3303). Auch hier konnten daher die zuvor gezeigten Transparente mit der allgemeineren Kritik an aktueller Polizeiarbeit nicht außer Betracht bleiben.“ (BVerfG aaO.)

VersammlG
§ 3

Warnweste mit Aufschrift „Sharia Police“ Verstoß gegen Uniformverbot

POR

(OLG Düsseldorf in BeckRS 2016, 09776; Urteil vom 25.04.2016 – III 3 Ws 52-60-16)

„Bei vorläufiger Bewertung der Ermittlungsergebnisse erscheint eine Verurteilung der Träger der beschrifteten Westen wegen eines **Verstoßes gegen das in § 3 I, § 28 VersammlG normierte Uniformverbot** wahrscheinlich. Hiernach macht sich strafbar, wer öffentlich oder in einer Versammlung Uniformen, Uniformteile oder gleichartige Kleidungsstücke als Ausdruck einer gemeinsamen politischen Gesinnung trägt.

Die Angeschuldigten haben die **Warnwesten als Ausdruck ihrer politischen Gesinnung** getragen. Durch den Aufdruck „SHARIAH POLICE“ wird die zustimmende Einstellung der Angeschuldigten hinsichtlich der Geltung der islamischen Rechtsordnung der Scharia in der westlichen Gesellschaft und ihrer Durchsetzung („POLICE“) zum Ausdruck gebracht. Nach eigenem Bekunden des Angeschuldigten L. diene der Stadtrundgang gerade dem Zweck, ihren Wunsch zu fördern, dass „**die Gesetzgebung Allahs durchgeführt wird.**“ Die Angeschuldigten lehnen nach ihrem Staats- und Religionsverständnis eine Trennung von Staat und Kirche ab. Indem sie die **Durchsetzung religiös bestimmter Ge- und Verbote** in Verbindung bringen mit der staatlich-hoheitlichen Institution der Polizei, verdeutlichen sie ihr individuelles Verständnis von Säkularität und beziehen damit eine politische Position, offenbaren somit ihre politischen Gesinnung im Sinne von § 3 I VersammlG.

Die fraglichen Westen sind nach ihrer gesamten Beschaffenheit, der orangen Farbe, dem Schnitt und dem Textaufdruck identisch, so dass es sich auch um untereinander „**gleichartige Kleidungsstücke**“ handelt. Jedoch ist der Straftatbestand nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschluss vom 27.04.1982, 1 BvR 1138/81, NJW 1982, 1803) **verfassungskonform** dahingehend **auszulegen**, dass das Verbot „auf das gemeinsame Tragen solcher Kleidung beschränkt wird, die **mit Uniformen oder Uniformteilen gleichartig** sind. (...) Das Tragen speziell von Uniformen als Ausdruck politischer Gesinnung ist aber - wie historische Erfahrungen bestätigen - geeignet, nicht nur die Außenwirkung kollektiver Äußerungen zu verstärken, sondern darüber hinaus **suggestiv-militante Effekte in Richtung auf einschüchternde uniforme Militanz** auszulösen. Wegen der damit verbundenen Beeinträchtigung des freien Meinungskampfes ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht gehindert, die Meinungsäußerungsform des öffentlichen Uniformtragens schon in den Ansätzen und auch in ihren Umgehungsformen zu unterbinden. Zu solchen Umgehungsformen gehört insbesondere das **gemeinsame Tragen solcher (zivilen) Kleidungsstücke, die im Wesentlichen einheitlich aussehen** und erkennbar Bezüge zur uniformen Bekleidung historisch bekannter militanter Gruppierungen aufweisen. Von ihrer Gleichartigkeit mit Uniformen kann dabei umso eher ausgegangen werden, wenn die **Anlehnung durch zusätzliche Umstände** (Abzeichen, Auftreten mit militärischem Gebaren) verstärkt wird. Je eindeutiger die Gleichartigkeit mit Uniformen in Erscheinung tritt, desto eher kann auch das scheinbar verstreute demonstrative Auftreten entsprechend gekleideter Gruppenmitglieder in der Öffentlichkeit als ein von § 3 VersammlG erfasster Tatbestand beurteilt werden.“

Die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Voraussetzungen sind erfüllt. Die von den Angeschuldigten getragenen **Warnwesten** sind nicht nur **untereinander identisch**, sondern mit Uniformen bzw. Uniformteilen vergleichbar. Sie sind dazu geeignet, suggestiv-militante Effekte gegenüber Dritten auszulösen. Die Kombination des äußeren Erscheinungsbildes mit dem Aufdruck „SHARIAH POLICE“ und das Auftreten der Träger in einer Gruppe sind geeignet, bei Dritten Assoziationen hervorzurufen, die potentiell einschüchternde Wirkung entfalten.

Die Intention der Angeschuldigten, die sich der Außenwirkung ihres Auftretens bewusst waren, war **auf die Hervorrufung eines solchen suggestiv-militanten Effektes gerichtet**. Der Angeschuldigte L. gab in der Videoaufzeichnung an, „wie die Polizei, oder das Ordnungsamt“ auf Streife gehen und ebenso zum Einhalten von Regeln ermahnen zu wollen. Gerade weil er mit seiner Gruppe wie die Polizei auf Streife gehen wollte, sei der Slogan „SHARIAH POLICE“ gewählt worden. Die Angeschuldigten geben damit ihre Missachtung des Gewaltmonopols des Staates und die Anerkennung einer Paralleljustiz zu verstehen. Dies ist eine Perspektive, die bei damit konfrontierten Personen potentiell einschüchternd wirken kann.

Der Aufdruck „SHARIAH POLICE“ stellt einen **deutlichen Bezug zu dem Begriff der „Religionspolizei“**, einer aus islamisch geprägten Ländern wie Saudi-Arabien, dem Iran oder Pakistan bekannten militanten Gruppierung, her. „Religionspolizisten“ treten mit dem Ziel auf, die dortige Bevölkerung - zum Teil mit Gewalt - zur Einhaltung der Verhaltensregeln der Scharia anzuhalten. Überregionale deutsche Medien berichteten mehrfach über diese „Religionspolizei“, so dass deren Aktivitäten der deutschen Öffentlichkeit auch hinreichend bekannt sind.

Die Eignung der Warnwesten, bei Dritten suggestiv-militante Effekte hervorzurufen, beruht weiterhin auf dem Umstand, dass **derartige Kleidungsstücke** nicht allein von zivilen Institutionen - etwa der vom Landgericht erwähnten Müllabfuhr - verwendet werden. Vielmehr bedienen sich **auch die staatlichen Behörden der Gefahrenabwehr** - namentlich Polizei und Ordnungsamt - **bei Außeneinsätzen Warnwesten mit entsprechender Aufschrift „Polizei“ oder „Ordnungsamt“**, die in ihrem Erscheinungsbild den von den Angeschuldigten getragenen Westen gleichen. Der Aufdruck „SHARIAH POLICE“ ist für einen durchschnittlichen Betrachter als Ausdruck eines hoheitlichen Durchsetzungsanspruches zu verstehen, der dazu geeignet ist, **Einschüchterungen hervorzurufen.**“ (OLG Düsseldorf aaO.)

(OVG Berlin-Brandenburg in NVwZ 2016, 950; Beschluss vom 10.02.2015 – OVG 6 S 56/15)

Der Bundespräsident ist nicht zur Auskunftserteilung über die Vorbereitung der Ausfertigungsentscheidung einschließlich der verfassungsrechtlichen Prüfung von auszufertigenden Gesetzen verpflichtet. Die Entscheidungsfindung gehört zum Kernbereich präsidialer Eigenverantwortung, für den ein schutzwürdiges Vertraulichkeitsinteresse besteht.

Fall: Der Ast. ist Redakteur bei einer Berliner Tageszeitung. Nach erfolglosem Bemühen, von dem Ag. entsprechende Auskünfte zu erhalten, beantragte er bei dem VG Berlin, dem Ag. im Wege einstweiliger Anordnung gem. § 123 I 2 VwGO aufzugeben, ihm Auskunft u.a. darüber zu erteilen, welche verfassungsrechtlichen Bedenken der Bundespräsident/das Bundespräsidialamt bei der Ausfertigungsprüfung des Betreuungsgeldgesetzes im Einzelnen hatte und wie diese begründet sind. Ferner begehrte er nähere Informationen über die Umstände von Ausfertigungsprüfungen.

„Das VG hat in der angegriffenen Entscheidung die Auffassung vertreten, dass der Ast. einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht hat. Der Auskunftsanspruch werde durch **Vertraulichkeitsinteressen** ausgeschlossen, die der Gesetzgeber für die vorliegende Sachkonstellation als Ausschlussgrund normieren dürfte. Für die Annahme eines abwägungsfesten Ausschlussgrundes spricht nach Auffassung des VG, dass die **Vorbereitung der Ausfertigung von Gesetzen durch den Bundespräsidenten eine interne Vorbereitungshandlung** darstellt, die schutzwürdige Vertraulichkeitsinteressen begründe. Der Rechtsgedanke des Schutzes von Vorbereitungshandlungen gegenüber Auskunftsansprüchen finde sich an mehreren Stellen der Rechtsordnung, namentlich in dem Ausschlussgrund des exekutiven Kernbereichs und im Bereich der Rechtsprechung in dem richterlichen Beratungsgeheimnis. Dem entspreche, dass Fragen der Ausfertigungsprüfung auch nicht dem Anspruch auf Akteneinsicht nach dem Informationsfreiheitsgesetz unterlägen. Eine **Veröffentlichung der vorbereitenden Erwägungen** aus der verfassungsrechtlichen Prüfung von Gesetzen würde die **Integrationsfunktion des Bundespräsidenten in Frage stellen**. Mit der Annahme eines Ausschlussgrundes für den Bereich der Ausfertigung von Gesetzen nach Art. 82 I GG bleibe die effektive funktionsgemäße Betätigung der Presse gewährleistet.

Ohne Erfolg macht der Ast. geltend, dass sich die von ihm begehrten Auskünfte nicht auf den Kernbereich der Exekutive, sondern **ausschließlich auf eine generell nicht schutzwürdige Rechtsprüfung** bezögen, bei der außerrechtliche Motive keine Rolle spielten und sämtliche Erwägungen normativ abgeleitet sein müssten. Dem steht entgegen, dass der **Bundespräsident bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit eines auszufertigenden Gesetzes eine Abwägungsentscheidung zu treffen** hat. Der Bundespräsident darf Nachteile, die seines Erachtens eintreten würden, wenn das Gesetz nicht in Kraft träte, mit den Vorteilen abwägen, die entstünden, wenn das Gesetz in Kraft träte (vgl. dazu im Einzelnen Butzer, Rn. 209 ff.). Im Übrigen ist maßgeblich, dass für die Ausfertigungsentscheidung des Bundespräsidenten eine **Begründungspflicht nicht besteht**. Eine solche sieht weder Art. 82 I GG vor noch ist sie verfassungsrechtlich geboten. Eine Offenlegung der Entscheidungsfindung geriete damit in Konflikt.

Soweit der Ast. eine **Verletzung des Demokratieprinzips** befürchtet, weil der Bundespräsident ein Bundesgesetz beseitigen könnte, ohne dies begründen zu müssen, entspricht dies bereits nicht der gängigen Staatspraxis der bisherigen und des amtierenden Bundespräsidenten. In den Fällen, in denen bislang Bundespräsidenten die Ausfertigung von Gesetzen verweigerten, haben sie die hierfür **wesentlichen Gründe** nicht nur den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Verfassungsorganen Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat, sondern – soweit ersichtlich – **stets auch der Öffentlichkeit bekannt gegeben** (vgl. Butzer, Rn. 223). Im Übrigen ist das Auskunftsbegehren nur auf Gesetze gerichtet, die im Ergebnis ausgefertigt worden sind.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

(BVerwG in NWVBI 2016, 319; Urteil vom 18.03.2016 – 6 C 6/15)

1. Der Rundfunkbeitrag ist eine rundfunkspezifische nichtsteuerliche Abgabe, die in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder für das Rundfunkrecht fällt.
2. Die vorrangige Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch den Rundfunkbeitrag trägt der Programmfreiheit des Rundfunks und dem Verfassungsgebot eines die Vielfalt sichernden Programms angemessen Rechnung.
3. Der Rundfunkbeitrag stellt die Gegenleistung für den Vorteil der Rundfunkempfangsmöglichkeit dar. Dieser Vorteil kann Wohnungsinhabern individuell zugerechnet werden, weil Wohnungen nahezu vollständig mit Rundfunkempfangsgeräten ausgestattet sind.
4. Die Ersetzung der gerätebezogenen Rundfunkgebühr durch den wohnungsbezogenen Rundfunkbeitrag war wegen des drohenden strukturellen Defizits der Gebührenerhebung zulässig, um die Belastungsgleichheit der Rundfunkteilnehmer zu wahren.
5. Die Belastungsgleichheit (Art. 3 I GG) verlangt nicht, Wohnungsinhaber, die bewusst auf eine Rundfunkempfangsmöglichkeit verzichten, von der Rundfunkbeitragspflicht zu befreien.
6. Die Anknüpfung des Rundfunkbeitrags an die Wohnung benachteiligt die alleinigen Inhaber einer Wohnung nicht gleichheitswidrig gegenüber Personen, die zusammen mit anderen in einer Wohnung leben.

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO

Zulassung der Revision wegen Gehörsverstoß

ZivilProzR

§ 522 II 2

Frist zur Stellungnahme im Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts

(BGH in MDR 2016, 634; Urteil vom 17.03.2016 – IX ZR 211/14)

1. Die Revision ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, wenn die **angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs beruht**, so dass nicht zweifelhaft ist, dass sie auf eine Verfassungsbeschwerde hin der Aufhebung durch das BVerfG unterliegen würde.
2. Für die **Zulassung wegen eines Rechtsfehlers** sind deshalb die gleichen Voraussetzungen maßgebend, die nach der Rechtsprechung des BVerfG zum Erfolg einer Verfassungsbeschwerde führen würden
3. Eine Revision ist nicht wegen eines **Gehörsverstoßes** zuzulassen, wenn es der Beschwerdeführer versäumt hat, den Verstoß im Rahmen der ihm eingeräumten **Frist zur Stellungnahme auf einen Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts** zu rügen.

Fall: Der Kläger macht Schadensersatzansprüche geltend, die er u.a. auf eine von zwei Steuerberatern erteilte Auskunft stützt. Das LG wies die Klage ab. Das Berufungsgericht führte in einem gem. § 522 II ZPO erteilten Hinweis u.a. aus, die Auskunft der Steuerberater sei lediglich als unverbindliche Prognose anzusehen. Der Kläger reagierte hierauf nicht. Den daraufhin ergangenen Zurückweisungsbeschluss griff er im Wege der Nichtzulassungsbeschwerde u.a. mit der Begründung an, das OLG habe Vortrag übergegangen, aus dem sich ergebe, dass die Steuerberater eine verbindliche Zusicherung gegeben hätten. Zudem sei im Hinweisbeschluss eine vorwerfgenommene Beweiswürdigung erfolgt. Ist die Revision zuzulassen?

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist statthaft (§§ 522 III, 544 I 1 ZPO) und zulässig (§ 544 I 2, II 2 ZPO). In der Sache hat sie Erfolg, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, die Fortbildung des Rechts sie erfordert oder sie zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung notwendig ist. (§ 543 II 1 ZPO). Der Kläger beruft sich hier auf eine Verletzung seines Verfahrensgrundrechts aus § 103 I GG.

I. Voraussetzungen für eine Revision wegen Gehörsverletzung

„Die Revision ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, wenn die **angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs beruht**, so dass nicht zweifelhaft ist, dass sie auf eine Verfassungsbeschwerde hin der Aufhebung durch das BVerfG unterliegen würde. Für die **Zulassung wegen eines Rechtsfehlers** sind deshalb die gleichen Voraussetzungen maßgebend, die nach der Rechtsprechung des BVerfG zum Erfolg einer Verfassungsbeschwerde führen würden (BGH, Beschl. v. 27.03.2003 – V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 296 f. = MDR 2003, 822; Beschl. v. 06.05.2010 – IX ZB 225/09, MDR 2010, 948 = ZInsO 2010, 1156 Rn. 6).“ (BGH aaO.)

II. Übergehen von Vorbringen im Hinweisbeschluss

Der Kläger beanstandet, dass das Gericht in seinem Hinweisbeschluss Vorbringen übergegangen habe, welches mit der Berufungsschrift bereits erfolgt war. Daher habe er sich nicht veranlasst gefühlt, auf den Hinweisbeschluss hin nochmals vorzutragen.

„Soweit der Kläger beanstandet, das Berufungsgericht habe in seinem Hinweisbeschluss sein **Vorbringen übergegangen**, wonach es sich bei den Äußerungen der Steuerberater L. und M. zu der Wertentwicklung und der gewinnbringenden Wiederverkäuflichkeit des Anlageobjekts nicht um eine unverbindliche Prognose oder bloß werbende Anpreisung ohne verbindlichen Gehalt, sondern um eine **verbindliche Zusicherung** mit einem für die Anlageentscheidung verbindlichen Inhalt gehandelt habe, steht der Geltendmachung eines Gehörsverstoßes der **allgemeine Grundsatz der Subsidiarität** entgegen.“ (BGH aaO.)

Der Kläger kann daher eine Gehörsverletzung nicht damit begründen, dass das Berufungsgericht nicht seiner Rechtsauffassung ist, sondern rechtlich abweichend wertet. In Kenntnis der Wertung des Berufungsgerichts im Hinweisbeschluss, hätte er im Rahmen der ihm eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme seinen Standpunkt nochmals darlegen und bekräftigen können.

III. Vorweggenommene Beweiswürdigung

„Gleiches gilt hinsichtlich des Vorwurfs, das Berufungsgericht habe eine vorweggenommene Beweiswürdigung vorgenommen, indem es darauf verzichtet habe, die vom Kläger als Zeugin benannte Ehefrau zur Abgabe einer verbindlichen Zusicherung durch die Steuerberater zu hören. Der Subsidiaritätsgrundsatz fordert, dass ein Beteiligter über das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs im engeren Sinn hinaus **alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten** ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern (BGH, Beschl. v. 06.05.2010, aaO., Rn. 7; BVerfGE 73, 322, 325; 77, 381, 401; 81, 22, 27; 86, 15, 22; 95, 163, 171; st. Rspr.; vgl. Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., Vor § 128 Rn. 8a). Diese Würdigung entspricht dem in § 295 ZPO zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken, nach dessen Inhalt eine Partei eine Gehörsverletzung nicht mehr rügen kann, wenn sie die ihr nach Erkennen des Verstoßes verbliebene Möglichkeit zu einer Äußerung nicht genutzt hat (BGH, Beschl. v. 06.05.2010, aaO.; BFH/NV 1993, 34; 1993, 422, 423; BVerwG, Beschl. v. 14.05.2008 – 4 B 45/07, WV Rn. 23 m.w.N.; Zöller/Greger, § 295 Rn. 5; Prütting in Mü-Ko/ZPO, 4. Aufl., § 295 Rn. 37; Prütting/Gehrlein/Deppenkemper, ZPO, 7. Aufl., § 295 Rn. 6; Wieczorek/Schütze/Gerken, ZPO, 4. Aufl., § 522 Rn. 87).

Die Möglichkeit, auf den Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts gem. § 522 II 2 ZPO Stellung zu nehmen, dient nach allgemeiner Auffassung dem Zweck, dem Berufungsführer das rechtliche Gehör zu gewähren (Hk-ZPO/Wöstmann, 6. Aufl., § 522 Rn. 14 f.; Rimmelpacher in Mü-Ko/ZPO, 4. Aufl., § 522 Rn. 28; Stein/Jonas/Althammer, ZPO, 22. Aufl., § 522 Rn. 60; Wieczorek/Schütze/Gerken, aaO.; Zöller/Heßler, aaO., § 522 Rn. 34). Diesem soll Gelegenheit gegeben werden, sich zu der vom Berufungsgericht beabsichtigten Zurückweisung seines Rechtsmittels zu äußern. Dieser Zweck der Vorschrift würde verfehlt, wenn man dem Berufungskläger die Wahl ließe, ob er eine Gehörsverletzung im Hinweisbeschluss innerhalb der ihm eingeräumten Frist zur Stellungnahme oder erst in einem sich anschließenden Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren rügt. Dies würde der mit der Einführung des § 522 ZPO bezweckten Beschleunigung des Verfahrens zuwiderlaufen und die rechtskräftige Erledigung der Streitigkeit zu Lasten der in erster Instanz obsiegenden Partei verzögern (vgl. BT-Drucks. 14/4722, 96 f.).“ (BGH aaO.)

Im Vorliegen Fall hatte der Kläger nach Zustellung des Hinweisbeschlusses vom 25.06.2014 am 04.07.2014 bis zum Erlass des Zurückweisungsbeschlusses am 23.07.2014 mehr als zwei Wochen Zeit, um die vermeintlichen Gehörsverletzungen zu rügen. Von der ihm eingeräumten Stellungnahmefrist von zwei Wochen hat er keinen Gebrauch gemacht. Die Geltendmachung von Gehörsverstößen, auf denen die Zurückweisung der Berufung beruhen soll, im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren scheidet damit aus.

Gewährung rechtlichen Gehörs
Notwendigkeit der Zustellung an bestellten Prozessbevollmächtigten
 (BVerfG in BeckRS 2016, 50706; Beschluss vom 16.07.2016 – 2 BvR 1614/14)

1. Soweit das Recht auf Gehör durch einen **Rechtsanwalt** ausgeübt wird, hat das Gericht **ihm gegenüber die Pflichten aus Art. 103 I GG zu erfüllen.**
2. Prozessbevollmächtigter im Sinne des § 172 I 1 ZPO ist diejenige Person, der die Partei eine Prozessvollmacht erteilt hat, die **nach § 81 ZPO zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozesshandlungen ermächtigt**; die Bestellung zum Prozessbevollmächtigten geschieht dadurch, dass dem Gericht die **Bevollmächtigung** ausdrücklich oder schlüssig **zur Kenntnis gebracht wird.** Die Mitteilung ist **nicht formgebunden**, die **Vorlage einer Vollmachtsurkunde nicht erforderlich.** Der Prozessbevollmächtigte ist in diesem Fall **allein berufter Adressat aller Zustellungen**
3. Zustellungen an die Partei selbst **unter Verstoß gegen die Vorschrift des § 172 I 1 ZPO** sind unwirksam beziehungsweise **wirkungslos**
4. Nicht jede falsche Handhabung der für das rechtliche Gehör einschlägigen Prozessvorschriften durch den Richter stellt]zwingend auch einen Verstoß gegen Art. 103 I GG dar. Bei einer **willkürlich fehlerhaften** oder jedenfalls **offensichtlich unrichtigen Gesetzesanwendung** ist dies jedoch der Fall.

Fall: Der Beschwerdeführer wendet sich gegen eine amtsgerichtliche Entscheidung, durch die er zur Zahlung der Kosten einer ärztlichen Behandlung verurteilt worden ist. Der Kläger des Ausgangsverfahrens erwirkte zunächst einen Mahnbescheid über die streitige Summe, den das Amtsgericht Schleswig - zentrales Mahngericht - gegen den Beschwerdeführer erließ. Dieser ließ durch seinen Prozessbevollmächtigten Widerspruch erheben. Das Verfahren wurde sodann gemäß § 696 I und II ZPO an das zuständige Amtsgericht Lübeck abgegeben.

Nach dem Eingang der Klagebegründung forderte das Amtsgericht Lübeck den Beschwerdeführer gemäß § 697 II, § 276 ZPO auf, eine etwaige Verteidigungsabsicht binnen einer Notfrist von zwei Wochen ab Zustellung der Anspruchsbegründung schriftlich anzuzeigen und binnen weiterer zwei Wochen nach Ablauf dieser Notfrist auf das Klagevorbringen gegebenenfalls schriftlich zu erwidern. Es wies darauf hin, dass das Gericht das Verfahren gemäß § 495 a ZPO nach billigem Ermessen bestimmt und dass ein Endurteil nach Aktenlage ergehen könne, wenn eine Verteidigungsanzeige nicht fristgerecht eingehe. Die Verfügung des Amtsgerichts wurde dem Beschwerdeführer am 30.04.2014 persönlich an seiner Wohnanschrift durch Einlegung in den Briefkasten, nicht aber dem aus dem Widerspruchsförmular ersichtlichen und auch im Aktenausdruck des Mahngerichts aufgenommenen Prozessbevollmächtigten des Beschwerdeführers zugestellt. Dieser erhielt - anders als die Prozessbevollmächtigte des Klägers - auch keine formlose Abschrift der Verfügung. Zum Zeitpunkt der Zustellung hielt sich der Beschwerdeführer bereits für einen längeren Zeitraum in Thailand auf. Ein nach seinen Angaben bereits bestehender Nachsendeauftrag an die Anschrift seiner Mutter sei offenbar nicht beachtet worden.

Da keine Verteidigungsanzeige des Beschwerdeführers eingegangen war, hat das Amtsgericht Lübeck den Beschwerdeführer durch das angegriffene Urteil vom 19.05.2014 ohne mündliche Verhandlung gemäß § 495a ZPO zur Zahlung der im Streit stehenden Summe verurteilt; die Berufung wurde nicht zugelassen. Einwendungen, die dem klägerischen Anspruch entgegenstehen könnten, habe der Beschwerdeführer binnen der gesetzten Frist nicht erhoben, obgleich er auf die möglichen Folgen einer Fristversäumnis hingewiesen worden sei. Das Urteil wurde dem Beklagten am 27.05.2014 persönlich - nunmehr an die Anschrift seiner Mutter -, nicht jedoch seinem Prozessbevollmächtigten übermittelt.

Mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 03.06.2014 hat der Beschwerdeführer Anhöhrungsrüge nach § 321a ZPO erhoben und beantragt, den Prozess vor dem Amtsgericht fortzuführen, das Endurteil vom 19.05.2014 aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Anspruchsbegründung des Klägers und der prozessleitende Beschluss des Gerichts seien ihm nicht wirksam zustellt worden und auch nicht bekannt gewesen. Sein für den Rechtszug bestellter Prozessbevollmächtigter habe entgegen § 172 I ZPO keinerlei Zustellungen erhalten. Er selbst habe sich seit Januar 2014 im Ausland befunden und erst am 27.05.2014 Kenntnis von dem ergangenen Urteil erlangt. Nach Fortsetzung des Verfahrens werde er gegen den geltend gemachten Anspruch des Klägers Erfüllung einwenden, da er die Rechnung bezahlt habe. Das Amtsgericht Lübeck wies die Gehörsrüge mit angegriffenem Beschluss vom 04.06.2014, dem Prozessbevollmächtigten des Beschwerdeführers am 17.06.2014 zugestellt, als unbegründet zurück. Dem Beschwerdeführer sei die gerichtliche Verfügung mit Klagebegründung zugestellt worden; dieser habe seinen Auslandsaufenthalt in keiner Weise belegt, außerdem habe er mit gerichtlichen Schreiben auf Grund des vorangegangenen Mahnverfahrens rechnen müssen. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG und eine Verletzung des Willkürverbots aus Art. 3 I GG. Zu Recht?

Die angegriffenen Entscheidungen des Amtsgerichts könnten den Beschwerdeführer in seinem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 103 I GG verletzen.

I. Regelungsgehalt des Art. 103 I GG

„Diese Vorschrift gewährleistet jedem Verfahrensbeteiligten einen Anspruch darauf, sich **vor dem Erlass einer gerichtlichen Entscheidung** zu dem ihr zu Grunde liegenden Sachverhalt **zu äußern** (vgl. BVerfGE 67, 39 [41]; 69, 145 [148]; 89, 381 [392]; 101, 106 [129]; stRspr). Der in Art. 103 I GG verbürgte Anspruch auf rechtliches Gehör ist eine Folgerung aus dem Rechtsschutzgedanken für das gerichtliche Verfahren. Der Einzelne soll **nicht bloßes Objekt des Verfahrens** sein, sondern er soll vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen können, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können (vgl. BVerfGE 86, 133 [144]). Dementsprechend darf das Gericht nur solche Tatsachen verwerten, zu denen sich die Verfahrensbeteiligten vorher äußern konnten (vgl. BVerfGE 70, 180 [189]; 101, 106 [129]).

Das Äußerungsrecht ist zudem **eng verknüpft mit dem Recht auf Information**. Die genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setzt voraus, dass die Verfahrensbeteiligten zu erkennen vermögen, auf welchen Tatsachenvortrag es für die Entscheidung ankommen kann. Die Verfahrensbeteiligten müssen sich **unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt über den gesamten Verfahrensstoff unterrichten** können (vgl. BVerfGE 84, 188 [190]; 96, 189 [204]). Den Gerichten obliegt zudem die Pflicht, von sich aus den Beteiligten **alles für das Verfahren Wesentliche mitzuteilen** (BVerfGE 36, 85 [88]); es bedarf keines Antrags und es besteht in der Regel keine Erkundigungspflicht des Grundrechtsträgers (BVerfGE 17, 194 [197]; 50, 381 [385]; 67, 154 [155]).“ (BVerfG aaO.)

II. Sicherung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

„Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die **nähere Ausgestaltung** des rechtlichen Gehörs **den einzelnen Verfahrensordnungen überlassen** bleiben muss (BVerfGE 60, 1 [5]; 67, 208 [211]). Der einfachgesetzlichen Umsetzung des Rechts auf Information dienen insofern die prozessrechtlichen Vorschriften über die Ladung (vgl. BVerfGE 36, 298 [301]) und die Bekanntgabe, insbesondere die Zustellung (vgl. Schmahl, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 26, m.w.N.). Damit soll sichergestellt werden, dass der Betroffene von für ihn erheblichen Informationen zuverlässig Kenntnis erhält (vgl. BVerfGE 67, 208 [211]).“ (BVerfG aaO.)

III. Adressat von Maßnahmen zur Wahrung des rechtlichen Gehörs

„Soweit das Recht auf Gehör durch einen **Rechtsanwalt** ausgeübt wird, hat das Gericht **ihm gegenüber die Pflichten aus Art. 103 I GG zu erfüllen** (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, 73. Ergänzungslieferung 2014, Art. 103 Rn. 108, Schmahl, aaO., Art. 103 Rn. 35). Ist ein Rechtsanwalt bestellt, so **nimmt er die prozessualen Rechte und Möglichkeiten für den gehörberechtigten Beteiligten wahr**. Er ist es dann, den das Gericht auf jeden Fall durchgängig am Verfahren zu beteiligen hat. Wird dies übersehen, so ist grundsätzlich Art. 103 I GG verletzt (vgl. Schmidt-Aßmann, aaO., Art. 103 Rn. 108 m.w.N.).“ (BVerfG aaO.)

IV. Adressat für Zustellungen

§ 172 I 1 ZPO sieht insofern vor, dass in einem anhängigen Verfahren die Zustellung an den für den Rechtszug bestellten Prozessbevollmächtigten zu erfolgen hat.

„Prozessbevollmächtigter im Sinne des § 172 I 1 ZPO ist diejenige Person, der die Partei eine Prozessvollmacht erteilt hat, die **nach § 81 ZPO zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozesshandlungen ermächtigt**; die Bestellung zum Prozessbevollmächtigten geschieht dadurch, dass dem Gericht die **Bevollmächtigung ausdrücklich oder schlüssig zur Kenntnis gebracht wird** (vgl. BGH, Beschluss vom 28.11.2006 - VIII ZB 52/06 -, NJW-RR 2007, S. 356 [356] m.w.N.). Die Mitteilung ist **nicht formgebunden**, die **Vorlage einer Vollmachtsurkunde nicht erforderlich** (vgl. Häublein, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 172 Rn. 5). Der Prozessbevollmächtigte kann sich sogar schon vor Anhängigkeit eines Prozesses bestellen, wofür zum Beispiel das Einreichen einer Schutzschrift genügen kann (vgl. Häublein, aaO., § 172 Rn. 6).

Der Prozessbevollmächtigte ist in diesem Fall **allein berufener Adressat aller Zustellungen** (vgl. Stöber, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 172 Rn. 1), damit die Prozessführung übersichtlich in einer Hand liegt (Schellhammer, Zivilprozess, 14. Aufl. 2012, Rn. 81 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 17.01.2002 - IX ZR 100/99 -, NJW 2002, S. 1728 [1729]).“ (BVerfG aaO.)

V. Anwendung auf den Fall

1. Wirksame Bestellung eines Prozessbevollmächtigten

Die Zustellung hätte demnach an den Prozessbevollmächtigten des Beschwerdeführers erfolgen müssen, wenn dieser sich wirksam bestellt hat.

„Zweifel an der wirksamen Bestellung des Prozessbevollmächtigten bestehen im vorliegenden Fall nicht. Denn aus dem beim zentralen Mahngericht eingereichten **Widerspruchsformular** ergibt sich **ausdrücklich**, dass er **als Prozessbevollmächtigter** den Widerspruch eingereicht hat, und das Formular enthält auch den Passus, dass die **„ordnungsgemäße Bevollmächtigung versichert** wird“. Das Mahngericht hat ihn dementsprechend als Prozessbevollmächtigten in den Aktenausdruck (§ 696 II ZPO) aufgenommen.“ (BVerfG aaO.)

2. Anhängigkeit des Verfahrens

Das Verfahren muss zudem anhängig i.S.d. § 172 I 1 ZPO anhängig gewesen sein.

„Die Anhängigkeit im Mahnverfahren tritt **bereits mit Einreichung des Mahnbescheids** ein (vgl. Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 693 Rn. 3). Mit der Abgabe nach § 696 I und II ZPO endet das Mahnverfahren. Der beim **Abgabegericht** aufgetretene Rechtsanwalt **bleibt Prozessbevollmächtigter** bis zu einer eventuellen Neubestellung eines Rechtsanwalts für das Streitverfahren beim Empfangsgericht (vgl. Vollkommer, aaO., § 696 Rn. 5). **Mit Eingang der Akten** (bzw. des Aktenausdrucks) beim Empfangsgericht wird die Sache **dort anhängig** (§ 696 I 4, II ZPO). Zugleich tritt (im Fall des § 696 III ZPO zeitlich zurückbezogen) Rechtshängigkeit ein (vgl. Vollkommer, aaO., § 696 Rn. 5).“ (BVerfG aaO.)

3. Unwirksamkeit von Zustellungen an Partei

„Zustellungen an die Partei selbst **unter Verstoß gegen die Vorschrift des § 172 I 1 ZPO** sind unwirksam beziehungsweise **wirkungslos** (vgl. Stöber, aaO. § 172 Rn. 23; BGHZ 61, 308 [310]; BGH, Beschluss vom 21.12.1983 – IV b ZB 29/82 -, NJW 1984, S. 926 [926] m.w.N.) und setzen Fristen nicht in Lauf (vgl. BGH, Beschluss vom 28.11.2006 - VIII ZB 52/06 -, NJW-RR 2007, S. 356 [356] m.w.N.). Zustellungen an die Partei sind nur noch möglich, wenn das Gesetz sie ausnahmsweise befiehlt (§ 141 II 2, § 239 III 1, § 244 II 1, § 450 I 3; vgl. Schellhammer, aaO., Rn. 81).“ (BVerfG aaO.)

4. Heilung des Zustellungsmangels

Zustellungsmängel können aber nach § 189 ZPO grundsätzlich auch geheilt werden. Danach gilt das zuzustellende Dokument in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, tatsächlich zugegangen ist.

„Eine **Heilung** hätte vorliegend also nur erfolgen können, wenn **dem Prozessbevollmächtigten die Verfügung (mit Anspruchsbegründung) zugegangen** wäre (vgl. Stöber, aaO., § 189 Rn. 6). Dies ist hier aber nicht ersichtlich. Ein Zugang an die vertretene Partei (wie hier vom Amtsgericht als maßgeblich erachtet) genügt jedoch nicht für eine Heilung nach § 189 ZPO (vgl. Stöber, aaO., § 189 Rn. 5).“ (BVerfG aaO.)

5. Relevanz des Zustellungsmangels für die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts

Nach den obigen Ausführungen wird der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör durch die Verfahrensordnungen gesichert. Gleichwohl führt nicht jeder Verstoß gegen für das rechtliche Gehör einschlägige Prozessvorschriften durch den Richter zwingend zu einem Verstoß gegen Art. 103 I GG. Erforderlich ist vielmehr ein spezifischer Verfassungsverstoß.

„[Nicht] jede falsche Handhabung der für das rechtliche Gehör einschlägigen Prozessvorschriften durch den Richter [stellt] zwingend auch einen Verstoß gegen Art. 103 I GG dar. Bei einer **willkürlich fehlerhaften** oder - wie hier - jedenfalls **offensichtlich unrichtigen Gesetzesanwendung** ist dies jedoch der Fall (BVerfGE 69, 145 [149]; 70, 288 [293]). Die fehlerhafte Gesetzesanwendung war insbesondere deshalb offensichtlich, da der **Wortlaut des § 172 I 1 ZPO** den Erwägungen des Amtsgerichts ausdrücklich entgegensteht. Auch den diesbezüglichen Hinweis des Prozessbevollmächtigten in der Gehörsrüge hat das Amtsgericht ignoriert. Somit ist auch von **einer objektiv willkürlichen, da nicht mehr verständlichen Gesetzesanwendung** des Amtsgerichts auszugehen. Ob der Beschwerdeführer seine Abwesenheit ausreichend glaubhaft gemacht hat, kann dahinstehen. Denn jedenfalls durfte er sich nach Beauftragung eines Prozessbevollmächtigten und der diesbezüglichen Anzeige an das Gericht darauf verlassen, dass das Gericht § 172 I 1 ZPO beachten und dass sein Prozessbevollmächtigter von allen relevanten Schriftstücken durch das Gericht Kenntnis erhalten würde.“ (BVerfG aaO.)

In dem Umstand, dass der Beschwerdeführer mangels wirksamer Zustellung der Aufforderung zur Verteidigungsanzeige keine ausreichende Möglichkeit hatte, sich zum Sachverhalt zu äußern und etwaige Einwendungen vorzubringen, liegt somit eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.

6. Beruhen des Urteils auf der Gehörsverletzung

„Schließlich beruht das angegriffene Urteil auf der Verletzung des Art. 103 I GG (vgl. BVerfGE 7, 95 [99]; 89, 381 [392 f.]). Die Entscheidungserheblichkeit liegt auf der Hand, denn der Beschwerdeführer hat bereits **in der Gehörsrüge substantiiert den Einwand der Erfüllung** gemäß § 362 I BGB erhoben.“ (BVerfG aaO.)

VI. Ergebnis

Das Urteil und der Beschluss des Amtsgerichts Lübeck sind gemäß § 93c II i.V.m. § 95 II BVerfGG aufzuheben. Die Sache ist an das Amtsgericht Lübeck zurückzuverweisen.

StPO
§§ 102, 105 I**Beweisverwertungsverbot**
Hypothetisch rechtmäßiger Beweiserlangung
(BGH in NStZ 2016, 551; Urteil vom 17.02.2016 – 2 StR 25/15)

StrafVerfR

1. Ein **Anfangsverdacht**, der Anlass zum Einschreiten gibt und zur Erforschung des Sachverhaltes verpflichtet, ist **erforderlich, aber auch ausreichend** und liegt hier vor. Er setzt nur voraus, dass **zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat** vorliegen. Der Betroffene braucht noch nicht die Stellung eines Beschuldigten erlangt zu haben.
2. Die gesetzliche Erlaubnis zu einer Durchsuchung im Rahmen der Identitätsverststellung schließt als **unselbstständige Begleitmaßnahme** auch die **gewaltsame Öffnung des Durchsuchungsobjekts** ein.
3. Ob dies der Fall ist, muss nach der Rspr. im Einzelfall aufgrund einer **umfassenden Abwägung** des Interesses der Allgemeinheit an der wirksamen Strafverfolgung mit dem Interesse des Betroffenen an der Einhaltung der Verfahrensvorschriften geprüft werden. Dies gilt auch für eine **Durchsuchung zum Auffinden von Beweismitteln**.
4. Diese **Möglichkeit der hypothetisch rechtmäßigen Beweiserlangung** ist im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen

Fall: Der Angekl. besaß nach seiner bedingten Entlassung aus einer Strafhaft im Dezember 2013 mindestens 100 g Methamphetamin, das er in seiner Wohnung in Tüten verpackte und für den Verkauf vorrätig hielt. Er verwahrte es in einer Geldkassette, die er von der Zeugin J gekauft hatte und an seinem Arbeitsplatz versteckte.

Am 29.12.2013 holte der Angekl. das Methamphetamin aus dem Versteck, entweder um es zu verkaufen oder um es an einem anderen Ort zu verstecken. Er legte die verschlossene Geldkassette mit dem Methamphetamin in seinen Rucksack, in dem sich auch sein Entlassungsschein der JVA befand. Dann lieh er sich den Pkw der Zeugin J. Gegen 21.30 Uhr fuhr er damit nach S, obwohl er keine Fahrerlaubnis hatte.

In S hielt der Angekl. in der Straße „Am B“. Dort kam ihm die Polizeistreife der Zeugen G und W entgegen. Die Beamten „beschlossen, eine Fahrzeugkontrolle durchzuführen. Grund dafür war, dass es sich um eine abgelegene Stelle handelte, in der es bereits öfter zu kriminellen Handlungen und auch Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz gekommen war und sie es für ungewöhnlich hielten, dass um diese Zeit dort ein Auto hielt.“ Als sie ihr Dienstfahrzeug in der Nähe des Angekl. anhielten, setzte dieser sein Fahrzeug einige Meter zurück, bis er nicht weiter fahren konnte. Die Beamten stiegen aus und leuchteten mit Taschenlampen in Richtung des Angekl., der sich zum Beifahrersitz wandte und dort hantierte. Anschließend stieg der Angekl. aus dem Fahrzeug aus und ging auf den Polizeibeamten G zu. Dieser verlangte von ihm den Führerschein und die Fahrzeugpapiere. Der Angekl. rannte daraufhin weg. Im Laufen verriegelte er das Fahrzeug. Der Angekl. wurde von den Beamten zu Fuß verfolgt, konnte aber entkommen.

Das verschlossene Fahrzeug wurde zunächst durch andere Streifenbeamte überwacht, aber gegen 23.00 Uhr von einem Abschleppdienst zur Verwahrstelle gebracht, wo es gegen 23.45 Uhr eintraf. Der Angekl. bat seine Freundin zur Verwahrstelle zu fahren, um den Rucksack abzuholen. Dort wurde ihr jedoch die Herausgabe verweigert. Auf Anordnung des Polizeihauptmeisters S wurde gegen 3.15 Uhr das Fahrzeug durch Einschlagen einer Seitenscheibe geöffnet und der Rucksack entnommen. Dieser wurde durchsucht, wodurch der Entlassungsschein der JVA mit den Personaldaten des Angekl. gefunden wurde. Später wurde auf Anordnung des Polizeihauptkommissars N nach Rücksprache mit dem Staatsanwalt des Bereitschaftsdiensts auch die Geldkassette aufgebrochen. Darin wurde das Methamphetamin und ein Zettel gefunden, auf dem Geldbeträge notiert waren, die eine Summe von 10.400 € ergaben. Dies entsprach dem Verkaufswert des sichergestellten Methamphetamins. Auf dem Zettel fanden sich nach einer kriminaltechnischen Untersuchung auch Fingerabdrücke und DNA-Spuren des Angekl.

Der Angekl., der in der Hauptverhandlung den Vorwurf des unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bestritten hat, hatte bei einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung im Vorverfahren behauptet, er habe die Geldkassette im Auftrag der Zeugin J transportiert, ohne deren Inhalt zu kennen. Das LG hat diese Einlassung als widerlegt betrachtet. Dazu hat es die Sachbeweise, die bei der Durchsuchung des Fahrzeugs und des Rucksacks gefunden wurden, gegen den Widerspruch der Verteidigung verwertet. Zeugenaussagen der Polizeibeamten zur Auffindesituation sowie die Sachbeweise selbst unterlägen keinem Beweisverwertungsverbot. Für die gewaltsame Öffnung und Durchsuchung des Fahrzeugs sowie der Geldkassette habe § 163 b Abs. 1 S. 3 StPO die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gebildet. Auf die §§ 102, 105 StPO sei es nicht angekommen. Der Angekl. erhebt die Verfahrensrüge, mit der er die Unverwertbarkeit der Sachbeweise behauptet. Zur Recht?

I. Zulässigkeit der Verfahrensrüge

„In der Rspr. des BGH ist nicht entschieden, dass die **Widerspruchslösung** auch für **unselbstständige Beweisverwertungsverbote** wegen Fehlern bei der Durchsuchung oder Beschlagnahme gilt (vgl. BGH Ur. v. 18.04.2007 – 5 StR 546/06, BGHSt 51, 285, 296 f.); dies kann dahinstehen. Jedenfalls hat die **Verteidigung vorab der Verwertung aller Sachbeweise** und der auf die Auffindesituation bezogenen Zeugenaussagen durch Polizeibeamte **widersprochen**. Ein solcher **Sammelwiderspruch ist zulässig** (vgl. BGH Beschl. v. 20.10.2014 – 5 StR 176/14, BGHSt 60, 38, 39; Beschl. v. 21.10.2014 – 5 StR 296/14, BGHSt 60, 50, 52).“ (BGH aaO.)

II. Begründetheit der Verfahrensrüge

Die Verfahrensrüge ist begründet, wenn ein Beweisverwertungsverbot besteht.

1. Durchsuchung des Fahrzeugs und des Rucksacks

Ist jemand einer Straftat verdächtig, so können die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes nach § 163b I 1 StPO die zur Feststellung seiner Identität erforderlichen Maßnahmen treffen.

„Ein **Anfangsverdacht**, der Anlass zum Einschreiten gibt und zur Erforschung des Sachverhaltes verpflichtet, ist **erforderlich, aber auch ausreichend** (Kurth NJW 1979, 1377, 1378) und liegt hier vor. Er setzt nur voraus, dass **zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat** vorliegen. Der Betroffene braucht noch nicht die Stellung eines Beschuldigten erlangt zu haben. Liegt ein Verdacht einer Straftat in diesem Sinne vor, kann die Durchsuchung der vom Verdächtigen mitgeführten Sachen zur Feststellung seiner Identität durchgeführt werden.

Der Angekl. hatte sich dadurch verdächtig gemacht, dass er sich der **Personenkontrolle durch Flucht entzogen** hat. Die Abfrage im Zentralen Verkehrsinformationssystem ergab, dass der Pkw auf die Zeugin J zugelassen war. Diese erklärte bei einer in dem – insoweit von der Revision nicht mitgeteilten – polizeilichen Aktenvermerk über die nächtlichen Ermittlungsmaßnahmen vom 30.12.2013 festgehaltenen informatorischen Befragung durch die in der Nacht ermittelnden Polizeibeamten, dass sie die Wegnahme des Fahrzeugschlüssels und die Benutzung ihres Fahrzeugs nicht bemerkt habe. Die Polizeibeamten gingen deshalb von einer **unbefugten Fahrzeugbenutzung** oder einem **Fahrzeugdiebstahl** aus. Insoweit lag ein ausreichender Anfangsverdacht für eine Maßnahme zur Identitätsfeststellung nach § 163 b Abs. 1 S. 3 StPO vor.“ (BGH aaO.)

Kann die Identität sonst nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden, ist nach § 163b I 3 StPO auch die Durchsuchung der von ihm mitgeführten Sachen zulässig.

„Dazu zählt für einen von der Maßnahme betroffenen Fahrzeugführer **auch das Kraftfahrzeug** (vgl. LR-StPO/Erb 26. Aufl., § 163 b Rn. 40; KK-StPO/Griesbaum 7. Aufl., § 163 b Rn. 23; MüKo-StPO/Kölbel 2016, § 163 b Rn. 17; Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 163 b Rn. 11; SK-StPO/Wolter 4. Aufl., § 163 b Rn. 36; SSW-StPO/Ziegler/Vordermayer 2. Aufl., § 163 b Rn. 7).

Die gesetzliche Erlaubnis zu einer Durchsuchung schließt als **unselbstständige Begleitmaßnahme** auch die **gewaltsame Öffnung des Durchsuchungsobjekts** ein (vgl. Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 105 Rn. 13; LR-StPO/Tsambikakis 26. Aufl., §§ 105 Rn. 125; SK-StPO/Wohlers/Jäger 5. Aufl., § 163 b Rn. 64). Deshalb war es auch zulässig, durch Zerstörung einer Seitenscheibe die Durchsuchung des Fahrzeuginneren zu ermöglichen. Ferner gehörte die **Durchsuchung des Rucksacks**, der in dem Fahrzeug gefunden wurde, zu den Maßnahmen, die nach § 163 b Abs. 1 S. 3 StPO gestattet waren. Dadurch wurde der **Entlassungsschein** des Angekl. gefunden und hierdurch seine **Identität festgestellt**. Hiermit war die Maßnahme zur Identitätsfeststellung allerdings abgeschlossen.“ (BGH aaO.)

2. Öffnung und Durchsuchung der Geldkassette

Da zum Zeitpunkt der Öffnung und Durchsuchung der Geldkassette die Identität des Angekl. nicht mehr ungewiss war, ist diese Maßnahme nicht mehr von § 163 b Abs. 1 S. 3 StPO gedeckt. Vielmehr handelte es sich um eine Durchsuchung im Sinne der §§ 102, 105 StPO.

a) Fehlen der Durchsuchungsvoraussetzungen

Durchsuchungen dürfen nach § 105 Abs. 1 StPO nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die StA und ihre Ermittlungspersonen angeordnet werden.

„Eine richterliche Durchsuchungsanordnung ist hier nicht eingeholt worden, obwohl sie **ohne Gefahr des Beweismittelverlusts** hätte eingeholt werden können. Gefahr im Verzug als Grund für die Annahme einer **Eilkompetenz** der StA oder ihrer Ermittlungspersonen war jedenfalls nach der **Sicherstellung des Fahrzeugs durch Abschleppen zur Verwahrstelle nicht mehr anzunehmen**.“ (BGH aaO.)

b) Beweisverwertungsverbot

Fraglich ist jedoch, ob sich aus diesem Verfahrensfehler ein Beweisverwertungsverbot ergibt.

*„Ob dies der Fall ist, muss nach der Rspr. im Einzelfall aufgrund einer **umfassenden Abwägung** des Interesses der Allgemeinheit an der wirksamen Strafverfolgung mit dem Interesse des Betroffenen an der Einhaltung der Verfahrensvorschriften geprüft werden (vgl. BVerfG Beschl. v. 07.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 1857/10, BVerfGE 130, 1, 27). Dies gilt auch für eine **Durchsuchung zum Auffinden von Beweismitteln** (vgl. BGH Ur. v. 18.04.2007 – 5 StR 546/06, BGHSt 51, 285, 289 ff.). Die Abwägung ergibt, dass der Verfahrensfehler die Rechte des Angekl. bei der Beweisgewinnung **nicht erheblich beeinträchtigt** hat und das Interesse an der Verwertung der in der Geldkassette gefundenen Sachbe-
weise überwiegt.*

*Dabei fällt ins Gewicht, dass es um den **schwerwiegenden Vorwurf des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge** durch den Angekl. geht, der einschlägig vorbestraft ist. Nachdem seine Identität durch Auffinden des Entlassungsscheins aus der Justizvollzugsanstalt, aus der er bedingt entlassen worden war, bekannt war, ist auch anzunehmen, dass ein **Ermittlungsrichter** in dem Fall, dass ein Antrag auf Gestattung der Durchsuchung der Geldkassette gestellt worden wäre, **höchstwahrscheinlich einen Durchsuchungsbeschluss erlassen** hätte.*

*Diese **Möglichkeit der hypothetisch rechtmäßigen Beweiserlangung** ist im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen (vgl. BGH Ur. v. 18.04.2007 – 5 StR 546/06, BGHSt 51, 285, 291; Ur. v. 15.02.1989 – 2 StR 402/88, NStZ 1989, 375, 376 mAnm Roxin; KK-StPO/Bruns § 105 Rn. 21; krit. MüKo-StPO/Hauschild 2014, § 105 Rn. 39; LR-StPO/Tsambikakis § 105 Rn. 149). Sie führt dazu, dass aus der ohne richterliche Gestattung erfolgten Durchsuchung kein Beweisverwertungsverbot resultiert. Anhaltspunkte dafür, dass der Richtervorbehalt von den Ermittlungsbeamten bewusst missachtet.“ (BGH aaO.)*

Es besteht daher kein Beweisverwertungsverbot und die Verfahrensrüge ist un-
begründet.

(OLG Celle in NSTz-RR 2016, 285; Beschluss vom 22.02.2016 – 1 Ws 67/16)

1. Andere dem Getöteten nahestehende Personen als die in § 395 II Nr. 1 StPO genannten Verwandten, wie etwa **Großeltern, Verlobte, Nichten oder Neffen** und auch **Pflegeeltern** bzw. **Pflegekinder** oder auf Dauer angelegte **nichteheliche Lebensgemeinschaftspartner**, sind nicht Verletzte und damit nicht antragsbefugt i. S. von § 172 I 1 StPO.
2. Mangels **Verletzteneigenschaft hinsichtlich eines Officialdelikts** ist das Klageerzwingungsverfahren eines tateinheitlich mitverwirklichten Privatklagedelikt, hinsichtlich derer der Antragsteller Verletzter ist, unzulässig.

Fall: Der Anzeigerstatter beantragt, gegen die Beschuldigte Anklage wegen fahrlässiger Tötung des damals fast 13 Jahre alten Kindes E. T. I. und wegen der daraus bei ihm resultierenden posttraumatischen Belastungsstörung wegen fahrlässiger Körperverletzung nach §§ 222, 229 StGB zu erheben.

Der Antragsteller wirft der Beschuldigten vor, am 03.07.2015 in H. im Bremischen durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht zu haben, indem sie gegen 13.30 Uhr mit ihrem Pkw VW Polo (amtl. Kennzeichen ...) in Richtung L. Ortsmitte an einem auf der Kreisstraße 48 an einer dortigen Bushaltestelle haltenden, zur Schülerbeförderung eingesetzten Linienbus mit einer Geschwindigkeit von etwa 35 bis 40 km/h (bei einer durch Beschilderung erlaubten Höchstgeschwindigkeit von 70 km/h) vorbeifuhr und dadurch den nach dem Verlassen des Buses auf die Straße tretenden E. T. I. mit ihrem Fahrzeug erfasste, wodurch dieser tödliche Verletzungen erlitt. Der Antragsteller, der mit der Mutter des getöteten Kindes seit dessen sechsten Lebensmonat in partnerschaftlicher Beziehung zusammenlebt und für den der Getötete wie ein „Ziehsohn“ war, wollte das Kind am Unfalltag von der Bushaltestelle abholen und war Zeuge des Unfallgeschehens. Da er nichts tun konnte, um das Leben des von ihm geliebten Kindes zu retten, fühlte er sich zunehmend hilflos und verzweifelt. Er leidet seinen Angaben zufolge unter Nachhallerinnerungen und „flashbacks“, mag nicht an dem Ort des Ereignisses vorbeigehen und hat ein andauerndes Gefühl von Betäubtheit und leidet an Teilnahmelosigkeit gegenüber der Umgebung und Menschen. Aufgrund dessen suchte er erstmals am 13.08.2015 einen Psychotherapeuten auf, der eine Posttraumatische Belastungsstörung diagnostizierte.

Die Staatsanwaltschaft Stade führt gegen die Beschuldigte ein gesondertes Ermittlungsverfahren wegen fahrlässiger Tötung (Az.: 121 Js 25236/15). Dieses hatte die Staatsanwaltschaft zunächst mit Verfügung vom 14.09.2015 gemäß § 170 II StPO eingestellt. Nachdem die Mutter des getöteten Kindes, Frau J. I., hiergegen am 05.10.2015 Beschwerde eingelegt hatte, hat die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen auf Weisung des Generalstaatsanwalts vom 06.09.2015 wieder aufgenommen.

Der Antragsteller zeigte mit anwaltlichem Schreiben vom 20.10.2015 unter Hinweis auf das laufende Ermittlungsverfahren gegen die Beschuldigte wegen fahrlässiger Tötung an, dass er aufgrund des Unfallgeschehens tief traumatisiert sei und deswegen an der Gesundheit beschädigt sei und stellte Strafantrag wegen aller in Betracht kommender Delikte.

Die Staatsanwaltschaft Stade hat das hiesige - gesondert geführte - Ermittlungsverfahren mit Verfügung vom 03.12.2015 gemäß § 170 II StPO eingestellt. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Antragstellers hat der Generalstaatsanwalt mit Bescheid vom 04.01.2016 als unbegründet zurückgewiesen. Am 03.02.2016 hat der Anzeigerstatter Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt. Ist der Antrag zulässig?

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§ 172 II und III StPO) ist zulässig, wenn eine Straftat vorliegt, hinsichtlich derer der Antragsteller das Klageerzwingungsverfahren betreiben darf.

I. Antragsbefugnis bezüglich des Vorwurfs der fahrlässigen Tötung zum Nachteil des Kindes E. T. I.

Nach § 172 I 1 StPO kann das Klageerzwingungsverfahren nur von dem durch die behauptete Straftat Verletzten betrieben werden.

1. Begriff des Verletzten

„Verletzter ist, wer **durch die Straftat** - bei Unterstellung ihrer tatsächlichen Begehung - **unmittelbar in seinen Rechten, Rechtsgütern oder anerkannten Interessen beeinträchtigt ist** (vgl. Senatsbeschluss vom 01.02.2008 - 1 Ws 32/08 - NJW 2008, 1463; ebenso KK-Moldenhauer, StPO, 7. Aufl., § 172 Rn. 19; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 172 Rn. 9; jew. m.w.N.). Dabei ist der Begriff des Verletzten zwar weit auszulegen, weil der **Schutz des Legalitätsprinzips** umfassend sein soll; andererseits besteht aber Einigkeit darüber, dass eine **nur irgendwie geartete Betroffenheit nicht ausreichen** kann, um eine vom Gesetz nicht gewollte **Popularklage zu verhindern** (vgl. Senat aaO.; KK-Moldenhauer aaO., Rn. 18; Meyer-Goßner aaO., Rn. 10; LR-Graalman-Scheerer, StPO, 26. Aufl., § 172 Rn. 50; jew. m.w.N.). Entscheidend für die Verletzteneigenschaft ist, ob der von der behaupteten Straftat betroffene Antragsteller wegen einer

Verletzung einer rechtlich anerkannten Position ein spezielles Interesse an der Ahndung des Normverstoßes hat (vgl. OLG Düsseldorf NJW 1992, 2370; LR-Graalman-Scheerer, aaO., Rn. 53).“ (OLG Celle aaO.)

2. Antragsberechtigung bei Straftaten gegen das Leben

Bei einer vollendeten Straftat gegen das Leben kommt naturgemäß ein Antrag des unmittelbar Verletzten nicht in Betracht. Hier hat der Gesetzgeber aber bei Schaffung der **Nebenklagebefugnis in § 395 II Nr. 1 StPO** zum Ausdruck gebracht, für welche Angehörigen des Opfers er ein spezielles Interesse an der Ahndung des Normverstoßes anerkennt.

*„Diese sind daher als **Verletzte** im Sinne des § 172 StPO anzusehen (vgl. OLG Celle MDR 1959, 60; OLG Hamm NSTz 1986, 327; LR-Graalman-Scheerer, aaO., Rn. 82; KK-Moldenhauer, aaO. Rn. 21). Nach der Wertung des Gesetzgebers gehören nur diejenigen zum Kreis der Nebenklageberechtigten, die zum **engsten Familienkreis** zählen, wozu beispielsweise die Großeltern eines Opfers nicht mehr gehören (vgl. BGH NJW 1967, 454); der Gesetzgeber erkennt also bei ihnen im Falle der Tötung eines Enkelkinds ein spezielles Strafverfolgungsinteresse - unabhängig von ihrer persönlichen Betroffenheit - nicht an, so dass sie auch nicht als Verletzte im Sinne des § 172 StPO anzusehen sind.*

*Soweit **zum Teil die Ansicht vertreten** wird, dass bei Straftaten gegen das Leben über die Nebenklageberechtigten hinaus auch andere, dem Getöteten nahe stehende Personen antragsbefugt sein können, „**wenn eine enge Lebensgemeinschaft, insbesondere, aber nicht notwendig, eine häusliche Gemeinschaft dergestalt bestanden hat, dass die betroffene Person infolge ihres persönlichen Verhältnisses zum Getöteten in ihrem Leben selbst schwer betroffen ist und deshalb ein persönliches Leid empfindet**“, wozu unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles die in § 395 II Nr. 1 StPO nicht genannten Verwandten, wie etwa die Großeltern, Verlobte, Nichten oder Neffen und auch Pflegeeltern bzw. Pflegekinder oder auf Dauer angelegte nichteheliche Lebensgemeinschaftspartner gehören sollen (so LR-Graalman-Scheerer, aaO. Rn. 83; ähnlich KMR-Plöd, StPO, Stand November 2014, § 172 Rn. 24), **vermag der Senat dem nicht zu folgen.***

*Wollte man den Begriff des Verletzten so weit ausdehnen, so würde **jeder, der aufgrund persönlicher Verbundenheit aufgrund eines Tötungsdeliktes emotional betroffen** ist, unter den Verletztenbegriff fallen können. Dann würde aber die Grenze zum unzulässigen Popularklageerzwingungsverfahren überschritten werden (KG JR 1967, 392; so auch BGH, Beschluss v. 14.02.2012 - 3 StR 7/12 -, juris, zur fehlenden Nebenklageberechtigung des Stiefvaters eines Getöteten). Auch würde die Einordnung, wann eine „enge Lebensgemeinschaft“ bzw. eine „Betroffenheit infolge des persönlichen Verhältnisses“ einen Grad erreicht hat, der dem eines Angehörigen aus dem „engsten Familienkreis“ gleichsteht, im Einzelfall große Schwierigkeiten bereiten. Der Senat hält daher an seiner Auffassung fest, dass der getöteten Person Nahestehende, die nicht zu den in § 395 II Nr. 1 StPO genannten Personenkreis gehören, nicht Verletzte im Sinne von § 172 StPO sind.“ (OLG Celle aaO.)*

Es fehlt daher dem Antragsteller an der notwendigen Antragsbefugnis, weil er nicht Verletzter der der Beschuldigten zur Last gelegten fahrlässigen Tötung zum Nachteil des Kindes ist.

II. Antragsbefugnis hinsichtlich der fahrlässigen Körperverletzung

Hinsichtlich der der Beschuldigten vorgeworfenen fahrlässigen Körperverletzung gem. § 229 StGB ist der Antragsteller zweifellos Verletzter im Sinne von § 172 I 1 StPO ist da es sich insoweit um ein Vergehen handelt dass von dem Antragsteller im Wege der Privatklage verfolgt werden könnte (§§ 172 II 3, 374 I Nr. 4 StPO).

*„Zwar handelt es sich vorliegend nicht um ein Verfahren, welches „ausschließlich“ ein Privatklagedelikt zum Gegenstand hat, da die fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB zum Nachteil des Kindes E. T. I. und die fahrlässige Körperverletzung gem. § 229 StGB zum Nachteil des Antragstellers sowohl **materiell-rechtlich als auch prozessual eine Tat** darstellen (§ 52 StGB, § 264 StPO). Der Klageerzwingungsantrag umfasst daher die gesamte Tat, da Gegenstand des Antragsvorbringens **neben dem angezeigten Privatklagedelikt auch das Offizialdelikt** ist, so dass die Ermittlungen gegen die Beschuldigten wegen des Vorwurfs der fahrlässigen Körperverletzung zum Nachteil des Antragstellers grundsätzlich gemeinsam mit dem bei der Staatsanwaltschaft Stade geführten Ermittlungsverfahren mit dem Aktenzeichen 121 Js 25236/15 zu führen wären. Allerdings setzt § 172 StPO für die Antragsberechtigung die Verletzeneigenschaft voraus, so dass auch im Falle des § 172 II 3 StPO **nur solche Delikte** miteinander vergleichbar sind, bei denen **sämtlich die Verletzeneigenschaft des Antragstellers** gegeben ist (OLG Celle, Beschluss v. 12.08.1958 - 2 Ws 158/58 -, Nds. RpfG. 1959, 95; i. E. so auch OLG Stuttgart, Beschluss v. 20.12.1996 - 1 Ws 189/96 -, juris). Da der Antragsteller hinsichtlich des Offizialdelikts der fahrlässigen Tötung nicht zu den Verletzten gehört, muss dieses Delikt für das von ihm betriebene Klageerzwingungsverfahren außer Betracht bleiben.“ (OLG Celle aaO.)*

Der Antrag des Antragstellers auf gerichtliche Entscheidung (§ 172 II und III StPO) ist unzulässig, da es an einer Straftat fehlt, hinsichtlich derer der Antragsteller das Klageerzwingungsverfahren betreiben darf.

1. **Verkehrszeichen für den ruhenden Verkehr** äußern ihre Rechtswirkung gegenüber jedem von der Regelung betroffenen Verkehrsteilnehmer, **gleichgültig**, ob er das Verkehrszeichen **tatsächlich wahrnimmt** oder nicht, wenn sie **so aufgestellt oder angebracht** sind, dass ein durchschnittlicher Kraftfahrer bei Einhaltung der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt und ungestörten Sichtverhältnissen während der Fahrt oder durch einfache Umschau beim Aussteigen **ohne Weiteres erkennen** kann, dass ein Gebot oder Verbot durch Verkehrszeichen verlautbart wurde.
2. Zu einer **Nachschau** ist der Verkehrsteilnehmer nur verpflichtet, wenn hierfür nach den konkreten Umständen des Einzelfalls ein **besonderer Anlass** besteht.

Fall: Der Kl. wandte sich gegen die gebührenrechtliche Inanspruchnahme für die Umsetzung eines Kraftfahrzeugs. Er hatte sein Fahrzeug am Freitag, den 10.09.2010, gegen 23.45 Uhr in der L.-Straße in Berlin abgestellt. Dort war am 08.09.2010 wegen eines für den Samstag geplanten Straßenfestes ein absolutes Haltverbot durch vorübergehend aufgestellte (Verkehrs-)Zeichen 283 nach Anlage 2 zu § 41 StVO, ergänzt durch Zusatzzeichen (Sa 11.09.2010, 6–22 Uhr) ausgeschildert worden. Dem lag ein Verkehrszeichenplan zu Grunde, der vom Bezirksamt Steglitz-Zehlendorf bei der Erteilung der Erlaubnisse nach § 29 II StVO und § 13 BlnStrG an den Veranstalter des Straßenfestes mit dem Stempel „Verkehrszeichenplan straßenverkehrsbehördlich angeordnet“ und der Unterschrift eines Bediensteten versehen worden war. Am Samstag, den 11.09.2010, veranlasste ein Polizeibeamter um 8.34 Uhr die Umsetzung des Kraftfahrzeugs, da es die Aufbauarbeiten für das Straßenfest behinderte. Im Umsetzungsprotokoll wurde von ihm vermerkt: „Halteverbot auf beiden Straßenseiten deutlich erkennbar“.

Mit Gebührenbescheid vom 18.03.2011 nahm der Bekl. den Kl. auf Zahlung von 125 € für die Umsetzung des Fahrzeugs in Anspruch. Er habe länger als eine Stunde im absoluten Haltverbot (Zeichen 283) geparkt und dadurch den Aufbau des Straßenfestes behindert. Hiergegen geht der Kl. mit der Begründung vor, er habe die Halteverbotszeichen nicht wahrgenommen. Das Haltverbotszeichen an der Einfahrt von der Sch.-Straße zur L.-Straße habe parallel zur Fahrtrichtung gestanden; außerdem seien die Verkehrszeichen nur in einer Höhe von 1,3–1,5 m angebracht gewesen. Dies habe er nach der Entfernung seines Fahrzeugs vor Ort recherchiert. Ist der Gebührenbescheid rechtmäßig?

I. Ermächtigungsgrundlage

Nach §§ 1 I, 3 I und 10 II Buchst. b des PolBenGebO Bln sowie Tarifstelle 4.1 Buchst. a des als Anlage zu § 1 PolBenGebO Bln erlassenen Gebührenverzeichnisses fällt für die Umsetzung eines Fahrzeugs mit bis zu 3,5 t zulässigem Gesamtgewicht an einem Sonnabend eine Gebühr i.H.v. 125 € an.

II. Formelle Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheides

Bedenken hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit bezogen auf Zuständigkeit, Form und Verfahren bestehen nicht.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die materielle Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheides hängt jedoch nicht nur davon ab, dass - was hier unzweifelhaft ist - eine Umsetzung erfolgt ist, sondern auch davon, dass diese rechtmäßig war.

1. Ermächtigungsgrundlage für die Umsetzung

Da vorab kein gesonderter Verwaltungsakt gegenüber dem Kl. ergangen ist, erfolgt hier die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme nach § 15 I ASOG Bln auf der Grundlage der polizeilichen Generalklausel aus § 17 I ASOG Bln.

2. formelle Rechtmäßigkeit der Umsetzung

Bedenken hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit bezogen auf Zuständigkeit, Form und Verfahren bestehen nicht.

3. Materielle Rechtmäßigkeit der Umsetzung

Eine Maßnahme auf der Grundlage der Generalklausel im Rahmen einer unmittelbaren Ausführung nach §§ 15 I, 17 I ASOG setzt voraus, dass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit bestanden hat. Dies ist anzunehmen, wenn ein Schaden für die objektive Rechtsordnung, die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder Individualrechtsgüter mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu erwarten ist.

Hier könnte ein Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung vorliegen. Indem der Kläger die aufgestellten Halteverbote nicht beachtet hat, könnte er gegen § 41 I StVO i.V.m. lfd. Nr. 62 der Anlage 2 zu § 41 I StVO verstoßen haben. Da sich ohne die Umsetzung ein solcher Verstoß perpetuieren würde, besteht zugleich auch eine Gefahr der Fortdauer des Verstoßes.

Dies setzt allerdings voraus, dass das Halteverbot rechtmäßig angeordnet wurde.

a) Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung des Halteverbotes

Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung des Halteverbotes ist § 45 StVO.

*„Eine solche Anordnung wurde hier vom Bezirksamt Steglitz-Zehlendorf mit dem Erlass des Bescheids vom 26.07.2010 getroffen. Bei diesem an den Veranstalter des Straßenfestes gerichteten Bescheid handelt es sich der (Haupt-)Sache nach um eine **Erlaubnis für übermäßige Straßenbenutzung** nach § 29 II StVO und § 13 BlnStrG.*

*Das BerGer. hat den Bescheid zugleich als **straßenverkehrsbehördliche Anordnung des Halteverbots** ausgelegt. Nach seinen Feststellungen hatte das Bezirksamt den Verkehrszeichenplan, der „(wohl) von Privatpersonen eingereicht worden war“, mit dem Stempel „**Verkehrszeichenplan straßenverkehrsbehördlich angeordnet**“ versehen. Diese Auslegung des Bescheids vom 26.07.2010 durch das Tatsachengericht begegnet revisionsrechtlich ebenso wenig Bedenken wie die Schlussfolgerung, dass die privaten Aufsteller der Schilder selbst keine verbindlichen Verkehrsanordnungen getroffen und auch keine eigenverantwortliche hoheitliche Tätigkeit ausgeübt haben.“ (BVerwG aaO.)*

b) Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung des Halteverbotes

aa) Zuständigkeit

Zuständig für die Anordnung eines Halteverbotes ist nach § 45 I StVO die Straßenverkehrsbehörde. Hier ist allerdings die Aufstellung der Schilder durch Private erfolgt.

„Nach den tatsächlichen Feststellungen des BerGer. wurde die Aufstellung der Haltverbotszeichen (lfd. Nr. 62 der Anlage 2 zu § 41 I StVO) vom Bekl. als Straßenverkehrsbehörde angeordnet und von dem privaten Veranstalter des Straßenfestes lediglich ausgeführt. Der vom Kl. gerügte Verstoß gegen §§ 1 IV und 35 S. 1 VwVfG und der von ihm daraus hergeleitete Wirksamkeitsmangel des Haltverbots liegen daher nicht vor.“ (BVerwG aaO.)

bb) Form

Die Anordnung des Halteverbotes erfolgt durch Aufstellen der Halteverbotsschilder, was wiederum als **dinglicher Verwaltungsakt** eine **Allgemeinverfügung** nach § 35 S. 2 VwVfG darstellt und damit den Formvorgaben genügt.

cc) Verfahren

Eine **Anhörung** ist vor Aufstellen eines Halteverbotsschildes als belastender Verwaltungsakt nach § 28 I VwVfG zwar grundsätzlich erforderlich, jedoch nach § 28 II Nr. 4 VwVfG **entbehrlich**.

Das Halteverbot ist damit formell rechtmäßig angeordnet worden.

c) Materielle Rechtmäßigkeit der Anordnung des Halteverbotes

Das Halteverbot muss aber auch materiell rechtmäßig sein. Nach § 45 I StVO können die Straßenverkehrsbehörden die Benutzung bestimmter Straßen oder Straßenstrecken aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs beschränken oder verbieten. Am Vorliegen der Voraussetzungen für die Anordnung eines vorübergehenden Halteverbotes bestehen keine Bedenken, fraglich ist allein, ob das Halteverbot dem Kläger gegenüber wirksam geworden ist.

aa) Keine Anordnung durch privaten Dritten

„Zu Unrecht stützt der Kl. seinen Einwand fehlender Wirksamkeit auf das Urteil des BVerwG vom 26.06.1970 (BVerwGE 35, 334 = NJW 1970, 2075). Dort heißt es, dass die **verbindliche Entscheidung** über eine Verkehrsbeschränkung oder – wie dort – ein Verkehrsverbot **von der zuständigen Behörde getroffen** werden muss und sie nicht einem privaten Dritten – in jenem Fall einem Bauunternehmer – überlassen werden darf. Das schließt jedoch nicht aus, dass der Dritte einen Vorschlag machen und dabei – wie hier – auch einen konkreten **Verkehrszeichenplan vorlegen** darf. Die Behörde ist nicht gehindert, eine entsprechende Anordnung zu treffen. § 45 VI StVO sieht ausdrücklich vor, dass **Bauunternehmer vor dem Beginn von Arbeiten**, die sich auf den Straßenverkehr auswirken, einen F haben. Nichts anderes geschieht bei jedem Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung, wenn der Bauherr seine Baupläne bei der Genehmigungsbehörde einreicht. Eine andere rechtliche Bewertung rechtfertigt auch der dritte Leitsatz des Urteils nicht; danach kann die **behördliche Zustimmung nicht in den Erlass eines Verkehrsverbots durch die Straßenverkehrsbehörde umgedeutet** werden. Den Unterschied zwischen einer „Zustimmung“ und der Anordnung eines Verkehrsverbots sieht der 7. Senat darin, dass sich die Behörde bei der „Zustimmung“ einer eigenen Entscheidung enthalte und lediglich die von einer anderen Stelle getroffene Entscheidung überprüfe (BVerwGE 35, 334 [342] = NJW 1970, 2075). Nach den Feststellungen des BerGer. hat hier das Bezirksamt selbst über die Anordnung des Haltverbots entschieden.“ (BVerwG aaO.)

bb) Wirksame Bekanntgabe

Ein Verwaltungsakt wird nach § 43 I VwVfG gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, **in dem Zeitpunkt wirksam**, in dem er ihm **bekannt gegeben** wird. Die Bekanntgabe ist in § 41 VwVfG geregelt. Nach § 41 I 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird.

(1) Vorgaben für die wirksame Bekanntgabe eines Verkehrszeichens

„Nach **ständiger Rechtsprechung** ist das Haltverbot nach Zeichen 283, wie andere Verkehrsverbote und -gebote, ein **Verwaltungsakt in der Form einer Allgemeinverfügung** i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG (BVerwGE 27, 181 [182] = NJW 1967, 1627 und BVerwGE 59, 221 [224] = NJW 1980, 1640). Es wird gem. § 43 VwVfG gegenüber demjenigen, für den es bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem es ihm bekanntgegeben wird. Die Bekanntgabe erfolgt nach den bundesrechtlichen (Spezial-)Vorschriften der Straßenverkehrs-Ordnung **durch Aufstellen des Verkehrszeichens** (vgl. insbes. §§ 39 I und 45 IV StVO). Dies ist eine besondere Form der öffentlichen Bekanntgabe. Sind Verkehrszeichen **so aufgestellt oder angebracht**, dass sie ein **durchschnittlicher Kraftfahrer** bei Einhaltung der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt schon **„mit einem raschen und beiläufigen Blick“ erfassen** kann (BGH, NJW 1970, 1126), äußern sie nach dem so genannten **Sichtbarkeitsgrundsatz** ihre Rechtswirkung gegenüber jedem von der Regelung betroffenen Verkehrsteilnehmer, gleichgültig, ob er das Verkehrszeichen tatsächlich wahrnimmt oder nicht (stRspr; BVerwGE 102, 316 [318] = NJW 1997, 1021; BVerwGE 130, 383 = NJW 2008, 2867 Rn. 11 und BVerwGE 138, 21 = NJW 2011, 246 Rn. 15).“ (BVerwG aaO.)

(2) Differenzierung zwischen fließendem und ruhenden Verkehr

Allerdings sind die Anforderungen bei fließendem Verkehrs, bei dem die Wahrnehmung im Augenblick zählt höher als bei ruhenden Verkehr. Hier gelten für die Sichtbarkeit von Verkehrszeichen weniger strenge Anforderungen.

„Diese Auffassung entspricht der **mittlerweile gefestigten Rechtsprechung** zahlreicher Instanzgerichte sowohl der Verwaltungs- (vgl. u.a. OVG Hamburg, NZV 2009, 524 [525]; OVG Münster, NJW 1998, 331; VGH Mannheim, NJW 2010, 1898 [1899] = NZV 2010, 533) als auch der ordentlichen Gerichtsbarkeit (vgl. u.a. OLG Hamm, VRS 57, 137 [138 f.]). Sie wird in der Kommentarliteratur geteilt (vgl. König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 43. Aufl. 2015, § 39 StVO Rn. 33; Janker/Hühnermann in Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 24. Aufl. 2016, § 39 StVO Rn. 15, jew. m.w.N.).

Vom **BVerwG** wurde das **bislang noch nicht ausdrücklich ausgesprochen**. Eine solche Differenzierung ist in der Sache jedoch darin angelegt, dass – wie gezeigt – auch das BVerwG in ständiger Rechtsprechung das Erfordernis der Erfassbarkeit von Verkehrszeichen „mit einem raschen und beiläufigen Blick“ in einen Zusammenhang mit der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt stellt. Es liegt auf der Hand und ist allgemein anerkannt, dass das **Maß und die Ausprägung** der von den Verkehrsteilnehmern zu fordernden Sorgfalt **von der konkreten Verkehrssituation** abhängen (vgl. statt vieler nur OVG Hamburg, NZV 2009, 524 [525]). Verkehrszeichen, die den fließenden Verkehr betreffen, müssen insbesondere bei höherer Geschwindigkeit innerhalb kürzester Zeit wahrgenommen und erfasst, also in ihrem

Regelungsgehalt verstanden werden können, um ihr Regelungsziel zu erreichen. Anders liegt es bei Verkehrszeichen, die den ruhenden Verkehr regeln. Hier hat der Verkehrsteilnehmer die Möglichkeit, sich **auch noch beim Abstellen und Verlassen seines Fahrzeugs** ohne eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer **Klarheit über das Vorhandensein und/oder den Inhalt eines Halt- oder Parkverbots zu verschaffen**. Die Anfahrt zum Abstellort des Fahrzeugs und das nachfolgende Aussteigen des Fahrers stellen sich als einheitlicher Lebensvorgang dar. Eine einfache Umschau nach dem Abstellen des Fahrzeugs, ob ein Halt- oder Parkverbot besteht, gehört deshalb zu der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt des Fahrers.“ (BVerwG aaO.)

Dies führt dazu, dass die Erkennbarkeit und Erfassbarkeit von Verkehrszeichen für den ruhenden Verkehr nicht stets bereits während der Fahrt gegeben sein muss.

„Eine **Umschauspflicht des Verkehrsteilnehmers** nach dem Abstellen des Fahrzeugs scheidet nicht schon deshalb aus. Den Urteilen des erkennenden Senats zum **Sichtbarkeitsgrundsatz** und den dort formulierten Anforderungen an die Erfassbarkeit von Verkehrszeichen „mit einem raschen und beiläufigen Blick“ lagen Fälle des fließenden Verkehrs zu Grunde und zwar **gerade solche des Schnellverkehrs** (vgl. BVerwGE 130, 383 = NJW 2008, 2867 – Durchfahrverbote zur Unterbindung von Mautausweichverkehr; BVerwGE 138, 21 = NJW 2011, 246 – Lkw-Überholverbote auf Autobahnen).“ (BVerwG aaO.)

An die Sichtbarkeit von Verkehrszeichen im ruhenden Verkehr sind daher niedrigere Anforderungen zu stellen sind als an solche, die den fließenden Verkehr betreffen.

(3) Allgemeine Nachschaupflicht im ruhenden Verkehrs

Fraglich ist daher, ob den Fahrer bei dem Abstellen seines Fahrzeugs immer eine Nachschaupflicht bezüglich besonderer Regelungen durch Verkehrszeichen für den ruhenden Verkehr trifft.

„Das BerGer. hat angenommen, den Fahrer treffe auch **ohne besonderen Anlass** eine über eine solche Umschau nach dem Abstellen des Fahrzeugs hinausgehende Nachschaupflicht, er könne „gegebenenfalls“ auch gehalten sein, **vom Abstellort des Fahrzeugs aus eine gewisse Strecke nach beiden Richtungen abzuschreiten**, um sich über das Nichtvorhandensein von Halt- oder Parkverboten zu vergewissern. Damit **überspannt** das BerGer. die den Verkehrsteilnehmer treffenden **Sorgfaltspflichten**. Verkehrszeichen für den ruhenden Verkehr äußern ihre Rechtswirkung gegenüber jedem von der Regelung betroffenen Verkehrsteilnehmer, gleichgültig, ob er das Verkehrszeichen tatsächlich wahrnimmt oder nicht, wenn sie **so aufgestellt oder angebracht** sind, dass ein **durchschnittlicher Kraftfahrer** bei Einhaltung der nach § 1 StVO **erforderlichen Sorgfalt und ungestörten Sichtverhältnissen** während der Fahrt oder durch einfache Umschau beim Aussteigen ohne Weiteres erkennen kann, dass ein Ge- oder Verbot durch ein Verkehrszeichen verlautbart wurde. Zu einer **Nachschau** ist der Verkehrsteilnehmer **nur verpflichtet**, wenn hierfür nach den konkreten Umständen des Einzelfalls ein **besonderer Anlass besteht**.“ (BVerwG aaO.)

(4) Beweislast

Beruft sich ein Fahrer auf die nicht wirksame Bekanntgabe eines Verkehrszeichens unter Hinweis auf diesen Sichtbarkeitsgrundsatz, so stellt sich die Frage, wen die Beweislast trifft.

„Es **obliegt der Behörde**, die nach § 45 StVO ein Park- oder Haltverbot anordnet, **für deren ordnungsgemäße Bekanntgabe Sorge zu tragen**. Denn Wirksamkeitsvoraussetzung für ein solches straßenverkehrsrechtliches Ver- und Gebot ist eine ordnungsgemäße Bekanntgabe der entsprechenden Allgemeinverfügung (§ 43 I VwVfG) nach Maßgabe des Sichtbarkeitsgrundsatzes durch Verkehrszeichen. Die **materielle Beweislast** dafür, dass den Anforderungen des Sichtbarkeitsgrundsatzes für die Aufstellung oder Anbringung der Verkehrszeichen genügt wurde, **trägt** nach allgemeinen Grundsätzen **im Streitfall die Behörde**, die daraus Rechtsfolgen herleiten will. Das legt es für sie zugleich nahe, dass sie – um im Fall der Nichterweislichkeit eine Beweislastentscheidung zu ihren Lasten zu vermeiden – die **ordnungsgemäße Aufstellung** oder Anbringung der Verkehrszeichen und die Erfüllung der Anforderungen des Sichtbarkeitsgrundsatzes **in geeigneter Weise dokumentiert**.“ (BVerwG aaO.)

(5) Anwendung auf den Fall

Verkehrszeichen sind nach der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Straßenverkehrs-Ordnung vom 22.10.1998 (VwV-StVO) zu entnehmen. So nach Abschnitt III Verkehrszeichen **gut sichtbar in etwa rechtem Winkel zur Fahrbahn** rechts daneben anzubringen sind (Nr. 9) sowie zur Höhe, in der Verkehrszeichen in der Regel angebracht werden sollen (Nr. 13); nach Nr. 13 Buchst. a sollte sich die Unterkante der Verkehrszeichen, soweit nicht bei einzelnen Zeichen etwas anderes gesagt ist, **in der Regel 2 m über Straßenniveau** befinden., über Radwegen 2,20 m, an Schilderbrücken 4,5 m, auf Inseln und an Verkehrsteilern 0,60 m.

„Diese Vorgaben zur Aufstellung und Anbringung prägen zugleich den „Erwartungshorizont“ des Verkehrsteilnehmers, wo er mit Verkehrszeichen zu rechnen und worauf er dementsprechend seine Aufmerksamkeit zu richten hat. Werden die entsprechenden Vorgaben der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Straßenverkehrs-Ordnung eingehalten, ist das zugleich ein gewichtiges Indiz dafür, dass die nach Maßgabe des Sichtbarkeitsgrundsatzes erforderliche Sichtbarkeit des Verkehrszeichens gewährleistet war. Umgekehrt rechtfertigt die Nichteinhaltung dieser Vorgaben nicht stets die Annahme, das betreffende Verkehrszeichen sei weder hinreichend sichtbar noch zumindest soweit wahrnehmbar, dass für den ruhenden Verkehr Anlass für eine Nachschau bestand. Inwieweit den Anforderungen des Sichtbarkeitsgrundsatzes genügt wurde, ist letztlich von den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängig. Dementsprechend bedarf es hierzu im Streitfall tatrichterlicher Feststellungen.“ (BVerwG aaO.)

Anlass für eine Nachschau besteht vor dem Hintergrund dieser Vorgaben nur, wenn ein Halt- oder Parkverbotszeichen durch dort abgestellte besonders hohe Fahrzeuge verdeckt sein könnte oder wenn die Sichtverhältnisse wegen Dunkelheit oder der Witterungsverhältnisse so beeinträchtigt sind, dass der Verkehrsteilnehmer damit rechnen muss, Verkehrszeichen schon deshalb nicht zu erkennen.

„Dem Berufungsurteil lässt sich nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit entnehmen, dass das OVG den Verkehrsteilnehmer zu einer Nachschau, die über die einfache Umschau nach dem Aussteigen hinausgeht, nur bei besonderem Anlass verpflichtet sieht. Eine solche Einschränkung findet sich in dem vom OVG formulierten abstrakten Rechtssatz nicht, der Verkehrsteilnehmer müsse den leicht einsehbaren Nahbereich auf das Vorhandensein von Park- und Haltverboten überprüfen, bevor er sein Fahrzeug endgültig abstelle und dafür gegebenenfalls eine gewisse Strecke nach beiden Richtungen abschreiten. Erweist sich – wie vorstehend gezeigt – der rechtliche Maßstab des BerGer. für das Bestehen einer Nachschaupflicht als nicht in jeder Hinsicht zutreffend, sind auch die von ihm auf dieser rechtlichen Grundlage getroffenen tatsächlichen Feststellungen zur Sichtbarkeit der Haltverbotszeichen im konkreten Fall nicht tragfähig. Für eine abschließende Entscheidung bedarf es deshalb noch ergänzender tatrichterlicher Feststellungen dazu, wie die Haltverbotszeichen hier konkret aufgestellt oder angebracht waren und wie sich das auf ihre Sichtbarkeit und damit die Wirksamkeit der Bekanntgabe des Haltverbots ausgewirkt hat.“ (BVerwG aaO.)

Kurzauslese II

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

ZPO
§ 93

Sofortiges Anerkenntnis
Beweislastverteilung bei Streit über Anlass zur Klage

ZivilVerfR

(OLG Koblenz in MDR 2016, 728; Beschluss vom 08.03.2016 – 7 WF 126/16)

Ein sofortiges Anerkenntnis setzt nicht voraus, dass der anerkannte Anspruch erfüllt wird. Der Beklagte bzw. Antragsgegner muss beweisen, dass er im Falle eines sofortigen Anerkenntnisses keinen Anlass zur Klage bzw. zur Antragstellung gegeben hat. Folglich trägt nicht der Kläger bzw. Antragsteller die Beweislast für den Zugang eines vorgerichtlichen Aufforderungsschreibens, sondern der Beklagte bzw. Antragsgegner jene für den Nichtzugang.

„Ein sofortiges Anerkenntnis liegt aber dann nicht vor, wenn vom Zugang des Schreibens v. 24.03.2015 an den Antragsgegner auszugehen ist. Das ist der Fall. Es muss dem prozessrechtlichen Kontext besondere Rechnung getragen werden, indem sich die Frage der Beweislast stellt. Die maßgebliche Frage lautet nicht, **wer für den Zugang des Aufforderungsschreibens die Beweislast trägt**; sie lautet vielmehr, wer darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hat, ob der Antragsgegner im Falle eines möglichen sofortigen Anerkenntnisses **Anlass zur Klage bzw. zur Antragstellung gegeben** hat. Dass dies nicht der Antragsteller, sondern der Antragsgegner ist, ist im Prozessrecht allgemein anerkannt. Nach den allgemeinen Beweislastregeln muss **derjenige, der sich auf einen Ausnahmestatbestand beruft, diesen auch beweisen** (vgl. BGH v. 21.12.2006 – I ZB 17/06, für den Zugang eines Abmahnschreibens).

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Antragsgegner hier eine negative Tatsache beweisen muss. Das führt zwar dazu, dass die Antragstellerin **dem Bestreiten des Antragsgegners substantiiert entgegenzutreten** muss. Dem hat sie aber damit Genüge getan, dass sie das Versenden des Briefes in der Postausgangsmappe nachgewiesen und außerdem erklärt hat, dass der Antragsgegner gegenüber einer Zeugin den Zugang des Anwaltsschreibens bestätigt hat.“ (OLG Koblenz aaO.)

ZPO
§ 36

Gerichtsstandsbestimmung
Mehrere Anträge gegen denselben Beklagten

ZivilProzR

(OLG Hamm in NJW-RR 2016, 1024; Beschluss vom 21.03.2016 – 32 SA 9/16)

Eine Gerichtsstandsbestimmung nach § 36 I Nr. 3 ZPO setzt voraus, dass mehrere Personen verklagt werden sollen. Die Vorschrift ist **nicht, auch nicht analog anwendbar**, wenn eine Klage **mit mehreren Anträgen nur gegen einen Beklagten gerichtet** ist und für die Anträge unterschiedliche Gerichte zuständig sind.

Fall: Der Kl. ist in I. wohnhaft. Er verlangte mit der vor dem AG Hagen erhobenen Klage von der Bekl., einer GmbH mit Sitz in F. im Bezirk des AG T., mit dem Antrag zu 1 die Herausgabe der Zulassungsbescheinigung II für einen Pkw B und mit dem Antrag zu 2 die Feststellung, dass er nicht verpflichtet ist, für den Abschluss einer Garantievericherung einen Betrag von 580 € zu zahlen. Nach dem Vorbringen des Kl. liegt der Klage folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Kl. schloss mit der Bekl. einen Kaufvertrag über das genannte Fahrzeug zu einem Kaufpreis von 22.000 €, den er gezahlt hat. Die Bekl. verweigerte die Herausgabe der Zulassungsbescheinigung II für das verkaufte Fahrzeug unter Verweis darauf, dass der Kl. vorab den Betrag von 580 € für eine Garantievericherung zu zahlen habe, die zwischen den Parteien nach den Behauptungen der Bekl. vereinbart worden ist.

Der Kl. hielt die Zuständigkeit des AG Hagen für gegeben, da er Ansprüche aus dem Kaufvertrag geltend mache, die an seinem Wohnsitz zu erfüllen seien. Er verwies ferner auf ein vor dem AG Hagen bereits durchgeführtes selbstständiges Beweisverfahren. Die Bekl. vertrat die Auffassung, Pflichten aus dem Kaufvertrag seien an ihrem Wohnsitz zu erfüllen. Die Parteien haben das AG Hagen, das sich lediglich für den Antrag zu 2 für zuständig hielt, gebeten, das zuständige Gericht durch das OLG Hamm bestimmen zu lassen. Das AG Hagen hat das Verfahren dem OLG vorgelegt und ausgeführt, der Kompetenzkonflikt sei zumindest entsprechend § 36 I Nr. 2 und 3 ZPO zu lösen. Eine Zuständigkeitsbestimmung wurde abgelehnt.

„Die Bestimmung eines für alle Ansprüche gemeinsam zuständigen Gerichts ist nur möglich, wenn die **in § 36 I ZPO niedergelegten Voraussetzungen** erfüllt sind. § 36 I ZPO enthält **keine Generalklausel** dahingehend, dass eine Zuständigkeitsbestimmung immer dann zulässig ist, wenn die Bestimmung eines einheitlichen Gerichtsstands **aus prozessökonomischen Gründen** und/oder zur Vermeidung widersprechender Entscheidungen **sinnvoll erscheint** (OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2015, 1294; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 19.03.2013 – 11 AR 4/13, BeckRS 2013, 06139; MüKo-ZPO/Patzina, 4. Aufl. 2013, § 36 Rn. 4).“ (OLG Hamm aaO.)

I. Gerichtsstandsbestimmung nach § 36 I Nr. 2 ZPO

Nach § 36 I Nr. 2 ZPO ist eine Gerichtsstandsbestimmung zulässig, wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiss ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei.

„§ 36 I Nr. 2 ZPO regelt die Bestimmung des zuständigen Gerichts, wenn sich anderenfalls auf Grund der örtlichen Begebenheit **objektiv ein zuständiges Gericht nicht zweifelsfrei bestimmen lässt**. Das ist hier nicht der Fall. Die Zuständigkeit für die beiden erhobenen Anträge unterliegt keiner **Unwägbarkeit auf Grund der örtlichen Verhältnisse**.“ (OLG Hamm aaO.)

II. Gerichtsstandsbestimmung nach § 36 I Nr. 3 ZPO

Nach § 36 I Nr. 3 ZPO ist eine Gerichtsstandsbestimmung zulässig, wenn mehrere Personen, die bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstand verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist.

„§ 36 I Nr. 3 ZPO ist ebenfalls nicht – auch nicht entsprechend – anwendbar. Zweckmäßigkeitserwägungen können zwar im Rahmen des § 36 I Nr. 3 ZPO dazu führen, dass eine Gerichtsstandsbestimmung über den Wortlaut hinaus erfolgen kann. So ist

eine Gerichtsstandsbestimmung **in anderen Verfahren als in einem Klageverfahren** und auch nicht nur vor Klageerhebung, sondern ebenso **nach Rechtshängigkeit der Klage zulässig**. Auch kann eine Bestimmung sowohl hinsichtlich der örtlichen, sachlichen und funktionellen Zuständigkeit vorgenommen werden (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl., § 36 Rn. 2 a, 14). Auch ist der Begriff der Streitgenossenschaft unter Zweckmäßigkeitserwägungen auszulegen.

Die Gerichtsstandsbestimmung nach § 36 I Nr. 3 ZPO **setzt aber immer voraus, dass mehrere Personen verklagt werden sollen**. Die Vorschrift ist nach ihrem Sinn und Zweck nicht anwendbar, wenn eine Klage mit mehreren Anträgen gegen **nur einen Bekl. vorliegt und für diese Anträge (möglicherweise) mehrere Gerichte zuständig sind** (OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2015, 1294 [1295] und BeckRS 2013, 06139). Diese Konstellation ist – wie zB auch die Klage aktiver Streitgenossen mit unterschiedlichem Gerichtsstand – mit dem in § 36 I Nr. 3 ZPO geregelten Verfahren gegen mehrere Personen in keiner Form vergleichbar.“ (OLG Hamm aaO.)

ZPO
§ 890

Ordnungshaft gegen juristische Person Nennung des organschaftlichen Vertreters

ZivilProzR

(OLG Hamm in NJW-RR 2016, 1082; Beschluss vom 15.03.2016 – 4 W 61/15, I-4 W 17/16)

1. Wird im Ordnungsmittelverfahren gegen eine juristische Person nach § 890 ZPO Ordnungshaft oder Ersatzordnungshaft festgesetzt, ist der organschaftliche Vertreter der juristischen Person, an dem die Haft vollzogen werden soll, im Ordnungsmittelbeschluss namentlich zu benennen.
2. Die Haft ist an demjenigen organschaftlichen Vertreter zu vollziehen, der zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung amtierte.
3. Endet die Organstellung einer Person nach der Zuwiderhandlung (und ggf. auch vor der Ordnungsmittelfestsetzung), steht dies der Haftvollziehung an dieser Person nicht entgegen. Dem ausgeschiedenen organschaftlichen Vertreter ist allerdings im Ordnungsmittelfestsetzungsverfahren rechtliches Gehör zu gewähren.

ZPO
§ 254

Zulässigkeit der Stufenklage Verschaffung sonstiger Informationen

ZivilProzR

(BGH in MDR 2016, 751; Versäumnisurteil vom 06.04.2016 – VIII ZR 143/15)

1. Eine Stufenklage ist nicht zulässig, wenn die Auskunft **nicht** dem Zweck der **Bestimmbarkeit des Leistungsanspruchs** dienen, sondern dem Kläger **sonstige** mit der Bestimmbarkeit als solcher nicht im Zusammenhang stehende **Information für seine Rechtsverfolgung verschaffen soll**.
2. Dies bedeutet aber nicht, dass eine Stufenklage nach § 254 ZPO nur dann zulässig ist, wenn **durch die in der ersten Stufe geltend gemachte Auskunft alle Informationen zu erlangen** sind, die für die Bezifferung des in einer weiteren Stufe verfolgten Leistungsanspruchs notwendig sind.

Fall: Die Kläger haben von der Beklagten eine Wohnung in einem Mehrfamilienhaus gemietet. Bereits vor Abschluss des Mietvertrags hatte die Beklagte für die Wohnungen in diesem Haus eine Teilungserklärung notariell beurkunden lassen. Unmittelbar nach Einzug der Mieter verkaufte die Beklagte die Wohnung. Erst drei Jahre später erlangten die Kläger Kenntnis von dem Abschluss des Kaufvertrages, nicht aber von dessen Inhalt.

Die Kläger waren der Auffassung, sie seien hinsichtlich der veräußerten Mietwohnung gem. § 577 I 1 BGB zum Vorkauf berechtigt gewesen, weswegen ihnen ein Schadensersatzanspruch in Höhe der Differenz zwischen tatsächlich erzielttem Kaufpreis und objektivem Verkehrswert der Wohnung zustehe. Sie haben daher im Wege der Stufenklage Auskunft über den Inhalt des Kaufvertrags und Zahlung des sich nach Erteilung der Auskunft ergebenden Schadensersatzbetrags nebst Zinsen verlangt. Das Berufungsgericht hat der Klage durch Teilurteil in der ersten Stufe (Auskunft) stattgegeben.

Es stellt sich die Frage, ob das Gericht gem. § ZPO § 301 ZPO durch ein Teilurteil über den Auskunftsanspruch entscheiden durfte, ohne zugleich ein Grundurteil (§ 304 ZPO) über den geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz zu erlassen.

„Im Rahmen einer Stufenklage wird die – an sich zur Unzulässigkeit eines Teilurteils führende – Gefahr widersprechender Entscheidungen über die auf den einzelnen Stufen einer solchen Klage geltend gemachten Ansprüche hingenommen (BGHZ 189, BGHZ Band 189 Seite 79 = NJW 2011, 1815 Rn. 17). Dies erkennt auch die Revision. Sie macht aber geltend, die im Streitfall erhobene **Stufenklage erfülle nicht die Voraussetzungen** des § 254 ZPO. Eine solche Klage sei nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nur dann zulässig, wenn die **in erster Stufe verfolgte Auskunft dazu benötigt** werde, **den in einer weiteren Stufe geltend gemachten Leistungsanspruch nach § 253 II Nr. 2 ZPO beziffern zu können**. So lägen die Dinge im Streitfall jedoch nicht. Denn die Kl. benötigten zur Bezifferung ihres Schadensersatzanspruchs (Differenz zwischen dem Verkehrswert der Wohnung abzüglich des erzielten Kaufpreises) nicht lediglich die verlangte Auskunft über den Inhalt des Kaufvertrags, sondern **zusätzliche Informationen**, wie etwa den **tatsächlichen Wert der Wohnung zum Zeitpunkt ihres Verkaufs**.

Die Revision verkennt hierbei die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze. Anders als sie meint, ist es für die Erhebung einer Stufenklage nach § 254 ZPO **nicht erforderlich**, dass durch die in der ersten Stufe geltend gemachte Auskunft **alle Informationen zu erlangen** sind, die für die Bezifferung des in einer weiteren Stufe verfolgten Leistungsanspruchs notwendig sind.

Zwar trifft es zu, dass im Rahmen der Stufenklage die **Auskunft lediglich ein Hilfsmittel** ist, um die (noch) fehlende Bestimmbarkeit des Leistungsanspruchs herbeizuführen. Die der Stufenklage eigene Verknüpfung von **unbestimmtem Leistungs- und vorbereitem Auskunftsanspruch** steht daher nicht zur Verfügung, wenn die **Auskunft nicht dem Zweck einer Bestimmbarkeit des Leistungsanspruchs dienen**, sondern dem Kläger sonstige mit der Bestimmbarkeit als solcher nicht im Zusammenhang stehende Information über seine Rechtsverfolgung verschaffen soll (BGH, NJW 2000, 1645 [unter 1 a]; BGHZ 189, BGHZ 189 79 = NJW 2011, 1815 Rn. 8; BGH, NJW 2012, 3722 Rn. 13).

Anders als die Revision meint, lässt sich daraus jedoch **nicht ableiten**, eine **Stufenklage scheidet auch dann aus**, wenn **nur ein Teil der für die Bezifferung benötigten Informationen** im Weg der Auskunftsklage zu erlangen ist. Vielmehr ist eine Stufenklage nur dann ausgeschlossen, wenn der in erster Stufe verfolgte Auskunftsanspruch in **keiner Weise der näheren Bestimmung** eines noch nicht hinreichend bestimmten, in einer nachfolgenden Stufe geltend gemachten Leistungsbegehrens, sondern anderen Zwecken dient (vgl. BGH, NJW 2000, 1645 [unter 1 b, c]; BGHZ 189, 79 = NJW 2011, 1815 Rn. 9; BGH, NJW 2012, 3722 Rn. 17 ff.).

Gemessen daran bestehen keine Zweifel an der Zulässigkeit der Stufenklage. Denn der von den Kl. geltend gemachte **Auskunftsanspruch dient dazu**, die Höhe des für den Verkauf der Mietwohnung erzielten Kaufpreises in Erfahrung zu bringen und den Kl. damit **Informationen über eine der beiden notwendigen Größen für die Berechnung des von ihnen in zweiter Stufe verfolgten Schadensersatzanspruchs** zu verschaffen. Folglich war das BerGer. berechtigt, ein Teilurteil über die erste Stufe zu erlassen.“ (BGH aaO.)

StPO
§ 331

Adhäsionsverfahren Kein Verschlechterungsverbot

StR

(OLG Celle in NStZ-RR 2016, 288; Beschluss vom 04.04.2016 – 1 Ss 16/16)

Erhebt allein der Angeklagte Rechtsmittel gegen ein Urteil, kann die darin enthaltene Verurteilung zur Zahlung an den Adhäsionskläger gleichwohl auch zu Ungunsten des Angeklagten abgeändert werden.

„Die Revision des Angekl. zu 1 hatte im Hinblick auf die ausgesprochene Verurteilung zur Zahlung an die Adhäsionsklägerin allerdings keinen wesentlichen Erfolg. Zutreffend hat die Kammer ausgeführt, dass i.H.v. 14.621,52 € ein Anspruch der Adhäsionskl. gegen den Angekl. zu 1 aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 266, 27 StGB besteht, der aus der Straftat, die zur Verurteilung des Angekl. zu 1 geführt hat, erwachsen ist. Dabei war für den Adhäsionsauspruch im Berufungsverfahren unerheblich, dass das **AG** den Angekl. zu 1 **nach zu einer geringeren Zahlung an die Adhäsionskl.** verurteilt hatte und **lediglich die Angekl. Rechtsmittel gegen die Entscheidung** eingelegt hatten.

Das **Verbot der Schlechterstellung** nach § 331 StPO findet für das **Adhäsionsverfahren** keine Anwendung. Denn zum einen steht dem Adhäsionskl. nach § 406 a I 2 StPO selbst kein Rechtsmittel gegen die erstinstanzliche Entscheidung zu. Zum anderen kann ein **Adhäsionsantrag erstmalig auch noch in der Berufungsverhandlung gestellt** werden (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, 58. Aufl., § 404 Rn 4). Allein hinsichtlich der **Zinsen** war der Beginn der Zinspflicht gem. § 404 II 1 und 2 StPO i.V.m. §§ 288 I, 291 BGB und § 187 I BGB analog abweichend von der Entscheidung der Kammer auf den Tag nach Eingang des Adhäsionsantrags bei Gericht festzusetzen (vgl. BGH, Beschl. v. 02.12.2015 – 4 StR 411/15 – juris). Hinsichtlich der weitergehenden Zinsfestsetzung war von einer Entscheidung abzusehen (§ 406 I 3 StPO).“ (OLG Celle aaO.)

StPO
§§ 131 b, 131c

Öffentlichkeitsfahndung Erhebliche Straftat

StrafProzR

(AG Bonn in NStZ-RR 2016, 248; Beschluss vom 21.04.2016 – 51 Gs-410 UJs 203/16-722/16)

Der **Strafrahmen ist kein taugliches alleiniges Kriterium** für die **Prüfung der Erheblichkeitsschwelle** einer Öffentlichkeitsfahndung nach § 131 b I StPO. Maßgeblich ist vielmehr eine Einzelfallbetrachtung und eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen dem staatlichen Verfolgungsinteresse und dem Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen. Dabei ist regelmäßig zunächst eine weniger einschneidende Veröffentlichung im Polizei-Intranet in Betracht zu nehmen.

Fall: Am 09.03.2016 betrat gegen 13 Uhr eine unbekannt weibliche Person die Verkaufsräumlichkeiten der Fa. F G in C und entnahm dort aus den Auslagen Kinderbekleidung im Wert von insgesamt 95,92 €. Bevor sie die Räumlichkeiten verlassen konnte, wurde sie im Kassenbereich von einer Mitarbeiterin angesprochen. Die entwendete Ware ließ sie daraufhin zurück und verließ, ohne sich auszuweisen, die Geschäftsräumlichkeiten. Am 22.03.2016 fand sich Beamten eine Mitarbeiterin der Firma F G bei der Polizei ein. Nachdem ihr dort „Video-Beweismaterial der SWB“ vorgelegt wurde, will die Zeugin die „flüchtige Tatverdächtige“ in einem Linienbus wieder erkannt haben. Diese Abbildungen sollen nunmehr auf Antrag der StA uneingeschränkt im Internet veröffentlicht werden.

„Ungeachtet dessen ob die Auswertung des Video-Beweismaterials in einem Strafprozess brauchbar wäre, liegt schon **keine Straftat von erheblicher Bedeutung** i.S.d. § 131 b StPO vor. Die tatbestandliche Voraussetzung einer Straftat von erheblicher Bedeutung bringt das **Übermaßverbot** zum Ausdruck und stellt klar, dass eine **Öffentlichkeitsfahndung bei geringfügigen Straftaten untersagt** ist (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., § 131 b Rn 2).

Maßgeblich für eine Beurteilung der Erheblichkeitsschwelle ist eine einzelfallbezogene Beurteilung, da der Gesetzgeber bewusst (z. B. in Abweichung von § 98 a I StPO) auf einen konkretisierenden Deliktskatalog verzichtet hat. Es ist daher gerade **nicht ausreichend**, dass es sich um ein Delikt handelt, bei dem der **Schaden die Geringwertigkeitsgrenze lediglich überschreitet**. Das Gewicht der Straftat muss vielmehr so groß sein, dass der mit einer Öffentlichkeitsfahndung verbundene **intensive** Eingriff in das Persönlichkeitsrecht angemessen **und verhältnismäßig** ist (vgl. auch AG Hannover, Beschl. v. 23.04.2015 – 174 Gs 434/14 – juris).

Mit Rücksicht darauf ist der in Betracht kommende **Strafrahmen für sich genommen kein taugliches Kriterium**, zumal im Zeitpunkt der Veröffentlichung nicht ansatzweise eingeschätzt werden kann, welche Strafe konkret im Raum steht; der in Betracht kommende Strafrahmen vermag daher nur ein Gesichtspunkt für die Bewertung der Bedeutung der Straftat sein. Als weitere **Anknüpfungspunkte** für die Beurteilung der Erheblichkeitsschwelle sind heranzuziehen die **konkrete Vorgehensweise**, das Maß an **krimineller Energie** sowie die **Rechtsfolgen der Tat**, soweit diese hinreichend prognostizierbar sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass insbesondere bei Veröffentlichungen im Internet und in Printmedien, die auf eine aktive Beteiligung des Bürgers zielen, bei der eine **allzu häufige Inanspruchnahme der Massenmedien die Bereitschaft der Öffentlichkeit, an der Aufklärung von Straftaten mitzuwirken, erlahmen** kann.

Vorliegend sprechen bei einer einzelfallbezogenen Betrachtung alle vorgenannten Kriterien **gegen** die Annahme einer **Straftat von erheblicher Bedeutung** i.S.d. § 131 b StPO. Der Wert des Diebstahlgutes **überschreitet die Geringwertigkeitsgrenze** zwar,

allerdings **nicht in erheblichem Maße**. Die konkrete Vorgehensweise lässt keinerlei Rückschlüsse auf eine gewerbsmäßige Vorgehensweise zu und ist **Alltags- bzw. der Kleinkriminalität** zuzuordnen; die Täterin war offenbar noch nicht einmal imstande, die elektronischen Sicherungsetiketten zu entfernen. Darüber hinaus ist der Fa. F G tatsächlich kein Schaden entstanden; die Ware ist unbeschädigt bei der Eigentümerin verblieben.

Letzthin ist der Antrag auf einschränkungslose Veröffentlichung aber im Hinblick auf den **erheblichen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** auch **unverhältnismäßig**. Eine im Ergebnis zeitlich unbegrenzte und irreversible Veröffentlichung im Internet scheidet angesichts des geringen Schadens und vor dem Hintergrund, dass die Lichtbilddaufnahmen keinen objektiv nachvollziehbaren unmittelbaren Tatzusammenhang haben, von vornherein aus. Eine Veröffentlichung in den örtlichen Printmedien wäre allenfalls verhältnismäßig, wenn dem zunächst ein (nicht genehmigungsbedürftige) **Veröffentlichung im Intranet** der Polizei vorangegangen wäre.“ (AG Bonn aaO.)

StPO
§ 261

**Geständnis des Angeklagten
Anforderungen an Beweiswürdigung**

StrafVerfR

(BGH in NStZ-RR 2016, 489; Beschluss vom 03.03.2016 – 2 StR 360/15)

Fall: Das LG hat den Angekl. wegen Betrugs in 34 Fällen und Urkundenfälschung in neun Fällen unter Einbeziehung weiterer Strafen aus früheren Verurteilungen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt, außerdem hat es eine Anrechnungs- sowie eine Kompensationsentscheidung getroffen.

Das LG hat seine Feststellungen zur Tatbegehung durch den Angekl. und zu den Einzelheiten der verschiedenen Betrugstaten und Urkundenfälschungen allein auf das „glaubhafte und vollumfängliche Geständnis des Angekl.“ gestützt. Die Beweiswürdigung erschöpft sich insoweit in einem einzigen Satz. Ist dies ausreichend?

„Aus dem **Schuldprinzip** folgt die **Verpflichtung der Strafgerichte**, von Amts wegen den **wahren Sachverhalt zu erforschen** (vgl. BVerfG Ur. v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10 u. a., NJW 2013, 1058, 1060). Diese Pflicht darf nicht dem Interesse an einer einfachen und schnellstmöglichen Erledigung des Verfahrens geopfert werden. Es ist unzulässig, dem Urteil einen Sachverhalt zu Grunde zu legen, der nicht auf einer **Überzeugungsbildung unter Ausschöpfung des Beweismaterials** beruht. Dies gilt auch dann, wenn sich der Angekl. geständig gezeigt hat (vgl. BGH Beschl. v. 15.04.2013 – 3 StR 35/13, StV 2013, 684, v. 06.08.2013 – 3 StR 212/13, StV 2013, 703 f., v. 05.11.2013 – 2 StR 265/13, NStZ 2014, 170 und v. 24.09.2013 – 2 StR 267/13, BGHSt 59, 21, 27 f.).

Nach diesem Maßstab ist die Beweiswürdigung rechtsfehlerhaft, denn die Urteilsgründe lassen nicht erkennen, dass die StrK das **Geständnis des Angekl. einer inhaltlichen Überprüfung unterzogen** hat. Zu einer für das Revisionsgericht nachvollziehbaren Begründung des Urteils hätte es zunächst der Erläuterung der geständigen Einlassung bedurft; denn ohne Kenntnis von Einzelheiten vermag das Revisionsgericht nicht zu erkennen, ob **ein auf Betrugs- und Urkundendelikte bezogenes Geständnis auch sämtliche Tatbestandsmerkmale dieser Straftatbestände erfasst**. Dabei hätte die StrK insbesondere darlegen müssen, aufgrund welcher Umstände sie sich im Einklang mit dem Geständnis des Angekl. vom **Vorliegen eines Betrugsvorsatzes** überzeugt hat. Denn dass der Angekl. im Zeitpunkt der jeweiligen Vertragsabschlüsse nicht willens und auch nicht in der Lage war, die eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen, bzw. ihre Nichterfüllung billigend in Kauf genommen hat, versteht sich – auch vor dem Hintergrund, dass er die Taten „eingräumt“ hat – nicht von selbst. So hat er, wie es den Urteilsgründen an anderer Stelle zu entnehmen ist, angegeben, es seien auch viele Geschäfte, die er – wie in den der Verurteilung zugrunde liegenden Fällen – als Inhaber seiner Firma abgeschlossen habe, ordentlich abgewickelt worden. Warum in diejenigen Fälle, in denen es demgegenüber nicht zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen gekommen ist, eine vorsätzliche Täuschung über „Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit“ und damit ein nach § 263 StGB strafbares Verhalten vorliegen soll, hätte unter Mitteilung der konkreten Angaben des Angekl. in der Hauptverhandlung näherer Erörterung bedurft.“ (BGH aaO.)

AO
§ 122

**Adressat eines VA
Beitragsschuld einer GbR**

VerwVerfR

(OVG Bautzen in NVwZ-RR 2016, 554; Urteil vom 20.01.2016 – 5 A 126/14)

Ist eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts Grundstückseigentümerin** und damit Beitragsschuldnerin, muss der Beitragsbescheid an die Gesellschaft als Inhaltsadressatin gerichtet werden.

Fall: Die Kl. wandten sich gegen einen Bescheid, in dem sie zu einem Abwasserbeitrag für ein Grundstück in M. herangezogen wurden. Seit 1991 waren B L (zu 3/8) und K L (zu 5/8) als Eigentümer des Grundstücks N.-Straße in M. auf Blatt 35 des Grundbuchs von (Grundbuchamt) Flst. 121, mit 560m² eingetragen. Nach dem Tod von K. L. am 21.12.2005 wurde an seiner Stelle der Freistaat Sachsen Eigentümer. Ab Juni 2006 bestand eine Anschlussmöglichkeit des Grundstücks an die zentrale Entwässerung des Bekl. Am 30.08.2010 wurde die „T GbR“, bestehend aus den Kl. als Gesellschafter, als Eigentümerin des Grundstücks ins Grundbuch eingetragen.

„Ist Abgabepflichtiger eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, müssen **Bescheid und Widerspruchsbescheid inhaltlich an die Gesellschaft gerichtet** werden (vgl. BFH, Ur. v. 25.07.2000 – VIII R 32/99, BFH/NV 2001, 178 = BeckRS 2000, 25005115; Beschl. v. 10.04.2001 – V B 116/00, BFH/NV 2001, 1220 = BeckRS 2001, 25006035; BFHE 159, 28 = BeckRS 1989, 22009261; Brockmeyer/Ratschow in Klein, AO, 11. Aufl. 2012, § 122 Rn. 12 für das Steuerrecht). **Personengesellschaften als solche und ihre Gesellschafter** müssen im Abgabenrecht als Abgabensubjekt **streng auseinandergehalten** werden (vgl. BFH, NJW 1987, 1719; BFHE 82, 484 = BeckRS 1965, 21003990; jeweils für die GrEst). Daran ändert nichts, dass die persönlich haftenden Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft neben dem Gesellschaftsvermögen analog § 128 HGB grundsätzlich akzessorisch, persönlich, primär und unbeschränkt haften (vgl. BGH, NJW 2011, 2045 Rn. 14; BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483).

Auf Grund der **strikten Trennung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen** der Gesellschafter (vgl. § 718 I BGB sowie Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl. 2015, § 718 Rn. 1) ist streng zwischen der Durchsetzung der Ansprüche gegen die Gesellschaft und gegen die Gesellschafter zu unterscheiden (vgl. Sprau, § 714 Rn. 7). So setzt z.B. ihre Inanspruchnahme für eine Steuerschuld der Gesellschaft im Wege der Vollstreckung den Erlass eines Haftungsbescheids voraus, weil **Vollstreckungsschuldner nur die Gesellschaft** sein kann (vgl. § 129 IV HGB sowie BFH, Beschl. v. 17.05.1994 – IV B 54/93, BeckRS 1994, 12244 Rn. 15). Somit hätten hier zwar Bescheid und Widerspruchsbescheid nach dem Eigentumserwerb der Gesellschaft den Kl. oder einem von ihnen oder einem Bevollmächtigten bekanntgegeben werden können (vgl. § 3 I Nr. 2 lit. a und Nr. 3 lit. b i.V.m. §§ 122 I, 34 II 1, 2 AO).

Inhaltlich hätten sie aber einen **Hinweis auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Abgabenschuldnerin** enthalten müssen, woran es fehlt. Vielmehr wird im Widerspruchsbescheid fälschlich ausgeführt, dass die Kl. je zur Hälfte als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen sind.“ (OVG Bautzen aaO.)

VwVfG
§ 3a

Widerspruch per E-Mail Eröffnung des elektronischen Rechtsverkehrs

VerwVerfR

(OVG Magdeburg in NVwZ 2016, 1032; Beschluss vom 02.05.2016 – 1 O 42/16)

„Zutreffend geht das VG davon aus, dass der Kl. die **einmonatige Widerspruchsfrist** gem. § 70 I VwGO **nicht eingehalten** hat. Danach ist der Widerspruch innerhalb eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerdeführer bekanntgegeben worden ist, **schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde** zu erheben, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Die Frist wird auch durch Einlegung bei der Behörde, die den Widerspruchsbescheid zu erlassen hat, gewahrt. Darüber ist der Kl. in der Rechtsbehelfsbelehrung des hier streitgegenständlichen Bescheides des Bekl. vom 13.06.2014 gem. § 70 II VwGO i.V.m. § 58 I VwGO ebenso zutreffend belehrt worden wie über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde, bei der der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist.

In Kenntnis dessen hat der Kl. gleichwohl abweichend hiervon „**Widerspruch per E-Mail**“ eingelegt. Dies genügt dem Schriftlichkeitsanfordernis nach § 70 I VwGO nicht, denn diesem wird bei bestimmenden Schriftsätzen wie dem Widerspruch in der Regel **nur durch eine eigenhändige Unterschrift** genügt (vgl. BVerwGE 91, 334 = NJW 1993, 1874 m.w.N. = NVwZ 1993, 776 Ls.). Damit liegen auch nicht andere Unterlagen in schriftlicher Form vor, die – ausnahmsweise – die Urheberschaft und den Willen, ein Schreiben in den Rechtsverkehr zu bringen, hinreichend sicher ergeben, ohne dass darüber Beweis erhoben werden müsste (vgl. hierzu BVerwGE 91, 334 = NJW 1993, 1874 = NVwZ 1993, 776 Ls.). Bei einer schlichten E-Mail ist die **Gewähr des „richtigen Absenders“** ohnehin nicht, jedenfalls nicht ohne Weiteres erkennbar.

Vorliegend ist der Kl. auch nicht i.S.v. § 70 II VwGO i.V.m. § 58 II 1 VwGO unrichtig belehrt worden mit der Folge, dass nicht die Jahresfrist galt. Eine **Rechtsbehelfsbelehrung**, die **trotz der Eröffnung des elektronischen Rechtsverkehrs** lediglich auf die Rechtsmitteleinlegung in schriftlicher Form oder zur Niederschrift bei der maßgeblichen Stelle verweist, ist zwar **unvollständig und deshalb irreführend**, weil sie geeignet ist, den Eindruck zu erwecken, die Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs sei ausgeschlossen (vgl. OVG Magdeburg, Urt. v. 12.11.2013 – 1 L 15/13, BeckRS 2013, 58568, und OVG Magdeburg, Urt. v. 14.10.2014 – 1 L 99/13, BeckRS 2015, 40776, jew. m.w.N.). Indes ist vorliegend – wie das VG ebenfalls zutreffend ausgeführt hat – der **elektronische Rechtsverkehr** bei bzw. gegenüber dem Bekl. **nicht gem. § 1 I LSAVwVfG i.V.m. § 3 a I VwVfG eröffnet** gewesen. Es besteht zudem keine gesetzlich normierte Pflicht zur Eröffnung des elektronischen Rechtsverkehrs; Gegenteiliges zeigt auch die Beschwerde nicht auf. Die gem. § 70 I 1 VwGO für die Widerspruchseinlegung vorgeschriebene Schriftform kann überdies gem. § 1 I LSAVwVfG i.V.m. § 3 a II 2 VwVfG **nur dann durch ein elektronisches Dokument** gewahrt werden, wenn dieses mit einer **qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz** versehen ist (vgl. hierzu auch: OVG Bautzen, Beschl. v. 09.06.2015 – 3 A 63/15, BeckRS 2015, 55092; OVG Lüneburg, Beschl. v. 08.11.2011 – 4 LB 156/11, BeckRS 2012, 45324 m.w.N.; VGH München, Beschl. v. 18.04.2011 – 20 ZB 11.349, BeckRS 2011, 32891, und VGH München, Beschl. v. 18.06.2007 – 11 CS 06.1959, BeckRS 2009, 30978; VGH Kassel, NVwZ-RR 2006, 377 m.w.N.). Die schlichte E-Mail des Kl. genügt dieser Anforderung ebenso wenig.

Für die von den Parteien im Rahmen des Verwaltungsverfahrens bis zu dessen Abschluss durch Erlass eines Verwaltungsaktes **betriebe Übung der Kommunikation auch in elektronischer Form** gilt nichts Anderes, denn auch die gewählte Praxis kann allenfalls darüber Aufschluss geben, dass ein Rechtsbehelf im elektronischen Wege denkbar sein kann, aber nicht darüber hinaus indizieren, dass **jedwede Art der elektronischen Äußerung dem Schriffterfordernis genügt** (vgl. insoweit auch: VGH München, Beschl. v. 18.04.2011 – 20 ZB 11.349, BeckRS 2011, 32891). Ein anderslautendes Vertrauen des Kl. durfte sich daher allein aus diesem Grund schon nicht statthafterweise bilden. Dies gilt erst recht, wenn – wie vorliegend – der Bescheidadressat zutreffend über die Form des einzulegenden Widerspruchs belehrt wurde. Damit scheidet zugleich die Annahme aus, der Kl. sei i.S.v. § 70 II VwGO i.V.m. § 60 I VwGO ohne Verschulden verhindert gewesen, die gesetzliche Frist einzuhalten.“ (OVG Magdeburg aaO.)

VwGO
§ 116 II

Zustellung statt Verkündung Eintritt der Bindungswirkung

VerProzR

(OVG Greifswald in NVwZ-RR 2016, 600; Beschluss vom 03.03.2016 – 1 L 143/14)

Wird ein Urteil an Verkündung statt zugestellt (§ VwGO § 116 VwGO § 116 Absatz II VwGO), so tritt die Bindungswirkung für das Gericht erst ein, wenn das **Gericht sich der Entscheidung „entäußert“** hat, das heißt, die Entscheidung muss die **Serviceeinheit (Geschäftsstelle)** mit der unmittelbaren Zweckbestimmung **verlassen haben**, den Beteiligten bekannt gegeben zu werden.

Fall: Das Verwaltungsgericht hat am 24.06.2016 die mündliche Verhandlung geschlossen und beschlossen, dass die Entscheidung - anstelle einer Verkündung - schriftlich zugestellt werde.

Das Verwaltungsgericht hat durch Urteil vom 24.06.2014, in seiner Vollfassung am 26.06.2014 zur Serviceeinheit verfügt und dort am 30.06.2014 eingegangen, die Klage abgewiesen. Das vollständige Urteil ist am 03.07.2014 an den Prozessbevollmächtigten des Klägers abgesandt und ihm am 08.07.2014 zugestellt worden. Bereits am 26.06.2014 hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers, allerdings nur im Parallelverfahren 5 A1678/13 As, die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung beantragt.

„Im vorliegenden Fall ist kein Urteil „verkündet“ worden, vielmehr hat das Verwaltungsgericht beschlossen, das **Urteil an Verkündung statt zuzustellen** (§ 116 II VwGO). Das bedeutet, dass das Verwaltungsgericht (Einzelrichter) nach Schluss der mündlichen Verhandlung am 24.06.2014 sich noch in keiner Weise selbst gebunden hat (vergleiche Schenke in: Kopp/Schenke, VwGO, 21. Auflage, § 116 Rn. 3). Die Bindungswirkung tritt erst ein, wenn das Gericht sich der Entscheidung „entäußert“ hat (Schenke, aaO.). Das bedeutet, die **Entscheidung muss die Serviceeinheit (Geschäftsstelle) mit der unmittelbaren Zweckbestimmung verlassen haben**, den Beteiligten bekannt gegeben zu werden (Ausssprung in: Roos/Warendorf, SGG, 2014, § 125 Rn. 97 mit weiteren Nachweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs). Dies war vor dem 30.06.2014 noch nicht der Fall. Aus diesem Grund hat das Verwaltungsgericht zu Recht den **Vortrag der Klägerseite, der nach der mündlichen Verhandlung, aber vor Eintritt der Selbstbindung für das Gericht** dort eingegangen ist, berücksichtigt, (und berücksichtigen müssen). Dabei sieht der Senat nicht als entscheidungserheblich an, ob nach Schluss der mündlichen Verhandlung später bekannt werdende Tatumstände ausschließlich im Urteil selbst oder - wie hier - ergänzend in einem gesonderten, zeitgleich ergehenden Beschluss niedergelegt werden.“ (OVG Greifswald aaO.)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

BRAO **Hinweispflicht** **GebührenR**
§ 49b V **Voraussichtlich entstehenden Anwaltskosten**

(LG Stuttgart in BeckRS 2016, 12953; Urteil vom 11.07.2016 – 27 O 338/15)

Ein Rechtsanwalt hat den Mandanten im Erstberatungsgespräch auf die Höhe der von ihm voraussichtlich geforderten Gebühren aufzuklären, wenn er entweder ausdrücklich danach gefragt wird oder wenn der Mandant aus besonderen Umständen des Einzelfalls einen solchen Hinweis erwarten kann.

VO (EG) Nr. 261/2004 **Fluggastentschädigung** **GebührenR**
Art. 5 I Buchst. c, 7 I, 14 II **Erstmalige Anforderung einer Ausgleichszahlung**

(BGH in NJW 2016, 2883; Urteil vom 25.02.2016 – X ZR 35/15)

Das ausführende Luftfahrtunternehmen braucht die Kosten für einen vom Fluggast mit der erstmaligen Geltendmachung einer Ausgleichsleistung wegen Annullierung oder großer Verspätung beauftragten Rechtsanwalt nicht zu erstatten, wenn es die in Art. 14 II VO (EG) Nr. 261/2004 (Fluggastrechte-VO) vorgesehenen Informationen erteilt hat. Etwas anderes kann gelten, wenn die erteilten Hinweise lückenhaft, unverständlich oder sonst so unklar sind, dass der Fluggast nicht sicher erkennen kann, was er tun muss.

GKG **Anfechtung einer Nebenbestimmung zur Baugenehmigung** **GebührenR**
§§ 52 II, 68 **Streitwert**

(VGH München in NVwZ-RR 2016, 596; Beschluss vom 24.02.2016 – 9 C 16.92)

„Nach § 52 I GKG bestimmt das Gericht den **Streitwert** der sich aus dem Antrag des Kl. für ihn ergebenden Bedeutung der Sache **nach Ermessen**. Eine Orientierungshilfe bietet hierbei der **Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit** (Fassung vom 18.07.2013 – Streitwertkatalog 2013, Beilage 2/2013 zu NVwZ Heft 23/2013). Bietet der Sach- und Streitstand für die Bestimmung des Streitwerts keine genügenden Anhaltspunkte, ist gem. § 52 II GKG ein Streitwert von 5000 Euro anzunehmen (sog **Auffangwert**).

Gegenstand der Klage vom 27.11.2015 (Az. AN 3 K 15.02399) war der Baugenehmigungsbescheid der Bekl. vom 30.10.2015. Diese Baugenehmigung bezog sich auf die Errichtung einer Zufahrt sowie 25 Stellplätzen und enthielt zahlreiche Nebenbestimmungen. Bereits aus der Klageerhebung war ersichtlich, dass sich die Klage allerdings nur gegen die „Auflage A262 insoweit“ richtete, „als darin – unzutreffend – festgestellt wird, dass die Nutzung der Parkplätze zur Nachtzeit (22:00 Uhr – 06:00 Uhr) nicht stattfindet“. Nach dem Streitwertkatalog ist der Streitwert für sonstige Anlagen je nach Einzelfall mit einem Bruchteil der Rohbaukosten anzusetzen (Nr. 9.1.2.6 Streitwertkatalog 2013, Beilage 2/2013 zu NVwZ Heft 23/2013); ein Wert für die Anfechtung einer Nebenbestimmung zur Baugenehmigung ist im Streitwertkatalog nicht eigenständig angeführt. Darüber hinaus sieht der Streitwertkatalog auch vor, dass soweit sich die Bedeutung der Anfechtung einer belastenden Maßnahme für den Kl. nicht angemessen erfassen lässt, statt der aufgeführten Werte des Streitwertkatalogs das geschätzte wirtschaftliche Interesse gilt.

Im vorliegenden Fall ist neben dem geringen Vorhabensumfang der angefochtenen Baugenehmigung zu berücksichtigen, dass der Klagegegenstand vom Kl. ausdrücklich auf den Inhalt einer Nebenbestimmung beschränkt wurde. Darüber hinaus ergeben sich bei der – bereits nach nur einem Monat wieder zurückgenommenen und ansonsten nicht näher begründeten – Klage weder aus dem Sach- noch dem Streitstand genügende Anhaltspunkte für die Bestimmung des Streitwerts nach der Bedeutung der Sache oder dem wirtschaftlichen Interesse des Kl., so dass hier gem. § 52 II GKG ein Streitwert von 5000 Euro festzusetzen ist.“ (VGH München aaO.)

GKG **Mietminderung** **GebührenR**
§ 41 V, § 48 I 1 **Streitwert**

(BGH in BeckRS 2016, 12964; Beschluss vom 14.06.2016 – VIII ZR 43/15)

Bei einer Klage des Mieters auf Feststellung einer Minderung der Miete ist der Streitwert nicht gemäß § 41 V 1 GKG analog mit dem einfachen Jahresbetrag, sondern gemäß § 48 I 1 GKG, §§ 3, 9 ZPO mit dem dreieinhalbfachen Jahresbetrag der geltend gemachten Mietminderung zu bemessen.

VwGO **Anspruch auf Prozesskostenhilfe** **GebührenR**
§ 166 I 1 **Bestehen einer Rechtsschutzversicherung**

(OVG Berlin-Brandenburg in BeckRS 2016, 12953; Beschluss vom 04.02.2016 – OVG 5 M 1/16)

Kommt eine Übernahme der Kosten der Prozessführung durch eine Rechtsschutzversicherung in Betracht, hat sich der Kläger vor der Gewährung von Prozesskostenhilfe um die Kostenübernahme seitens der Versicherung zu bemühen.

Aus der Praxis

StGB
§ 185

Äußerung eines Rechtsanwalts Grenzen für Schmähkritik

BerufsR

(BVerfG in NJW 2016, 2870; Beschluss vom 29.06.2016 – 1 BvR 2646/15)

1. Ein Rechtsanwalt ist grundsätzlich **nicht berechtigt, aus Verärgerung** über von ihm als falsch angesehene Maßnahmen einer **Staatsanwältin** oder eines Staatsanwalts diese gerade gegenüber der **Presse mit Beschimpfungen zu überziehen**. Insoweit muss sich im Rahmen der Abwägung grundsätzlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen durchsetzen.
2. Die **Annahme einer Schmähung** hat wegen des mit ihr typischerweise verbundenen Unterbleibens einer Abwägung gerade in Bezug auf Äußerungen, die als Beleidigung und damit als strafwürdig beurteilt werden, ein **eng zu handhabender Sonderfall** zu bleiben.
3. Die Annahme, die Bezeichnung der mit dem Ermittlungsverfahren betrauten Staatsanwältin gegenüber einem Journalisten als „dahergelaufene Staatsanwältin“, „durchgeknallte Staatsanwältin“, „widerwärtige, boshafte, dümmliche Staatsanwältin“ und „geistesranke Staatsanwältin“ durch einen Strafverteidiger stelle eine Schmähkritik dar, bedarf in Auseinandersetzung mit der Situation näherer Darlegungen, dass sich die **Äußerungen von dem Ermittlungsverfahren völlig gelöst** hatten oder der **Verfahrensbezug nur als mutwillig** gesuchter Anlass oder Vorwand genutzt wurde, um die Staatsanwältin als solche zu diffamieren.

StPO
§ 302 II

Rechtsmittelbefugnis Gesetzlicher Vertreter

StrafVerfR

(BGH in NJW 2016, 2675; Beschluss vom 06.07.2016 – 4 StR 149/16)

Fall: Mit Schriftsatz vom 15.06.2016 hat der Pflichtverteidiger des Besch. auf Anweisung von dessen Betreuer die Rücknahme der Revision erklärt. Zuvor war durch Beschluss des AG Herford vom 31.05.2016 unter ausdrücklichem Verweis auf das anhängige Revisionsverfahren der Aufgabenkreis des Betreuers auf die Vertretung in Strafsachen erweitert worden.

„Die **Erklärung der Revisionsrücknahme** entfaltet mangels ausdrücklicher Ermächtigung des Besch. zur Rücknahme gem. § 302 II StPO **keine Wirksamkeit**. Nach der den Vorschriften der §§ 296 ff. StPO zu Grunde liegenden Regelungssystematik kann der gesetzliche Vertreter die gem. § 302 II StPO erforderliche Ermächtigung zur Rücknahme einer vom Verteidiger für den Beschuldigten eingelegten Revision nicht wirksam für den Beschuldigten erteilen.

Gemäß § 296 I StPO hat der Beschuldigte **unabhängig von** der nach zivilrechtlichen Vorschriften zu bestimmenden **Geschäftsfähigkeit** und unter Umständen selbst bei fehlender Verhandlungsfähigkeit (vgl. Jesse in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 296 Rn. 5; Meyer-Goßner in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., § 296 Rn. 5; weitergehend SK-StPO/Frisch, 4. Aufl., § 296 Rn. 7; Hoch in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2. Aufl., § 296 Rn. 10) die **Befugnis, Rechtsmittel einzulegen**. Von dieser kann er eigenständig ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters Gebrauch machen (vgl. BGH, BGHR StPO § 302 Abs. 2 Rücknahme 10 = BeckRS 2005, 01412; BayObLGSt 1964, 85 [87]). Für den Beschuldigten kann der Verteidiger nach § 297 StPO in den durch den erklärten entgegenstehenden Willen des Beschuldigten gezogenen Grenzen Rechtsmittel einlegen. Die Vorschrift des § 297 StPO begründet die **gesetzliche Vermutung**, wonach die **Rechtsmitteleinlegung im Auftrag und mit Willen des Beschuldigten** erfolgt (vgl. OLG Düsseldorf, NStZ 1997, 52 [53]; RGSt 66, 209 [211]; Radtke in Radtke/Hohmann, StPO, § 297 Rn. 1; Jesse in Löwe/Rosenberg, § 297 Rn. 1; Meyer-Goßner in Meyer-Goßner/Schmitt, § 297 Rn. 2; SK-StPO/Frisch, § 297 Rn. 2). Unbeschadet der Tatsache, dass der Verteidiger nach § 297 StPO aus eigenem Recht und in eigenem Namen tätig wird (vgl. BGH, GA 1973, 46 [47] = BeckRS 2016, 13675), handelt es sich bei dem eingelegten Rechtsmittel um ein solches des Beschuldigten (vgl. BGH, StraFo 2011, 232 = BeckRS 2011, 13133; NStZ-RR 2007, 210; NStZ 1996, 202 = BGHR StPO § 302 Abs. 2 Rücknahme 8; Jesse in Löwe/Rosenberg, § 302 Rn. 87; Rieß in Brüssow u.a., Strafverteidigung in der Praxis, 4. Aufl., § 11 Rn. 20). Dem entspricht, dass das Gesetz für die Rücknahme des Rechtsmittels durch den Verteidiger nicht nur wie in § 302 I 3 StPO die Zustimmung, sondern gem. § 302 II StPO die ausdrückliche Ermächtigung des Beschuldigten verlangt (vgl. Radtke in Radtke/Hohmann, § 302 Rn. 47).

Ein **Recht, für den Beschuldigten von dessen Rechtsmittelbefugnis aus § 296 I StPO Gebrauch zu machen, räumt die Strafprozessordnung dem gesetzlichen Vertreter des Beschuldigten nicht ein**. Das Gesetz verleiht dem gesetzlichen Vertreter in § 298 I StPO vielmehr die eigenständige Befugnis, selbst unabhängig vom Willen des Beschuldigten zu dessen Gunsten Rechtsmittel einzulegen. Dem liegt die Überlegung zu Grunde, dass der gesetzliche Vertreter besser im Stande ist, eine den wahren Interessen des unter Vertretungsmacht stehenden Beschuldigten gerecht werdende Entscheidung zu treffen (vgl. BGHSt 10, 174 [176] = NJW 1957, 799; Jesse in Löwe/Rosenberg, § 298 Rn. 1; SK-StPO/Frisch, § 298 Rn. 1; Radtke in Radtke/Hohmann, § 298 Rn. 1). Die eigenständige Rechtsmittelbefugnis des gesetzlichen Vertreters lässt das nach § 296 I StPO ergebende Recht des Beschuldigten, selbst unabhängig vom Willen des gesetzlichen Vertreters Rechtsmittel einzulegen, indes unberührt (vgl. Jesse in Löwe/Rosenberg, § 298 Rn. 6; Radtke in Radtke/Hohmann, § 298 Rn. 1). Die **Befugnisse des Beschuldigten aus § 296 I StPO und des gesetzlichen Vertreters aus § 298 I StPO stehen selbstständig nebeneinander**, so dass Erklärungen des Beschuldigten und des gesetzlichen Vertreters jeweils nur für das eigene Rechtsmittel Wirkungen entfalten (vgl. Jesse in Löwe/Rosenberg, § 298 Rn. 7; SK-StPO/Frisch, § 298 Rn. 8 f.; Radtke in Radtke/Hohmann, § 298 Rn. 12; Plöd in Kleinknecht/Müller/Reitberger, Stand Nov. 2008, § 298 Rn. 2). Aus dem Nebeneinander voneinander unabhängiger Rechtsmittelbefugnisse folgt, dass der gesetzliche Vertreter – von Fällen einer neben § 298 StPO möglichen rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung durch den Beschuldigten abgesehen (vgl. Jesse in Löwe/Rosenberg, § 298 Rn. 9; SK-StPO/Frisch, § 298 Rn. 2; Pfeiffer, StPO, 5. Aufl., § 298 Rn. 1; Hoch in Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 298 Rn. 2; KK-StPO/Paul, 7. Aufl., § 298 Rn. 3; Meyer-Goßner in Meyer-Goßner/Schmitt, § 298 Rn. 4; Plöd in Kleinknecht/Müller/Reitberger, § 298 Rn. 2) – **keine Rechtsmittelerklärungen für den Beschuldigten abgeben** kann. Er ist daher weder befugt, ein vom Beschuldigten selbst eingelegtes Rechtsmittel zurückzunehmen, noch kann er die nach § 302 II StPO erforderliche Ermächtigung für eine Rücknahme durch den Verteidiger des Beschuldigten erteilen (aA – nicht tragend – offenbar BGH, StraFo 2013, 469 = BeckRS 2013, 17195).

Diese aus der den Vorschriften der §§ 296 ff. StPO zu Grunde liegenden Regelungssystematik abzuleitende Beschränkung der Befugnisse des gesetzlichen Vertreters wird zudem dadurch bestätigt, dass der **gesetzliche Vertreter** seinerseits **für die Rücknahme seines Rechtsmittels** in entsprechender Anwendung des § 302 I 3 StPO bzw. gem. § 55 III JGG der **Zustimmung des Beschuldigten** bedarf (vgl. Jesse in Löwe/Rosenberg, § 298 Rn. 8; Radtke in Radtke/Hohmann, § 298 Rn. 13; SK-StPO/Frisch, § 298 Rn. 14; Meyer-Goßner in Meyer-Goßner/Schmitt, § 298 Rn. 3; KK-StPO/Paul, § 298 Rn. 5; Hoch in Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 298 Rn. 8; Pfeiffer, § 298 Rn. 2; aA Cirener in Graf, StPO, 2. Aufl., § 298 Rn. 2), die dieser nur selbst erteilen kann. Auch die Zustimmung nach § 303 S. 1 StPO obliegt dem Beschuldigten persönlich (vgl. OLG Koblenz, NJW 1951, 933 [934]; OLG Hamm, NJW 1969, 151 = JZ 1969, 269), nicht dem gesetzlichen Vertreter (vgl. Jesse in Löwe/Rosenberg, § 303 Rn. 7).“ (BGH aaO.)

GVG
§ 187 II 1, II 4

Übersetzung des Urteils Kein Anspruch trotz Sprachunkundigkeit

BerufsR

(OLG Braunschweig in NSTZ-RR 2016, 253; Beschluss vom 11.05.2016 – 1 Ws 82/16)

Fall: Der Angeklagte wurde durch die 9. große Strafkammer des Landgerichts Braunschweig am 19.01.2016 wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung in zwei rechtlich zusammentreffenden Fällen in Tateinheit mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte sowie wegen vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Wegen der Einzelheiten der Urteilsbegründung wird auf das Urteil vom 19.01.2016 verwiesen (Bl. 1-25 d. A.). Der Angeklagte wurde in dem Verfahren durch einen beigeordneten Verteidiger verteidigt und war bei der Erörterung der mündlichen Urteilsgründe anwesend. Diese wurde dem Angeklagten durch eine Dolmetscherin übersetzt. Das Urteil ist beiden Verteidigern des Angeklagten zugestellt worden. Der Angeklagte hat form- und fristgerecht Revision gegen das Urteil eingelegt, die durch Satz seines Verteidigers vom 17.03.2016 begründet worden ist. Er hat die Übersetzung der schriftlichen Urteilsgründe in die polnische Sprache beantragt. Zu Recht?

Der Angeklagte hat keinen Anspruch auf Übersetzung des schriftlichen Urteils in die polnische Sprache.

„Zwar sieht § 187 II 1 GVG zur Ausübung der prozessualen Rechte des Beschuldigten **in der Regel die Übersetzung** von nicht rechtskräftigen Urteilen vor, es liegen jedoch die Voraussetzungen der in § 187 II 4 und 5 GVG vorgesehenen Ausnahmen vor.

Nach § 187 II 4 GVG kann an die Stelle der schriftlichen Übersetzung eine **mündliche Übersetzung** oder eine **mündliche Zusammenfassung** des Inhalts treten, wenn die prozessualen Rechte des Beschuldigten gewahrt werden. Das ist gemäß § 187 II 5 GVG in der Regel anzunehmen, wenn der Beschuldigte einen Verteidiger hat.

Die prozessualen Rechte des Angeklagten, insbesondere auch der Anspruch auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 III e EMRK, werden dadurch hinreichend gewahrt, dass dem verteidigten Angeklagten die **mündliche Urteilsbegründung von einem Dolmetscher übersetzt** worden ist (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 26.01.2016, 1 Ws 8/16, RN 3, zitiert nach juris; OLG Hamm, Beschluss vom 11.03.2014, 2 Ws 40/14, NSTZ-RR 2014,217; OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.01.2014, 6 - 2 StE 2/12, StV 2014, 536 f.). Ob die schriftliche Übersetzung auch dann entbehrlich ist, wenn der Betroffene und sein Verteidiger bei der Urteilsverkündung anwesend gewesen sind, dem nicht ausreichend sprachkundigen Angeklagten die Urteilsgründe jedoch nicht durch einen Dolmetscher übersetzt worden sind, kann im vorliegenden Fall dahinstehen (so OLG Celle, Beschluss vom 22.07.2015, 1 Ss (Owi) 118/15, NSTZ, 2015, 720).

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll **keine Verpflichtung zur schriftlichen Urteilsübersetzung** bestehen, wenn eine effektive Verteidigung des nicht ausreichend sprachkundigen Angeklagten dadurch ausreichend gewährleistet wird, dass der von Gesetzes wegen für die Revisionsbegründung zuständige **Rechtsanwalt das schriftliche Urteil kennt** (vgl. BT-Drucksache 17/12578, S. 12). Die Rechte des verteidigten Angeklagten werden dadurch gewahrt, dass er die Möglichkeit hat, das **schriftliche Urteil mit seinem Verteidiger unter Hinzuziehung eines Dolmetschers zu besprechen** und sich soweit auch die schriftliche Begründung übersetzen zu lassen. Der Anspruch des verteidigten Angeklagten auf umfassende Verdolmetschung umfasst auch die Gespräche mit seinem Verteidiger nach Urteilsverkündung, etwa zur Vorbereitung der Begründung eines Rechtsmittels. Soweit die Hinzuziehung eines Dolmetschers für einen solchen Termin erforderlich ist, kann der Angeklagte dies jederzeit beantragen.

Da diese Voraussetzungen hier vorliegen, ist davon auszugehen, dass der Angeklagte - auch ohne schriftliche Übersetzung des Urteils - über ausreichende Möglichkeiten verfügt, die gegen ihn ergangene Entscheidung inhaltlich nachzuvollziehen.“ (OLG Braunschweig aaO.)

ZPO
§ 233

Vertrauen auf Postlaufzeiten Poststreik

BerufsR

(BGH in FamRZ 2016, 1077; Beschluss vom 18.02.2016 – V-ZB 126/15)

Ein Prozessbevollmächtigter kann bei einem auf bestimmte Gebiete des Dienstleistungsbereichs der Deutschen Post AG beschränkten Poststreik auf die Einhaltung der für den Normalfall geltenden Postlaufzeiten vertrauen, wenn er von der Deutschen Post AG die Auskunft erhält, dass für den geplanten Sendungsverlauf einer Postsendung streikbedingte Beeinträchtigungen nicht bekannt sind und die Postbeförderung von dem Versand- zum Empfangsort normal läuft.

StPO
§ 145a I

Zustellung an Verteidiger Nachweis der rechtsgeschäftlichen Zustellungsvollmacht

StrafR

(OLG Saarbrücken in NSTZ-RR 2016, 218; Beschluss vom 20.04.2016 – 1 Ws 40/16)

„An den gewählten Verteidiger kann **auch dann wirksam zugestellt** werden, wenn sich dessen **Vollmacht nicht bei den Akten** befindet, ihm aber vor Ausführung der Zustellung eine rechtsgeschäftliche Zustellungsvollmacht erteilt worden war.

Der Nachweis einer solchen **rechtsgeschäftlichen Zustellungsvollmacht** kann auch dann erbracht sein, wenn der Verurteilte dem Wahlverteidiger in einer anderen Strafsache eine Strafprozessvollmacht erteilt hat, die diesen ausdrücklich auch zur Entgegennahme von Zustellungen ermächtigte, und ihn kurze Zeit später in der in Rede stehenden Sache mündlich mit der Verteidigung beauftragt hat.“ (OLG Saarbrücken aaO.)

Steuerrecht

UStG **Umsatzsteuerbefreiung** **SteuerR**
 § 4 Nr. 21 a) bb) **Nicht für berufliche Fortbildungen und Seminare**
 (VG Stuttgart in DÖV 2016, 696; Urteil vom 12.04.2016 – 1 K 2297/15)

Eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 4 Nr. 21 a) bb) UStG dahingehend, dass der Begriff der Vorbereitung auf einen Beruf auch die berufliche Fortbildung umfasst, kommt nicht in Betracht, weil er mit dem Wortlaut der Norm nicht zu vereinbaren ist.

ErbStG **Vollständige Schenkungssteuerbefreiung** **SteuerR**
 §§ 9 I Nr. 2, **Erwerb einer Kunstsammlung**
 (BFH in NJW 2016, 2765; Urteil vom 12.05.2016 – II R 56/14)

1. Die zur Erlangung der vollständigen Steuerbefreiung einer Kunstsammlung erforderliche **Bereitschaft des Steuerpflichtigen**, die Gegenstände den geltenden **Bestimmungen der Denkmalspflege zu unterstellen**, ist ein **subjektives Tatbestandsmerkmal**.
2. Auf dessen Vorliegen kann **nur anhand objektiver Sachverhalte** geschlossen werden. **Indizwirkung** für die Bereitschaft können eine Erklärung gegenüber der zuständigen Denkmalbehörde oder der Abschluss eines Leih- und Kooperationsvertrags mit einem fachlich einschlägigen Museum entfalten.
3. Der Erwerb einer Kunstsammlung ist nur insoweit in vollem Umfang steuerbefreit, als sich die einzelnen zur Kunstsammlung gehörenden Gegenstände **zum Zeitpunkt des Erwerbs bereits mindestens 20 Jahre im Besitz der Familie** befunden haben.

ESTG **Aufwand des Unternehmer-Ehegatten** **SteuerR**
 §§ 4 I, 6 I Nr. 5, III, 7 I 5 **Betriebsgebäude auf gemeinsamem Grundstück**
 (BFH in NJW 2016, 2448; Urteil vom 09.03.2016 – X R 46/14)

1. Errichtet der Unternehmer-Ehegatte **mit eigenen Mitteln** ein Gebäude auf einem auch **dem Nichtunternehmer-Ehegatten gehörenden Grundstück**, wird der Nichtunternehmer-Ehegatte – sofern keine abweichenden Vereinbarungen zwischen den Eheleuten getroffen werden – sowohl zivilrechtlicher als auch wirtschaftlicher **Eigentümer** des auf seinen Miteigentumsanteil entfallenden Gebäudeteils. Dieser **Gebäudeteil** gehört zu seinem Privatvermögen.
2. Die vom Unternehmer-Ehegatten für die **typisierte Verteilung seines eigenen Aufwands** gebildete Bilanzposition kann nicht Sitz stiller Reserven sein. Daraus folgt zum einen, dass dem Unternehmer-Ehegatten Wertsteigerungen, die bei dem im Privatvermögen des Nichtunternehmer-Ehegatten befindlichen Gebäudeteil eingetreten sind, **Ertragsteuer rechtlich nicht zugerechnet** werden können. Auf der anderen Seite kann der Unternehmer-Ehegatte in dieser Bilanzposition nicht dadurch stille Reserven bilden, dass er hierauf Ertragsteuer rechtliche Subventionsvorschriften anwendet, die der Gesetzgeber nur für Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens, nicht aber für Wirtschaftsgüter des Privatvermögens vorgesehen hat.
3. Übertragen in derartigen Fällen sowohl der Unternehmer-Ehegatte den Betrieb als auch beide Eheleute ihre Miteigentumsanteile an dem Grundstück samt Gebäude unentgeltlich auf einen Dritten, kann dieser den **Miteigentumsanteil des Nichtunternehmer-Ehegatten zum Teilwert in seinen Betrieb einlegen** und von diesem Wert Absetzung für Abnutzung vornehmen.

AEUV **Freier Kapitalverkehr** **SteuerR**
 Art. 63, 65 **Schenkung einer im Inland gelegenen Immobilie**
 (EuGH in BB 2016, 1632; Urteil vom 08.06.2016 – C-479/14)

Die Art. 63 AEUV und 65 AEUV sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, wonach bei Schenkungen unter Gebietsfremden die Steuer unter Anwendung eines niedrigeren Steuerfreibetrags berechnet wird, wenn der Erwerber keinen spezifischen Antrag stellt. Diese Artikel stehen auch und auf jeden Fall einer nationalen Regelung entgegen, wonach die Steuer auf Antrag eines solchen Erwerbers unter Anwendung des höheren Freibetrags berechnet wird, der für Schenkungen unter Beteiligung zumindest eines Gebietsansässigen gilt, wobei die Wahrnehmung dieser Option durch den gebietsfremden Erwerber bewirkt, dass für die Berechnung der Steuer auf die betreffende Schenkung alle Schenkungen, die dieser Schenkungsempfänger in den zehn Jahren vor und den zehn Jahren nach der Schenkung von derselben Person erhalten hat, zusammengerechnet werden.

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Hauck:** Geheimnisschutz im Zivilprozess – was bringt die neue EU-Richtlinie für das deutsche Recht?, (in: NJW 2016, 2218)

Am 15.06.2016 wurde die RL (EU) 2016/943 „über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung“ im Amtsblatt veröffentlicht. Da sich die Europäische Kommission, der Rat und das Parlament im Rahmen informeller Trilogverhandlungen bereits Ende 2015 auf eine Kompromissfassung verständigt hatten, war die einvernehmliche Annahme des Textes durch Parlament und Rat im April und Mai 2016 keine Überraschung mehr. Geregelt wird dort auch der Schutz von Unternehmensgeheimnissen in Gerichtsverfahren. Ausgehend von der Bestimmung des eigentlichen Schutzgegenstands der Richtlinie sowie vom Status quo im deutschen Recht werden diese Vorgaben im Beitrag untersucht und bewertet.

2. **Nemeczek:** Der Anspruch auf Ersatz von Transportkosten im Kaufrecht und sein Verhältnis zum Nacherfüllungsort (in: NJW 2016, 2375)

Einer der wesentlichen Streitpunkte zur Bestimmung des kaufrechtlichen Nacherfüllungsorts betrifft sein Verhältnis zur Kostentragungspflicht gem. § 439 II BGB. Die Literatur hält der vom BGH vertretenen Auffassung zur Bestimmung des Nacherfüllungsorts gem. § 269 BGB entgegen, dass sie zu Rechtsunsicherheit zu Lasten des Käufers führe. Transportiere der Käufer die Kaufsache zum Sitz des Verkäufers, obwohl der Nacherfüllungsort am Sitz des Käufers anzusiedeln sei, liege darin eine „partielle Selbstvornahme“, infolge derer der Käufer die Transportkosten nicht erstattet verlangen könne. Der Beitrag geht auf die verschiedenen Konstellationen bei der Bestimmung des Nacherfüllungsorts ein und untersucht, inwieweit die Aufwendungen des Käufers gem. § 439 II BGB erstattungsfähig sind.

3. **Horn:** Auskunftsrechte des Erben gegen den Pflichtteilsberechtigten (in: NJW 2016, 2150)

Ohne Auskunftsrechte kann die Höhe von Pflichtteilsansprüchen nicht ermittelt werden. Verunsicherung schaffte das OLG München (NJW 2013, 2690), demzufolge dem Erben gegen den Pflichtteilsberechtigten kein materiell-rechtlicher Auskunftsanspruch hinsichtlich erhaltener Vorempfänge zusteht. Dagegen hat sich jüngst das OLG Koblenz (NJW-RR 2016, 203) zu Recht ausgesprochen. Der Beitrag beleuchtet Auskunftsrechte im Pflichtteilsrecht, die umstritten sind bzw. nicht (eindeutig) aus dem Gesetz hervorgehen.

4. **Walter/Korves:** Der merkantile Minderwert beim Immobilienkauf (in: NJW 2016, 1985)

Der merkantile Minderwert spielt seit jeher beim Grundstückskauf eine erhebliche Rolle. Diese Bedeutung dürfte künftig weiter zunehmen, da die Rechtsprechung dazu neigt, den Begriffsinhalt auszudehnen und großzügig mit der Annahme eines merkantilen Minderwerts umzugehen. Der Beitrag stellt auf der Grundlage der aktuellen Rechtsprechung die Anwendungsbereiche des merkantilen Minderwerts beim Immobilienkauf dar und beleuchtet die für die jeweiligen Prozessbeteiligten damit verbundenen Aufgabenstellungen, Handlungsoptionen und Risiken. Besondere Schwierigkeiten bereitet die Berechnung der Höhe des merkantilen Minderwerts. Es werden deshalb verschiedene Berechnungsmethoden dargestellt, die der Plausibilisierung der vom Sachverständigen ermittelten Werte dienen sollen.

5. **Stamm:** Schuldnerschutz und Rechtskrafterstreckung bei Unkenntnis der Abtretung (in: NJW 2016, 2369)

Das Recht der Abtretung bietet mit § 407 II BGB eine Regelung zum Schutz des Schuldners, der in Unkenntnis der Abtretung vom Zedenten verklagt wird. Die Vorschrift erscheint durch ihren Ausspruch einer Rechtskrafterstreckung gegenüber dem Zessionar einerseits sowie andererseits durch ihre materiell-rechtliche Anknüpfung an die erfüllende Wirkung einer in Unkenntnis der Abtretung an den Zedenten erbrachten Leistung mehr als ambivalent. Anliegen dieses Beitrags ist es daher, die Zuordnung und das Verständnis der Vorschrift an der Nahtstelle zwischen materiellem Zivilrecht und Verfahrensrecht zu erhellen und Impulse für eine gesetzesübergreifende Auslegung zu geben.

II. Strafrecht

1. **Brockhaus/Ullrich:** Ungeahnte Möglichkeiten in Haftsachen – Eine Erinnerung an Art. 5 Abs. 5 EMRK (in: StV 2016, 678)

Bei der Anordnung von Untersuchungshaft steht für den Verteidiger naturgemäß das unmittelbare Vorgehen gegen die Haftsituation im Fokus. Führen Rechtsbehelfe sodann – mangels Voraussetzungen der Untersuchungshaft (§ 112 StPO) – zum Erfolg, rückt die Aufarbeitung und Widerlegung der gegen den Mandanten erhobenen Vorwürfe in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Kaum Beachtung hingegen finden mögliche Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche, die aus der erlittenen (rechtswidrigen) Untersuchungshaft resultieren. In der Beratungspraxis wird von Verteidigerseite regelmäßig darauf verwiesen, dass ein Entschädigungsanspruch nach § 2 I 1 StrEG zwar dem Grunde nach besteht, die Durchsetzung aber aufgrund gesetzlicher Hürden mit erheblichen, letztlich unüberwindlichen Schwierigkeiten verbunden ist. Auch Amtshaftungsansprüche versprechen regelmäßig keinen (wirtschaftlich relevanten) Erfolg. In der Praxis führt dies – in Unkenntnis bestehender und besserer Alternativlösungen – dazu, dass üblicherweise keine zivilrechtlichen (Folge-) Ansprüche geltend gemacht werden. Tatsächlich besteht aber auch in solchen Fällen die Möglichkeit eines unmittelbaren Schadensersatzanspruches nach Art. 5 V EMRK. Der nachfolgende Beitrag soll sensibilisieren. Denn bei näherer Betrachtung fällt auf, dass die Durchsetzungschancen in praxi hoch sind und dieses Instrumentarium nicht nur unter pekuniären, sondern auch strategischen Gesichtspunkten im laufenden Strafverfahren für den Betroffenen von erheblichem Interesse sein kann.

2. **Franke:** Öffentlichkeit im Strafverfahren (in NJW 2016, 2618)

Nach Bekanntwerden des Entwurfs des Bundesjustizministeriums zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren hat die Diskussion darüber in Fachöffentlichkeit und Medien an Intensität noch zugenommen. Der Beitrag erläutert im Überblick die gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Öffentlichkeit im Strafverfahren, wirft sodann einen Blick auf die Rechtslage im Ermittlungsverfahren und befasst sich abschließend mit den in dem Gesetzentwurf geplanten Änderungen.

3. **Helmken:** Ein Recht des Tatopfers auf ein faires Strafverfahren? (in: StV 2016, 456)

Ein Recht des Tatopfers auf ein faires Strafverfahren? Eine auf den ersten Blick merkwürdige Konstruktion, die in jüngster Zeit vermehrt im deutschen Schrifttum anzutreffen ist. Als Folge einer auf kontinentaleuropäischer Ebene zu beobachtenden, anhaltenden Tendenz, sich den Opferrechten im Straf- und Strafverfahrensrecht verstärkt zuzuwenden und diese auszubauen, kann sie dennoch nicht überraschen. Schließlich hat das BVerfG nicht nur dem Angeklagten, sondern auch dem (Opfer-) Zeugen im Strafprozess dieses Recht zugesprochen, das verfassungsrechtlich aus Art. 20 III i.V.m. II, I GG abgeleitet wird. Warum sollte daher nicht auch das Tatopfer unabhängig von der Zeugenfunktion das Recht auf ein faires Strafverfahren für sich beanspruchen können?

III. Öffentliches Recht

1. **Harbou:** Das Integrationsgesetz: Meilenstein oder Etikettenschwindel? (in Integrationsgesetz-NVwZ 2016, 1193)

Nachdem angesichts des Zuzugs hunderttausender Flüchtlinge zunächst kurzfristige Problemlösungen gefragt waren, sollen mit dem neuen Integrationsgesetz die langfristigen Herausforderungen dieser Entwicklung bewältigt werden. Eine „schnelle und nachhaltige Integration“ durch Vermittlung von Sprach- und Berufsqualifikationen ist dabei das erklärte Ziel. Zu den Mitteln gehört allerdings die Einführung von Wohnsitzauflagen und 80-Cent-Jobs sowie der Ausbau von Sanktionsmechanismen.

Im Beitrag werden zunächst die zentralen Neuregelungen weitgehend wertungsneutral dargestellt bevor sie in einer Gesamtbetrachtung eingeordnet werden.

2. **Starski:** Die „Große Koalition“ als Problem des Verfassungsrechts (in DÖV 2016, S. 750)

Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst nicht nur einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Einräumung spezifischer Oppositionsfraktionsrechte in Zeiten der „qualifizierten Großen Koalition“ verneint, sondern diesbezüglich dem Grundgesetz in einer Art obiter dictum gar ein Verbot entnommen. Es scheint sich eine Akzentverschiebung abzuzeichnen: Die Betonung des Schutzes parlamentarischer Opposition weicht einer erhöhten Sensibilität für die Wahrung der Gleichheit von Abgeordneten. Angesichts der Tatsache, dass „Große Koalitionen“ keine Singularität in der bundesrepublikanischen Landschaft darstellen und auch zukünftig nicht an Relevanz verlieren werden, erscheint es geboten,

über das Recht auf effektive Opposition unter Berücksichtigung der jüngsten Karlsruher Judikatur zu reflektieren. Eine Auseinandersetzung mit dieser erweist sich auch als Lehrstück in Sachen höchstgerichtlicher Rechtsfortbildung.

3. Braun Binder: Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht? (in: NVwZ 2016, 960)

Die Finanzverwaltung soll künftig Steuerverwaltungsakte ausschließlich automationsgestützt erlassen können. Dieser Paradigmenwechsel wird auch in anderen Verwaltungsbereichen zu entsprechenden Überlegungen führen. Mit der Frage, ob die geplanten Änderungen der Abgabenordnung als Vorlage für die Einführung vollautomatisiert erlassener Verwaltungsakte im Verwaltungsverfahrensgesetz herangezogen werden können, setzt sich der betreffende Beitrag auseinander.

4. Uechtritz: Das Rücksichtnahmegebot: dogmatische Verankerung und Bedeutung für den baurechtlichen Nachbarschutz (in: VBIBW 2016, 265)

Seit der „Entdeckung“ des baurechtlichen Rücksichtnahmegebots durch das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 1907 besitzt dieses für die baurechtliche Praxis, speziell für den baurechtlichen Nachbarschutz, eine wesentliche Rolle. Ungeachtet der lang andauernden und intensiven Beschäftigung mit den baurechtlichen Rücksichtnahmegebot bestehen vielfach Unklarheit und Unsicherheit hinsichtlich der dogmatischen Verankerung dieser Rechtsfigur, speziell im Verhältnis zu den planungsrechtlichen Maßstabnormen. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Entwicklung der Rechtsprechung, speziell mit deren Bestreben eine Rückbindung bzw. Einführung des baurechtlichen Rücksichtnahmegebots in die planungsrechtlichen Maßstabnormen.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare / Steuerberater

1. Valdini: Die Anwaltshaftung für Honorarforderungen ausländischer Rechtsanwälte (in: MDR 2016, 677)

Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit von ausländischen Sozietäten mit deutschen Wirtschaftskanzleien ist Teil des normalen Arbeitsalltages. Nicht nur komplexe M&A- oder Finanztransaktionen, sondern auch die laufende Beratung beim Abschluss von Liefer-, Service- oder Distributionsverträgen mit im Ausland ansässigen Unternehmen macht die Einschaltung eines lokalen ausländischen Rechtsanwaltes oftmals unerlässlich. Nimmt die Zusammenarbeit einen ungeplanten Verlauf, kann je nach Umfang der Tätigkeiten der eingeschalteten ausländischen Sozietät ein enormes Haftungsrisiko entstehen, denn viele deutsche Rechtsanwälte und Kanzleien sind sich nicht bewusst, dass sie für die Forderungen des eingeschalteten ausländischen Kollegen regelmäßig mithaften. Der Beitrag weist auf diese Gefahr hin und zeigt Möglichkeiten zur Risikominimierung auf.

2. Nickel: Der Pkh-Antrag für den höheren Rechtszug (in: NJW 2016, 2308)

Der Beitrag behandelt im Anschluss an NJW 2016, 853 das Verfahren rund um die Prozesskostenhilfe für die zweite Instanz und Probleme im PkH-Prüfungsverfahren, die der Praxis immer wieder zu schaffen machen.

3. Pioch: Die verjährungshemmende Wirkung des Mahnbescheids (in: MDR 2016, 863)

Im Zweifel sollte bei komplexen Sachverhalten zum Zwecke der Verjährungshemmung unmittelbar Klage erhoben werden (s.a. Klose, MDR 2010, 10). Doch ein – hinreichend individualisierter – Mahnantrag (s.a. Salten, MDR 2009, 549) bietet auch Chancen. Er kann den Verjährungseintritt ggf. um bis zu mehr als ein Jahr verzögern, wodurch sich wiederum Spielräume für eine außergerichtliche Einigung unter dem Druck des drohenden Klageverfahrens eröffnen. Für den Prozessbevollmächtigten des Antragstellers erfordert dies einen sicheren Umgang mit den §§ 204 I Nr. 3, II BGB, § 167 ZPO. Der Beitrag gibt – unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung zur Individualisierung und zum Missbrauch eines Mahnantrags – einen allgemeinen Überblick sowie Hinweise zur Vermeidung von (vermeidbaren) Haftungsfallen.

4. Grziwotz: Die Testierfähigkeit von Erblassern (in: MDR 2016, 737)

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Notwendigkeit der Feststellung und diesbezüglichen notariellen Pflichten. Der medizinische Fortschritt sorgt dafür, dass die Menschen in Deutschland immer älter werden. Allerdings nehmen im Alter auch Krankheiten zu, die sich auf die Geistestätigkeit auswirken. Ist es deshalb an der Zeit, für hochbetagte Menschen einen Nachweis der Testierfähigkeit zu fordern, wenn sie eine Verfügung von Todes wegen errichten? Der Beitrag erläutert die aktuelle Rechtslage und geht auf die Pflichten und Möglichkeiten zur Feststellung der Testierfähigkeit ein.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

In der mündlichen Prüfung kann grundsätzlich der gesamte Ausbildungsstoff abgefragt werden. Um Euch die Vorbereitung auf die mündliche Prüfung zu vereinfachen, bieten wir Prüfungsprotokolle an. Zwar sind längst nicht alle Prüfer „protokollfest“, d.h. prüfen sich wiederholende Fälle, die Protokolle geben Euch jedoch auf jeden Fall Aufschluss nicht nur über die Person des Prüfers, sondern auch über Themengebiete, die dieser prüft. Hierdurch ist der Vorbereitungsumfang stark eingegrenzt. Natürlich habt Ihr auch nicht die Sicherheit, dass der Prüfer nicht gerade in Eurer Prüfung ein anderes Thema bevorzugt. Ihr werdet Euch jedoch dann über die verstrichene Gelegenheit ärgern, wenn sich herausstellt, dass Eure Mitsstreiter einen entscheidenden Vorteil hatten, weil sie den Protokollen Informationen zur Vorbereitung entnehmen konnten, die Ihr nicht hattet.

Wie läuft das ab?

Nach der erfolgreichen Registrierung auf unserer Plattform www.juridicus.de 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



