



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

40. Jahrg.

August 2015

Heft 08

---

## Aus dem Inhalt

- BGH:** Verweisung auf Reparatur in freier Fachwerkstatt
- BGH:** Räuberischer Angriff durch vorgetäuschte Polizeikontrolle
- BGH:** Betrug bei gutgläubigem Erwerb
- OVG Bautzen:** Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit bei Insolvenz
- BGH:** Rechtsmittelfrist bei nicht zugestelltem Urteil
- BGH:** Beginn der Beschuldigteneigenschaft
- VGH Kassel:** Antragsbefugnis obligatorisch Berechtigter



#### **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](mailto:info@juridicus.de)

[www.juridicus.de](http://www.juridicus.de)

#### **Verantwortliche Redakteurin:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

IT-Sicherheitsgesetz, EU-Erbrechtsverordnung, Verordnung zu den Dokumentationspflichten nach den §§ 16 und 17 des Mindestlohngesetzes in Bezug auf bestimmte Arbeitnehmergruppen.....	1
---	---

### Brandaktuell

BVerfG: Betreuungsgeld (Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes).....	2
--	---

### Zivilrecht

BGH: Verjährungshemmung (Wechsel zwischen den Gewährleistungsrechten).....	3
BGH: Schadensersatz nach Verkehrsunfall nach Gutachten (Verweisung auf Reparatur in freier Fachwerkstatt).....	7

### Strafrecht

BGH: Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Vorgetäuschte Polizeikontrolle).....	10
BGH: Betrug bei gutgläubigem Erwerb (Vortäuschen einer Straftat).....	13

### Öffentliches Recht

OVG Bautzen: Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit (Eröffnung eines Insolvenzverfahrens).....	17
BayVerfGH: Rauchverbot (Geltung auch für Vereinstreffen in Gaststätte).....	20

### Kurzauslese I

LG Berlin: Auslegung eines unvollständig ausgefüllten Formularvertrags (Miete im Zweifel monatlich geschuldet).....	24
BGH: Verjährungsbeginn des Bereicherungsanspruchs (Dritt-Zahlungsempfänger bei nichtiger Anweisung).....	24
BAG: Alkoholkranker Arbeitnehmer (Kein Verschulden bei Rückfall).....	25
OLG Hamm: Verkehrssicherungspflicht (Haftung des Ausführers von Hunden).....	25
BGH: Strafbefreiender Rücktritt (Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch).....	26
KG: Vorsätzliche Trunkenheitsfahrt (Nachweis der inneren Tatseite).....	27
BGH: Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs (Durch Rückführung an den Berechtigten).....	27
VGH Kassel: Ernennung und Amtseinführung (Anspruch des Bürgermeisters).....	28
BVerfG: Ärztliche Sicherungs- und Zwangsmaßnahmen (Gerichtliches Genehmigungserfordernis).....	29

**Zivilrecht**

BGH:	Verkündetes, aber nicht zugestelltes Urteil (Lauf der Rechtsmittelfrist).....	31
BVerwG:	Wirkung der Restschuldbefreiung (Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch).....	35

**Strafrecht**

BVerfG:	Wohnungsdurchsuchung (Betäubungsmitteldelikte).....	39
BGH:	Beginn der Beschuldigteneigenschaft (Unterlassen der Beschuldigtenbelehrung).....	43

**Öffentliches Recht**

OVG Lüneburg:	Vorläufiger Rechtsschutz gegen Vereinsverbot (Nicht hinsichtlich eines von mehreren Verbotsgründen).....	46
VGH Kassel:	Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren (Obligatorisch Berechtigte).....	49

**Kurzauslese II**

BGH:	Zustellung an prozessunfähige Person (Möglichkeit der Heilung).....	52
BGH:	Zulässigkeit der Streitverkündung (Ausgleichsansprüche unter Gesamtschuldnern).....	53
OLG Frankfurt:	Unzulässigkeit der Verfahrensverbinding (Urkundenverfahren und ordentliches Verfahren).....	53
OLG Hamm:	Unwirksamkeit einer Zustellung (Herbeiführung des Irrtums durch Adressaten).....	53
OLG Karlsruhe:	Nachholung der Strafvollstreckung (bei legaler Rückkehr).....	55
OVG Weimar:	Streitverkündung (Unzulässigkeit im Verwaltungsprozess).....	56
BVerwG:	Wiederaufgreifen des Verfahrens (Neue Beweismittel).....	56

<b>Weitere Schrifttumsnachweise:</b> .....	57
--	----

<b>Überblick:</b> Die Streitverkündung §§ 72 ff. ZPO.....	60
---	----

**Aus der mündlichen Prüfung**

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

## Aus der Gesetzgebung

### **IT-Sicherheitsgesetz vom 24.07.2015 (BGBl. I 2015, S. 1324)**

Das IT-Sicherheitsgesetz verbessert den Schutz der Bürger sowie die Sicherheit von Unternehmen im Internet. Beispielsweise gelten für Online-Shops erhöhte Anforderungen an den Schutz der Kundendaten und der IT-Systeme. Das neue IT-Sicherheitsgesetz ist am 25.07.2015 in Kraft getreten.

Unter anderem schreibt das Gesetz Betreibern Kritischer Infrastrukturen wie zum Beispiel Energieunternehmen, Banken, Wasserversorgern und Krankenhäusern vor, einen Mindeststandard an IT-Sicherheit einzuhalten und erhebliche IT-Sicherheitsvorfälle an das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) zu melden.

Darüber hinaus erhöht das Gesetz die Anforderungen an Telekommunikationsanbieter. Diese werden verpflichtet, IT-Sicherheit nach dem Stand der Technik zu gewährleisten. Zudem müssen sie IT-Sicherheitsvorfälle, die zu einem unerlaubten Zugriff auf die Systeme der Nutzer oder einer Beeinträchtigung der Verfügbarkeit führen können, unverzüglich über die Bundesnetzagentur an das BSI melden. Ferner müssen sie betroffene Nutzer über bekannte Störungen informieren, die durch Schadprogramme auf ihren datenverarbeitenden Systemen hervorgerufen werden.

Begleitend werden die Kompetenzen des BSI und der Bundesnetzagentur sowie die Ermittlungszuständigkeiten des Bundeskriminalamtes im Bereich der Computerdelikte ausgebaut.

### **EU-Erbrechtsverordnung (Verordnung EU Nr. 650/2012) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.07.2012 (ABl. Nr. L 201 S. 107, ber. Nr. L 344 S. 3, 2013 Nr. L 41 S. 16, Nr. L 60 S. 140, 2014 Nr. L 363 S. 186) Celex-Nr. 3 2012 R 0650**

Für eine größere Rechtssicherheit und einfachere Abwicklung von Erbfällen innerhalb der EU sorgt die neue Europäische Erbrechtsverordnung. Immer mehr Menschen arbeiten in europäischen Nachbarländern oder verbringen dort ihren Lebensabend. Die neue Verordnung regelt, welches nationale Erbrecht gilt, wenn Vermögen in mehreren EU-Staaten zu vererben ist. Sie gilt ab 17.08.2015.

### **Verordnung zu den Dokumentationspflichten nach den §§ 16 und 17 des Mindestlohngesetzes in Bezug auf bestimmte Arbeitnehmergruppen (Mindestlohndokumentationspflichten-Verordnung - MiLoDokV) vom 29.07.2015 (BAnz AT 31.07.2015 V1)**

Beim Mindestlohn werden die Dokumentationspflichten reduziert. Der Arbeitgeber braucht ab August 2015 keine Arbeitszeitaufzeichnungen mehr anzufertigen, wenn das regelmäßige Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers mehr als 2.000 € brutto beträgt und das Nettoentgelt jeweils für die letzten zwölf Monate nachweislich ausgezahlt wurde. Seit 01.01.2015 entfallen Arbeitszeitaufzeichnungen bei einem monatlichen Entgelt von 2.958 € brutto.

## Brandaktuell

GG

### Betreuungsgeld

VerfR

Art. 74 I Nr. 7

### Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes

(BVerfG in NJW 2015, 2399, Urteil vom 21.07.2015 – 1 BvF 2/13)

1. Der Begriff der **öffentlichen Fürsorge** in Art. 74 I Nr. 7 GG setzt voraus, dass eine besondere Situation zumindest potenzieller Bedürftigkeit besteht, auf die der Gesetzgeber reagiert. Dabei genügt es, wenn eine – sei es auch **nur typisierend bezeichnete und nicht notwendig akute – Bedarfslage** im Sinne einer mit besonderen Belastungen einhergehenden Lebenssituation besteht, auf deren Beseitigung oder Minderung das Gesetz zielt.
2. Will der Bundesgesetzgeber verschiedene Arten von Leistungen der öffentlichen Fürsorge begründen, muss grundsätzlich **jede Fürsorgerleistung für sich genommen den Voraussetzungen des Art. 72 II GG genügen**. Das Betreuungsgeldgesetz genügt dem nicht. Insbesondere ist es nicht zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse erforderlich.
3. Dies wäre nur der Fall, wenn sich die **Lebensverhältnisse in den Ländern in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinanderentwickelt** hätten oder sich eine derartige Entwicklung konkret.
4. Die Erforderlichkeit der Bundesgesetzgebung im Sinne des Art. 72 II GG hinsichtlich eines Instruments der öffentlichen Fürsorge kann sich nur dann auf ein für sich genommen nicht nach Art. 72 II GG erforderliches Förderinstrument erstrecken, wenn die **Instrumente objektiv in einem sachlichen Unteilbarkeitsverhältnis** stehen.

Das Bundesverfassungsgericht hat das umstrittene Betreuungsgeld mit Urteil vom 21.07.2015 gekippt. Die entsprechenden Regelungen des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes seien nichtig. Denn dem Bund fehle für das Betreuungsgeld die Gesetzgebungskompetenz. Zuständig für die Leistung seien die Länder (Az.: 1 BvF 2/13).

*„Die Regelungen zum Betreuungsgeld sind dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge im Sinne des Art. 74 I Nr. 7 GG zuzuordnen. Ein anderer Kompetenztitel kommt nicht in Betracht.“*

*„Der Begriff der **öffentlichen Fürsorge** in Art. 74 I Nr. 7 GG ist nicht **eng auszulegen**. Er setzt voraus, dass eine besondere **Situation zumindest potenzieller Bedürftigkeit** besteht, auf die der Gesetzgeber reagiert. Dabei genügt es, wenn eine - sei es auch nur typisierend bezeichnete und nicht notwendig akute Bedarfslage im Sinne einer mit besonderen Belastungen einhergehenden Lebenssituation besteht, auf deren Beseitigung oder Minderung das Gesetz zielt.“*

*Die angegriffenen Regelungen erfüllen diese Voraussetzungen. Mit der Schaffung eines Betreuungsgeldanspruchs wollte der Gesetzgeber auf die **Belastung von Familien mit Kleinkindern** und eine damit verbundene besondere Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit reagieren (vgl. BTD Drucks 17/9917, S. 8 rechte Spalte). Dabei durfte er von einem typischerweise in dieser Altersphase auftretenden besonderen **Aufwand bei der Betreuung von Kleinkindern** ausgehen, ohne hinsichtlich seiner Gesetzgebungskompetenz etwa danach differenzieren zu müssen, ob Bezieher der Leistung im Einzelfall wirtschaftlich bedürftig sind.“ (BVerfG aaO.)*

Allerdings sind die Voraussetzungen des Art. 72 II GG nicht erfüllt.

*„Nach Art. 72 II GG hat der Bund auf den dort genannten Gebieten das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich machen. Dies ist hier nicht der Fall. Auch die von der Bundesregierung und der Bayerischen Staatsregierung im Rahmen dieses Normenkontrollverfahrens eingebrachte Überlegung, das Betreuungsgeld sei im Verbund mit dem Kinderförderungsgesetz kompetenzrechtlich als Ausdruck eines Gesamtkonzepts zu betrachten, vermag die Erforderlichkeit der angegriffenen Regelungen nach Art. 72 II GG nicht zu begründen.“*

*Die angegriffenen Regelungen sind unter keinem der drei in Art. 72 II GG genannten Gesichtspunkte erforderlich.“ (BVerfG aaO.)*

Das Gesetz ist daher schon formell verfassungswidrig.

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 213 Alt. 1

### Verjährungshemmung Wechsel zwischen den Gewährleistungsrechten

SR BT

(BGH in WM 2015, 1490; Urteil vom 29.04.2015 – VIII ZR 180/14)

1. Für die Frage, ob ein von § 213 Alt. 1 BGB erfasster Fall **elektiver Konkurrenz mehrerer Ansprüche** vorliegt, ist allein maßgeblich, dass das Gesetz dem Gläubiger generell mehrere, einander ausschließende Ansprüche zur Auswahl stellt. Daher werden von der dort angeordneten Erstreckung der Wirkung verjährungshemmender oder den Neubeginn der Verjährung auslösender Maßnahmen **sämtliche in § 437 BGB aufgeführten kaufrechtlichen Nacherfüllungs- und Gewährleistungsrechte** erfasst, die auf demselben Mangel beruhen.
2. Die in § 213 Alt. 1 BGB angeordnete **Wirkungserstreckung** gilt auch dann, wenn die wahlweise bestehenden Ansprüche in ihrem Umfang **über den mit der Klage geltend gemachten Anspruch hinausgehen**.

**Fall:** Mit schriftlichem Kaufvertrag vom 06.01.2007 kaufte die Kl. als Privatperson von der Bekl. den Wallach „Calvido“ zu einem Preis von 40.000 € und gegen Übereignung des mit einem Wert von 8.000 € angesetzten Pferdes „Little Foot“. Nach § 2 des Kaufvertrags ist hinsichtlich der gesundheitlichen Beschaffenheit des Wallachs der Gesundheitszustand vereinbart worden, der sich aus der Untersuchung durch den Tierarzt Dr. K ergibt. Dieser hatte das Pferd am 02.01.2007 einer „Ankaufs-/Verkaufsuntersuchung“ unterzogen und keine Auffälligkeiten bei den verschiedenen Gangarten festgestellt. Mit anwaltlichem Schreiben vom 21.06.2007 ließ die Kl. unter Hinweis darauf, dass das Pferd an einer Hufrollenerkrankung leide und chronisch lahm sei, den Rücktritt vom Kaufvertrag erklären. An diesem Begehren hielt sie jedoch nicht fest, sondern verlangte mit Anwaltsschreiben vom 15.01.2008 die Minderung des Kaufpreises i.H.v. 15.000 €.

Mit ihrer am 15.09.2008 beim LG eingegangenen Klage hat die Kl. die Verurteilung der Bekl. auf Zahlung eines Minderungsbetrags von 15.000 € nebst Zinsen und auf Erstattung außergerichtlicher Anwaltskosten begehrt. Auf den gerichtlichen Hinweis, dass es sich bei der Rücktrittserklärung um ein Gestaltungsrecht handele, weswegen im Falle seiner berechtigter Ausübung der Übergang auf eine Minderung ausgeschlossen sei, hat sie die Klage mit am 19.02.2013 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz geändert. Sie hat die Bekl. nun – gestützt auf den am 21.06.2007 erklärten Rücktritt – auf Rückzahlung von 48.000 € nebst Zinsen (gezahlter Kaufpreis zuzüglich Wert des Pferdes „Little Foot“) Zug um Zug gegen Herausgabe des Pferdes „Calvido“. Die Bekl. hat die Einrede der Verjährung erhoben. Zu Recht?

Die Klägerin könnte Ansprüche haben auf Rückzahlung des Kaufpreises, Zug um Zug gegen Herausgabe des gekauften Pferdes gem. §§ 437 Nr. 2, 346 ff. BGB und auf Ersatz künftig getätigter notwendiger Verwendungen gem. §§ 437 Nr. 2, 347 BGB.

Fraglich ist allein noch, ob die Bekl. nach § 214 I BGB berechtigt, die von ihr gem. §§ 437 Nr. 2, 346 I, 348 BGB geschuldete Rückzahlung des Kaufpreises wegen eingetretener Verjährung zu verweigern.

#### I. Verjährungsfrist

Der Anspruch auf Rückzahlung Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des gekauften Pferdes entsteht mit der wirksamen Ausübung des Rücktrittsrechts mit anwaltlichem Schreiben vom 21.06.2007.

„[Dieser] Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises [unterliegt] der **dreijährigen Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB** (vgl. Senat, BGHZ 170, 31 = NJW 2007, 674 Rn. 37). Die Verjährungsfrist wäre demnach bei ungestörtem Verlauf mit Verstreichen des 31.12.2010 abgelaufen.“ (BGH aaO.)

#### II. Hemmung der Verjährung durch Klageeinreichung

Die Verjährungsfrist könnte jedoch durch die Erhebung der am 15.09.2008 beim LG eingereichten Klage auf Rückzahlung von 15.000 € gem. § 204 I Nr. 1 BGB die Verjährung gehemmt haben. Fraglich ist jedoch, ob sich diese Hemmung nur auf den mit der Klage geltend gemachten Minderungsanspruch oder auch auf den Rückzahlungsanspruch aufgrund des wirksam erklärten Rücktritts bezieht.

„[Die] Erhebung einer Klage hemmt die Verjährung nach § 204 I Nr. 1 BGB **nur für Ansprüche in der Gestalt und in dem Umfang, wie sie mit der Klage geltend gemacht** werden (stRspr; vgl. BGH, NJW 2007, 2560 Rn. 15; NJW-RR 2010, 1683 Rn. 30, jew. m.w.N.). Maßgebend ist damit der den prozessualen Leistungsanspruch bildende **Streitgegenstand**, der bestimmt wird durch den **Klageantrag**, in dem sich die vom Kl. begehrte Rechtsfolge konkretisiert **und** den **Lebenssachverhalt**, aus dem die begehrte Rechtsfolge hergeleitet wird (BGH, NJW-RR 2010, 1683; Beschl. v. 08.03.2012 – IX ZA 33/11, BeckRS 2012, 07432 Rn. 2, jew. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Fraglich ist daher, ob der Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages denselben Streitgegenstand betrifft oder als anderer Streitgegenstand angesehen werden muss. Derselbe Streitgegenstand läge ohne Zweifel dann vor, wenn der Rückabwicklungsanspruch sogleich mit der Klage im Wege eines Hilfsantrags geltend gemacht worden wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Der Rückabwicklungsanspruch wurde erst mit Schriftsatz vom 19.02.2013.

„[Der] von der Kl. zuletzt verfolgte Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags wegen Rücktritts [betrifft] einen **anderen Streitgegenstand** als die ursprüngliche, auf Minderung gestützte Rückzahlungsklage (vgl. BGH, NJW 1990, 2682 unter 1 [zum Verhältnis von Wandelung und Minderung]). Durch den **Wechsel von der Minderungsklage zur Klage auf rücktrittsbedingte Rückgewähr** der erbrachten Leistungen wurden sowohl der Klageantrag (nunmehr Zahlung von 48.000 € und zwei Feststellungsbegehren) als auch der **Anspruchsgrund**, also der dem Anspruch zu Grunde liegende **Lebenssachverhalt** (nunmehr Ansprüche aus Rückabwicklungsverhältnis und nicht aus ursprünglichem Kaufgeschäft) geändert, so dass eine **Klageänderung nach § 263 ZPO** vorliegt (vgl. BGH, NJW 1990, 2682).“ (BGH aaO.)

Eine Hemmung der Verjährung des zuletzt von der Kl. geltend gemachten, auf Rücktritt vom Kaufvertrag gestützten Rückzahlungsbegehrens gem. § 204 I Nr. 1 BGB hätte daher nur durch die mit Schriftsatz vom 19.02.2013 eingereichte Klageänderung eintreten können. Zu diesem Zeitpunkt war die dreijährige Verjährungsfrist aber schon lange abgelaufen.

### III. Hemmung der Verjährung nach § 213 BGB

Allerdings könnte sich die Hemmung der Verjährung des Minderungsrechts nach § 213 BGB auf den Rückabwicklungsanspruch erstreckt haben.

#### 1. Regelungsgehalt des § 213 BGB

§ 213 BGB dehnt die Wirkung verjährungshemmender Maßnahmen (§§ 203 ff. BGB) auch auf Ansprüche aus, „die aus demselben Grunde wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind“.

„Für den Fall einer **Klageerhebung** bedeutet dies, dass sich unter den genannten Voraussetzungen die gem. § 204 I Nr. 1 BGB auf den Streitgegenstand beschränkte Hemmungswirkung **auch auf nicht streitgegenständliche Ansprüche** erstreckt, soweit diese wahlweise **neben oder alternativ** zu dem verfolgten Anspruch bestehen. Dementsprechend greift die Vorschrift des § 213 BGB in diesen Fällen immer dann ein, wenn die Verjährung von Ansprüchen in Frage steht, die sich hinsichtlich des **Klageantrags** oder hinsichtlich des der Klage zu Grunde liegenden **Lebenssachverhalts** von dem geltend gemachten prozessualen Anspruch unterscheiden (vgl. BT-Drs. 14/6040, 121 a.E.; MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl., § 213 Rn. 1).“ (BGH aaO.)

#### 2. Anwendbarkeit bei im Zeitpunkt der Klage ausgeschlossener Wahlmöglichkeit zwischen den verschiedenen Rechten

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen dann gegeben sind, wenn der Käufer zunächst ein Minderungsrecht verjährungshemmend durch Klage geltend macht und dann später auf den Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages nach schon zuvor erklärtem Rücktritt übergeht.

##### a) Wortlautauslegung

Der Wortlaut könnte dahingehend auszulegen sein, dass die in § 213 BGB verwendeten Begriffe „Ansprüche, die aus demselben Grund wahlweise neben dem Anspruch [...] gegeben sind“ nur dann greifen, wenn der Gläubiger noch zum Zeitpunkt der Vornahme der verjährungshemmenden Maßnahme (hier: Erhebung der Minderungsklage) die Wahlmöglichkeit zwischen mehreren auf das gleiche Interesse gerichteten Ansprüchen hat.

„Eine solche **zeitliche Einschränkung** nimmt der Gesetzeswortlaut aber **nicht vor**. Es ist nur die Rede davon, dass die Hemmungswirkung auch weitere Ansprüche erfasst, die entweder wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind. Die Vorschrift des § 213 BGB knüpft damit **nach ihrem Wortlaut** allein daran, dass das Gesetz dem Gläubiger für eine bestimmte Situation

nicht nur einen einzigen Anspruch einräumt, sondern **mehrere, sich gegenseitig ausschließende Ansprüche.**“ (BGH aaO.)

## b) Entstehungsgeschichte

Die Zielsetzungen des Gesetzgebers sind für die Auslegung ebenfalls maßgeblich.

„Bei der Schaffung der mit der Schuldrechtsreform neu eingeführten Verjährungsregelung des § 213 BGB hat sich der Gesetzgeber den schon nach bisher geltendem Recht dem Käufer und dem Besteller einer Werkleistung gewährten Schutz vor einer Verjährung der miteinander konkurrierenden Ansprüche auf Minderung und auf Wandelung (§§ 477 III, 639 I BGB aF) zum Vorbild genommen (BT-Drs. 14/6040, 91, 121). Den genannten Vorschriften lag die **Erwägung** zu Grunde, der Käufer oder Besteller, der nur **einen von mehreren** ihm vom Gesetz eröffneten Gewährleistungsansprüchen geltend mache, solle **nicht Gefahr laufen, dass bei Abweisung dieses Anspruchs die übrigen auf demselben Mangel beruhenden Ansprüche verjähren** (vgl. Senat, BGHZ 39, 287 [293] = NJW 1963, 1452 m.w.N.). Diesen bislang nur auf die kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche der Minderung und der Wandelung beschränkten Gedanken, der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf bestimmte weitere Fallgestaltungen ausgedehnt worden war, hat der Gesetzgeber mit § 213 BGB **zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz umgestaltet** (BT-Drs. 14/6040, 121; BGH, NJW 2010, 1284 Rn. 49; BAG, NJW 2014, 717 Rn. 28; Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, Neubearb. 2014, § 213 Rn. 1).

Das damit verfolgte **Anliegen des Gesetzgebers** besteht darin, einen Gläubiger in verjährungsrechtlicher Hinsicht vor den Folgen eines Fehlgriffs in einer Situation zu bewahren, in der er an sich mehrere Ansprüche geltend machen könnte, das eine Begehren aber das andere – oder die anderen – ausschließt (Staudinger/Peters/Jacoby, § 213 Rn. 4, 6; vgl. BT-Drs. 14/6040, 121 f.; BGH, NJW 2010, 1284; BAG, NJW 2014, 717 Rn. 34). Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber die Reichweite der in § 213 BGB angeordneten **Wirkungserstreckung bewusst weit gefasst**. Die für einen geltend gemachten Anspruch bewirkten verjährungshemmenden oder den Neubeginn der Verjährung auslösenden Maßnahmen sollen sich ausweislich der Gesetzesmaterialien in all den Fällen auf sämtliche Ansprüche erstrecken, in denen das Gesetz einem Gläubiger von vornherein mehrere, zwar auf das gleiche Interesse gerichtete, aber inhaltlich verschiedene Ansprüche zur Wahl stellt (**elektive Konkurrenz**) oder es ihm zumindest in Verfolgung des gleichen wirtschaftlichen Interesses ermöglicht, von einem Anspruch zum anderen überzugehen (vgl. BT-Drs. 14/6040; BT-Drs. 14/6857, 10, 46). Insbesondere soll ein Gläubiger, der sich für die gerichtliche Geltendmachung eines dieser Ansprüche entscheidet, **nicht gezwungen sein, sich im Prozess durch die Stellung von Hilfsanträgen vor der Verjährung der weiteren Ansprüche zu schützen** (BT-Drs. 14/6040, 121; BAG, NJW 2014, 717).“ (BGH aaO.)

Demnach ist allein darauf abzustellen, ob das Gesetz dem Gläubiger **generell mehrere, einander ausschließende Ansprüche zur Auswahl** stellt. Auf die Fragen ob eine an sich gegebene Wahlmöglichkeit zu dem Zeitpunkt nicht mehr eröffnet war, kommt es nicht an.

## 3. Anwendbarkeit auf Rücktritt und Minderung

Für die vorliegende Frage ist zudem relevant, dass es sich bei Rücktritt und Minderung nicht um Ansprüche handelt, die der Verjährung unterliegen, sondern um Gestaltungsrechte.

„Die verjährungsrechtliche Regelung des § 213 BGB kann sich daher **nicht auf die Gestaltungsrechte der Minderung und des Rücktritts selbst**, sondern nur auf die im Falle ihrer Ausübung entstehenden – von der Verweisungsnorm des § 437 Nr. 2 BGB mitumfassten – Ansprüche beziehen.

Folgerichtig hat der Gesetzgeber im Hinblick darauf, dass gem. § 194 I BGB nur Ansprüche der Verjährung unterliegen und deswegen die **Gestaltungsrechte der Minderung und des Rücktritts selbst unverjährbar** sind, die – nicht als verjährungsrechtliche Vorschriften einzustufenden (BGH, NJW 2010, 1284 Rn. 40) – Sonderregelungen der §§ 438 IV, V, 634 a IV, V, 218 I 1 BGB geschaffen. Diese sehen vor, dass die **Ausübung der genannten Gestaltungsrechte unwirksam** ist, wenn der hypothetische (Nach)erfüllungsanspruch verjährt wäre (Senat, BGHZ 170, 31 = NJW 2007, 674 Rn. 34). Dagegen sind die **aus der Ausübung dieser Gestaltungsrechte resultierenden Ansprüche der dreijährigen Regelverjährungsfrist** der §§ 195, 199 BGB unterworfen (vgl. Senat, BGHZ 170, 31 = NJW 2007, 674 Rn. 35 ff.).

Die **Unanwendbarkeit verjährungsrechtlicher Vorschriften auf die Gestaltungsrechte Rücktritt und Minderung** gilt auch hinsichtlich der Bestimmung des § 213 BGB, die nach ihrem eindeutigen Wortlaut ebenfalls nur Ansprüche, nicht aber Rechte erfasst. **Verjährenbare Ansprüche** i.S.d. § 213 Alt. 1 BGB können damit neben den in § 437 Nr. 1 und Nr. 3 BGB aufgeführten Ansprüchen nur die durch Rücktritt oder Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB) begründbaren – und von der Verweisungsnorm des § 437 Nr. 2 BGB mitumfassten – **Rückzahlungsansprüche** (§§ 346 ff., 441 IV BGB) darstellen.“ (BGH aaO.)

#### 4. Anwendung auf den Fall

Demnach hat die Klageeinreichung am 15.09.2008, mit welcher der Minderungsanspruch geltend gemacht wurde gem. §§ 213, 204 I Nr. 1 BGB auch die Verjährung der sich aus dem Rücktritt vom Kaufvertrag ergebenden Rückgewähransprüche gehemmt.

*„Diese Hemmungswirkung entfiel zwar gem. §§ 213, 204 II 1 BGB sechs Monate nach Wegfall der Rechtshängigkeit der Minderungsklage, der mit dem – gem. § 167 ZPO rückwirkend zum 19.02.2013 erfolgten – Rechtshängig werden der auf den Rücktritt gestützten Klage bewirkt wurde (vgl. BGH, NJW 1990, 2682 [unter 1 a]). Mit der Rechtshängigkeit der geänderten Klage trat aber gem. § 204 I Nr. 1 BGB erneut eine – noch andauernde – Hemmung der Verjährung ein.“* (BGH aaO.)

Allerdings stellt sich die Frage, welchem Umfang diese Verjährungshemmung hat, da mit der Minderungsklage nur ein Betrag von 15.000 € eingeklagt wurde, während der Rückzahlungsanspruch auf einen erheblich höheren Betrag geht.

*„Anders als das BerGer. meint, erstreckte sich die Hemmungswirkung der Minderungsklage gem. §§ 213, 204 I Nr. 1, II BGB nicht nur auf den ursprünglich eingeklagten Betrag von 15.000 €, sondern auf sämtliche später im Wege der Klageänderung geltend gemachten Rückgewähransprüche. Der BGH hat schon für die Bestimmung des § 477 III BGB a.F. ausgeführt, diese Vorschrift enthalte eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass eine Klage die Verjährung nur für Ansprüche in der Gestalt und in dem Umfang unterbreche, wie sie mit der Klage geltend gemacht würden (Senat, BGHZ 39, 287 = NJW 1963, 1452; BGHZ 58, 30 [39 f.] = NJW 1972, 526; BGHZ 66, 142 [147] = NJW 1976, 960). Dementsprechend hat er entschieden, dass eine Klage auf Mängelbeseitigung oder auf Ersatz der hierfür anfallenden Kosten gem. §§ 639 I, 477 III BGB a.F. über die Höhe des eingeklagten Anspruchs hinaus die Verjährung aller anderen in § 638 BGB a.F. genannten Ansprüche unterbreche (BGHZ 66, 142 = NJW 1976, 960; BGHZ 58, 30 [39] = NJW 1972, 526).*

*Für die Bestimmung des § 213 BGB, die die Sonderregelungen der §§ 477 III, 639 I BGB a.F. zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz erhebt, gilt Entsprechendes.“* (BGH aaO.)

Folglich ist keine Verjährung der von der Kl. zuletzt geltend gemachten Ansprüche auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 40.000 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Pferdes (nebst Zinsen) eingetreten. Hieraus folgt weiter, dass die Kl. auch die Feststellung des Verzugs der Bekl. mit der Rücknahme des Wallach verlangen kann (§ 293 BGB, §§ 756, 765 ZPO).

#### IV. Anspruch auf notwendige Verwendungen

Dieses Ergebnis könnte auch für den von der Kl. erhobenen Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht der Bekl. für alle künftig entstehenden notwendigen Verwendungen für die Unterhaltung des Pferdes gelten.

*„Solche Aufwendungen kann die Kl., die wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten ist, gem. § 347 II 1 BGB bei Rückgabe des Pferdes ersetzt verlangen (vgl. Senat, BGHZ 170, 31 = NJW 2007, 674 Rn. 41 f.). Dieser Anspruch stellt keine Nebenleistung zum Kaufpreistrückzahlungsanspruch dar, so dass – anders als das BerGer. meint – für ihn nicht § 217 BGB gilt. Vielmehr unterliegt er – als ein weiterer sich aus dem Rückgewährschuldverhältnis ergebender (selbstständiger) Anspruch – ebenfalls der dreijährigen Regelverjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB (Senat, BGHZ 170, 31 = NJW 2007, 674 Rn. 42). Der Ablauf dieser Frist wurde – wie oben ausgeführt – rechtzeitig gehemmt.“* (BGH aaO.)

#### V. Ergebnis:

Die Verjährung steht den geltend gemachten Ansprüchen nicht entgegen.

**BGB Schadensersatz nach Verkehrsunfall nach Gutachten SR BT**  
**§§ 249 II 1, 254 II 1 Verweisung auf Reparatur in freier Fachwerkstatt**

(BGH in DAR 2015, 385; Urteil vom 28.04.2015 – VI ZR 267/14)

1. Der Schädiger kann den Geschädigten gem. § 254 II BGB auf eine günstigere Reparaturmöglichkeit in einer **müheles und ohne Weiteres zugänglichen „freien Fachwerkstatt“** verweisen, wenn er darlegt und beweist, dass eine Reparatur in dieser Werkstatt vom **Qualitätsstandard** her der Reparatur in einer markengebundenen Werkstatt entspricht und wenn er gegebenenfalls vom Geschädigten aufgezeigte Umstände widerlegt, die diesem eine Reparatur außerhalb einer markengebundenen Werkstatt unzumutbar machen würden.
2. Unzumutbar ist eine Reparatur in einer „freien Fachwerkstatt“ für den Geschädigten insbesondere dann, wenn sie **nur deshalb kostengünstiger** ist, weil ihr nicht die (markt-)üblichen Preise dieser Werkstatt, sondern auf vertraglichen Vereinbarungen mit dem Haftpflichtversicherer des Schädigers beruhende **Sonderkonditionen** zu Grunde liegen.
3. Der **Schädiger** bzw. dessen Haftpflichtversicherer hat **darzulegen und zu beweisen**, dass die von ihm benannte „freie Fachwerkstatt“ für die Reparaturen am Fahrzeug des Geschädigten ihre (markt-)üblichen, das heißt **allen Kunden zugänglichen Preise zu Grunde legt**.
4. Allein der Umstand, dass die fragliche „freie Fachwerkstatt“ mit dem Haftpflichtversicherer in Bezug auf Reparaturen von **Kaskoschäden seiner Versicherungsnehmer** vertraglich verbunden ist, lässt eine Verweisung auf sie nicht unzumutbar erscheinen.

**A. Verständnisgrundlagen: Abrechnung nach Gutachten bei Verkehrsunfällen**

Es stellt sich häufig die Frage, ob der Geschädigte die Reparaturkosten nach Gutachten dann in voller Höhe abzüglich Mehrwertsteuer verlangen kann, wenn er das Fahrzeug **tatsächlich preiswerter oder gar nicht reparieren** lässt.

Zu berücksichtigen ist bei dieser Frage, dass es völlig unbillig wäre, den Schädiger nur deswegen besser zu stellen, weil auf der Seite des Geschädigten zufällig Umstände eintreten, die die Kosten gesenkt haben. Insofern handelt es sich um **überobligatorische Aufwendungen** auf Seiten des Geschädigten. Er hat einen rechtlichen Anspruch auf Durchführung der Reparatur in einer **markengebundenen Fachwerkstatt** und kann auch die fiktiven Reparaturkosten danach berechnen (vgl. BGH NJW 2003, 2086). Die Reparaturkosten können daher **nicht** nach dem **abstrakten Mittelwert der Stundenverrechnungssätze aller repräsentativen Marken- und freien Fachwerkstätten einer Region** bemessen werden.

Allerdings ist es dann erforderlich, dass das Fahrzeug **fachgerecht und vollständig repariert** wird, auch wenn eine Selbstreparatur vorgenommen werden darf. Hinsichtlich des Reparaturbedarfs hat sich der Geschädigte an den im Schadensgutachten enthaltenen fachhandwerklichen Vorgaben zu orientieren. Bei einer nur die **Fahrbereitschaft** wiederherstellenden Teilreparatur kommt ein **schutzwürdiges Integritätsinteresse** des Geschädigten **nicht in Betracht**. In einem solchen Fall ist der für die Schadensbehebung erforderliche Geldbetrag bis zum Wiederbeschaffungswert ohne Abzug des Restwertes zu erstatten (vgl. BGH NJW 2005, 1108 und 1110).

Zudem kommt der 30 %-Aufschlag zur Wahrung des Integritätsinteresses nur in Betracht, wenn das Fahrzeug auch tatsächlich über einen längeren Zeitraum weitergenutzt wird. Der BGH hält hier eine Zeitspanne von 6 Monaten für erforderlich (vgl. BGH NJW 2008, 437).

**B. Voraussetzungen für Verweis auf Reparatur in freier Fachwerkstatt (vgl. BGH in DAR 2015, 385)**

**Fall:** Der Kl. nimmt die Bkl. als Haftpflichtversicherer seines Unfallgegners auf Ersatz restlichen Sachschadens aus einem Verkehrsunfall vom 15.07.2010 in H. in Anspruch, bei dem sein Fahrzeug, ein zum Unfallzeitpunkt fast fünf Jahre alter Mercedes E 220 CDI mit einer Laufleistung von ca. 75.000 km, beschädigt wurde. Die Haftung der Bkl. mit einem Anteil von 70 % steht dem Grunde nach außer Streit. Die Parteien streiten nur noch über die Frage, ob sich der Kl. im Rahmen der fiktiven Abrechnung seines Fahrzeugschadens auf

niedrigere Stundenverrechnungssätze dreier von der Bekl. benannter, nicht markengebundener Fachwerkstätten verweisen lassen muss oder ob er auf der Grundlage des von ihm eingeholten Sachverständigen-gutachtens die Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen Vertragswerkstatt des Kraftfahrzeugherstellers erstattet verlangen kann.

Nach dem vom Kl. eingeholten Sachverständigen-gutachten belaufen sich die erforderlichen Reparaturkosten unter Zugrundelegung der Verrechnungssätze einer markengebundenen Vertragswerkstatt auf 8.049,54 € netto. Die Bekl. legt ihrer Schadensberechnung die günstigeren Stundenverrechnungssätze einer der drei von ihr benannten „freien Fachwerkstätten“ zu Grunde, wobei sie mit zu veranschlagenden Reparaturkosten von 6.058,53 € netto die günstigste der drei benannten, die S-Autolackierbetrieb-OHG, heranzieht. 70 % des Differenzbetrags, mithin 1.393,70 €, sind Gegenstand der vorliegenden Klage. Bei zwei der von der Bekl. benannten Reparaturbetriebe, der S-Autolackierbetrieb OHG und der FS-GmbH Lackier- und Karosseriefachbetrieb, handelt es sich um Partnerwerkstätten der Bekl., mit denen sie zur Regulierung von Schäden im Rahmen von Kaskoversicherungen mit Werkstattbindung vertragliche Beziehungen unterhält. Die Partnerwerkstätten haben sich verpflichtet, die mit der Bekl. vereinbarten Sonderkonditionen im Verhältnis zum jeweiligen Versicherungsnehmer der Bekl. anzuwenden, wenn sie eine „Dienstleisterbeauftragung“ bekommen haben, das heißt vom Versicherungsnehmer infolge der Werkstattbindung im Rahmen des Kaskoversicherungsvertrags mit der Reparatur seines Fahrzeugs beauftragt werden. Bei der Firma A-GmbH Auto-Service P-GmbH handelt es sich um keine Partnerwerkstatt. Sie verfügt in H. nur über eine „Annahmehalle“, in der eine Bestandsaufnahme erfolgen kann und kleinere Reparaturen und Ausbesserungsarbeiten durchgeführt werden können. Ihre Werkstatt zur Durchführung aufwendigerer Reparaturen befindet sich im ca. 130 km entfernten P.

Muss sich der Kl. auf die freien Fachwerkstätten verweisen lassen?

### I. Grundsätzlicher Anspruch auf Abrechnung nach den Stundenverrechnungssätzen einer markengebundenen Fachwerkstatt nach § 249 II 1 BGB

Der Geschädigte darf, sofern die **Voraussetzungen für eine fiktive Schadensberechnung** vorliegen, dieser grundsätzlich die üblichen Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen Fachwerkstatt zu Grunde legen, die ein von ihm eingeschalteter Sachverständiger **auf dem allgemeinen regionalen Markt** ermittelt hat (Senat, BGHZ 155, 1 [3 f.] = NJW 2003, 2086; BGHZ 183, 21 = NJW 2010, 606 Rn. 7 f.; NJW 2010, 2727 = VersR 2010, 1096 Rn. 6 und NJW 2010, 2725 = VersR 2010, 1097 Rn. 6; NJW 2014, 3236 = NZV 2015, 182 Rn. 8).

„Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats besteht in der Regel ein Anspruch des Geschädigten auf Ersatz der in einer markengebundenen Vertragswerkstatt anfallenden Reparaturkosten **unabhängig davon, ob der Geschädigte den Wagen tatsächlich voll, minderwertig oder überhaupt nicht reparieren lässt** (Senat, BGHZ 155, 1 [3] = NJW 2003, 2086 m.w.N.; NJW 2014, 3236 = NZV 2015, 182 Rn. 8; vgl. auch Senat, BGHZ 66, 239 [241] = NJW 1976, 1396).“ (BGH aaO.)

### II. Schadensminderungspflicht nach § 254 II 1 BGB

Allerdings ist der Geschädigte nach § 254 II 1 BGB zur Schadensminderung verpflichtet. Daher ist Verweis des Schädigers auf eine günstigere Reparaturmöglichkeit in einer mühelos und ohne weiteres zugänglichen „freien Fachwerkstatt“ grundsätzlich möglich.

„[Dies setzt voraus, dass] der Schädiger **darlegt und gegebenenfalls beweist**, dass eine Reparatur in dieser Werkstatt vom **Qualitätsstandard** her der Reparatur in einer markengebundenen Fachwerkstatt entspricht und wenn er gegebenenfalls vom Geschädigten aufgezeigte **Umstände widerlegt**, die diesem eine Reparatur außerhalb der markengebundenen Fachwerkstatt **unzumutbar** machen (Senat, BGHZ 183, 21 = NJW 2010, 606 Rn. 13; NJW 2010, 2118 = VersR 2010, 923 Rn. 9, 11; NJW 2010, 2727 = VersR 2010, 1096 Rn. 7 und NJW 2010, 2725 = VersR 2010, 1097 Rn. 7; NJW 2010, 2941 = VersR 2010, 1380 Rn. 7; NJW 2013, 2817 = VersR 2013, 876 Rn. 8; NJW 2014, 3236 = NZV 2015, 182 Rn. 8).

**Unzumutbar** ist eine Reparatur in einer „freien Fachwerkstatt“ für den Geschädigten im Allgemeinen dann, wenn das beschädigte **Fahrzeug im Unfallzeitpunkt nicht älter als drei Jahre** war. Auch bei Kraftfahrzeugen, die älter sind als drei Jahre, kann es für den Geschädigten unzumutbar sein, sich auf eine technisch gleichwertige Reparaturmöglichkeit außerhalb der markengebundenen Fachwerkstatt verweisen zu lassen. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Geschädigte sein Fahrzeug **bisher stets in einer markengebundenen Fachwerkstatt hat warten und reparieren lassen** (vgl. Senat, NJW 2010, 2941 = VersR 2010, 1380 Rn. 8; NJW 2010, 2727 = VersR 2010, 1096 Rn. 7). Unzumutbar ist eine Reparatur in einer „freien Fachwerkstatt“ für den Geschädigten weiter dann, wenn sie **nur deshalb kostengünstiger** ist, weil ihr nicht die (markt-)üblichen Preise dieser Werkstatt, sondern auf vertraglichen Vereinbarungen mit dem Haftpflichtversicherer des Schädigers beruhende **Sonderkonditionen** zu Grunde liegen. Andernfalls würde die dem Geschädigten nach § 249 II 1 BGB zustehende Ersetzungsbefugnis unterlaufen, die ihm die Möglichkeit der **Schadensbehebung in eigener Regie eröffnet** und ihn davon befreit, die beschädigte Sache dem Schädiger oder einer von ihm ausgewählten Person zur Reparatur anvertrauen zu müssen (vgl. Senat, BGHZ 183, 21 Rn. 13; NJW 2010, 2725 = VersR 2010, 1097 Rn. 7; NJW 2014, 2874 = VersR 2014, 849 Rn. 29).“ (BGH aaO.)

### III. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob der Kl. sich nach diesen Maßstäben im vorliegenden Fall auf die Reparaturmöglichkeit in einer freien Fachwerkstatt verweisen lassen muss.

#### 1. Verweis auf Firma A-GmbH Auto-Service P-GmbH

Dieser Verweis könnte unzumutbar sein. Zwar befindet sich die Annahmestelle in der Nähe. Die Reparatur selbst würde jedoch 130 km entfernt durchgeführt.

*„Nach der Rechtsprechung des Senats ist dem Geschädigten die Reparatur in einer „freien Fachwerkstatt“ nur dann zuzumuten, wenn diese **müheles und ohne Weiteres zugänglich** ist (vgl. Senat, NJW 2010, 2727 = VersR 2010, 1096 Rn. 7 und NJW 2010, 2725 = VersR 2010, 1097 Rn. 7; NJW 2010, 2941 = VersR 2010, 1380 Rn. 16; NJW 2013, 2817 = VersR 2013, 876 Rn. 8; NJW 2014, 535 = VersR 2014, 214 Rn. 9; NJW 2014, 3236 = NZV 2015, 182 Rn. 8). Nach den Feststellungen des BerGer. befindet sich in H., **am Wohnsitz des Kl., nur eine Annahmestelle** der Fachwerkstatt, für größere Reparaturen wie im Streitfall müsste das Kraftfahrzeug – allerdings ohne zusätzliche Kosten für den Kl. – in das ca. 130 km entfernte P. transportiert werden. Auf dieser Grundlage durfte sich das auch im Rahmen des § 254 II 1 BGB nach § 287 ZPO besonders freigestellte BerGer. (vgl. dazu Senat, NJW 2010, 2941 = VersR 2010, 1380 Rn. 13) ohne Rechtsfehler die Überzeugung bilden, dass diese Werkstatt für den Kl. nicht müheles und ohne weiteres erreichbar ist. Dies kann nämlich grundsätzlich nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls entschieden werden. Dabei kann ein Anhaltspunkt die **Entfernung zwischen dem Wohnort des Geschädigten und einer markengebundenen Fachwerkstatt** sein (vgl. Senat, NJW 2010, 2118 = VersR 2010, 923 Rn. 12), darüber hinaus können sich Anhaltspunkte aus dem **zusätzlichen Zeitaufwand** für den Transport und die **Gefahr zusätzlicher Schäden** bei längeren Transportstrecken ergeben, wie das BerGer. zutreffend erkannt hat. Von Bedeutung für diese Bewertung ist auch der dem Geschädigten zugemutete Aufwand bei der **Geltendmachung etwaiger Nacherfüllungsansprüche** im Rahmen der Gewährleistung bei mangelhaften Reparaturleistungen.“ (BGH aaO.)*

Die Verweisung auf die Firma A-GmbH Auto-Service P-GmbH ist daher unzumutbar.

#### 2. Verweis auf die S-Autolackierbetrieb OHG und die FS-GmbH Lackier- und Karosseriefachbetrieb

Die Unzumutbarkeit könnte sich daraus ergeben, dass die S-Autolackierbetrieb OHG und die FS-GmbH Lackier- und Karosseriefachbetrieb Partnerwerkstätten der Bkl. sind.

*„Allein der Umstand, dass die S-Autolackierbetrieb OHG und die FS-GmbH Lackier- und Karosseriefachbetrieb mit der Bkl. für die **Reparaturen in Kaskoschadensfällen** von deren Versicherungsnehmern dauerhaft vertraglich verbunden sind, lässt eine Verweisung auf sie nicht unzumutbar erscheinen. Wie der Senat bereits entschieden hat, ist eine Reparatur in einer „freien Fachwerkstatt“ dann unzumutbar, wenn sie **nur deshalb kostengünstiger** ist, weil ihr **nicht die (markt-)üblichen Preise** dieser Werkstatt, sondern auf vertraglichen Vereinbarungen mit dem Haftpflichtversicherer beruhende Sonderkonditionen zu Grunde liegen (Senat, NJW 2010, 2725 = VersR 2010, 1097 Rn. 7). Wenn der **Schädiger oder sein Haftpflichtversicherer darlegen und beweisen** können, dass die von ihnen benannte „freie Fachwerkstatt“ für die Reparaturen am Kraftfahrzeug des Geschädigten ihre (markt-)üblichen, das heißt **allen Kunden zugänglichen Preise zu Grunde legt**, wie hier für das Revisionsverfahren zu unterstellen ist, hindert eine Vereinbarung von Sonderkonditionen für Versicherungsnehmer des Haftpflichtversicherers die Verweisung nicht. Etwaigen, vom BerGer. angesprochenen Interessenkollisionen kann im Rahmen der Beweisaufnahme nachgegangen und im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung getragen werden.“ (BGH aaO)*

Diese Feststellungen wurden jedoch nicht getroffen. Das Berufungsurteil wurde vom BGH aufgehoben und die Sache an das BerGer. zurückverwiesen, damit es die insoweit und gegebenenfalls zur Frage der Gleichwertigkeit der Reparaturen erforderlichen Feststellungen treffen kann.

(BGH in NJW 2015, 2131; Urteil vom 23.04.2015 – 4 StR 607/14)

1. Einen solchen Angriff verübt, wer **in feindseliger Absicht** auf dieses Rechtsgut einwirkt. Ausreichend, aber auch erforderlich ist eine gegen die **Entschlussfreiheit** gerichtete Handlung, sofern das Opfer jeden-falls deren **objektiven Nötigungscharakter** wahrnimmt; die feindliche Willensrichtung des Täters braucht das Opfer dagegen nicht erkannt zu haben.
2. Fälle vorgetäuschter Polizeikontrolle unterscheiden sich substanziell von bloßen Vortäuschungen allgemein motivierender Umstände. Sie entsprechen vielmehr der Konstellation einer Straßensperre. Denn dem Kraftfahrzeugführer ist bei der Einwirkung durch das Haltezeichen eines Polizeibeamten **kein Ermessen** eingeräumt; er ist vielmehr bei Androhung von Geldbuße (§ 49 III Nr. 1 StVO) **verpflichtet, Haltezeichen Folge zu leisten**.
3. Auf die Entschlussfreiheit eines Kraftfahrzeugführers wird daher bereits dann durch einen **Angriff eingewirkt**, wenn vom **Täter eines geplanten Raubes eine Polizeikontrolle vorgetäuscht** wird und sich der Geschädigte dadurch **zum Anhalten gezwungen sieht**.
4. Ein Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs liegt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH bereits dann vor, wenn der Angriff i.S.d. § 316 a StGB zu einem Zeitpunkt erfolgt, an dem sich der **Fahrer mit dem Kraftfahrzeug im fließenden Verkehr befindet**.

**Fall:** Nach den landgerichtlichen Feststellungen überfielen die drei Angekl. M, S und Z und die gesondert Verfolgten SM und H am Tattag den Nebenkl., der einen Lkw der Firma C auf einer Transportfahrt führte. Der Angekl. S, H und SM folgten, dem gemeinsamen Tatplan entsprechend, mit einem Pkw dem vom Nebenkl. geführten, am Flughafen Frankfurt a. M. mit Produkten der Firma A beladenen Lkw auf die Bundesautobahn A 3. Die Täter fuhren kurz vor dem Rastplatz „St.“ auf der mittleren Fahrspur der Autobahn neben den Lkw. S betätigte die Hupe, H gab vom Beifahrersitz aus dem Nebenkl. durch das geöffnete Fenster per Handzeichen zu verstehen, er solle rechts herausfahren. Der Nebenkl. nahm – wie von den Tätern beabsichtigt – an, dass es sich um eine Polizeistreife in Zivil handele und eine Fahrzeugkontrolle durchgeführt werden solle. Er lenkte daher den Lkw auf den Rastplatz, hielt an und stellte den Motor ab. S brachte das von ihm geführte Fahrzeug dort ebenfalls zum Stehen. H ging auf die Fahrertür des Lkw zu und rief: „Polizeikontrolle! Papiere bitte!“ Während der Nebenkl. nach den Fahrzeugpapieren und Frachtunterlagen griff, streifte sich H eine Unterziehhaube über das Gesicht, öffnete die Fahrertür des Lkw und bedrohte den Nebenkl. mit einer nicht geladenen Pistole. Er zwang ihn, sich auf das Bett in der Kabine hinter dem Fahrersitz zu legen, wo er ihn fesselte und ihm eine Jacke über den Kopf legte. Dann fuhr er mit dem Lkw zu einem für das Umladen der Beute vorgesehenen Platz. Dort warteten die Angekl. M und Z mit einem weiteren Fahrzeug, auf das die Täter Waren im Wert von rund 450.000 € umladen.

Das LG Frankfurt a. M. hat mit Urteil vom 27.06.2013 die Angekl. des schweren Raubes in Tateinheit mit Amtsanmaßung und Kennzeichenmissbrauch schuldig gesprochen. Den Angekl. M hat das LG zu der Freiheitsstrafe von sechs Jahren und den Angekl. S zu der Freiheitsstrafe von sechs Jahren und neun Monaten verurteilt. Gegen den Angekl. Z hat es eine Freiheitsstrafe von sieben Jahren und neun Monaten verhängt. Die von der StA zu Ungunsten der Angekl. eingelegten, mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts begründeten und vom Generalbundesanwalt vertretenen Revisionen waren im Ergebnis erfolgreich; die landgerichtliche Entscheidung wurde aufgehoben, im Umfang der Aufhebung wurde die Sache an eine andere Strafkammer des LG zurückverwiesen. Die mit der Sachrüge geführte Revision des Angekl. Z erzielte lediglich einen geringen Erfolg zum Strafausspruch. Die Revisionen der Angekl. M und S blieben insgesamt ohne Erfolg.

Die Angeklagten könnten sich die Angekl. tateinheitlich auch des (gemeinschaftlichen) räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer gem. § 316 a I StGB schuldig gemacht haben.

## I. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

### 1. Vorliegen eines Angriffs

Angriff ist jede feindselige Handlung gegenüber einem geschützten Rechtsgut. Eine tatsächliche Verletzung des Rechtsgutes ist nicht erforderlich.

Durch den Übergriff auf den Nebenkl., dessen Fesselung und Bedrohung liegt ein Angriff ohne weiteres vor.

## 2. Angriff auf Leib, Leben oder die Entschlussfreiheit

Erfasst wird jede Form der Tötung, Körperverletzung oder Nötigung. Ferner fallen hierunter aber auch Täuschungen, soweit sie die Entschlussfreiheit beeinträchtigen.

Durch die vorgetäuschte Polizeikontrolle kann hier ein Angriff auf die Entschlussfreiheit des Nebenkl. als Führer des Lkw erfolgt sein (vgl. BGHSt 49, 8 [12 f.] = NJW 2004, 786 = NStZ 2004, 207; BGHR StGB § 316 a I Angriff 1 = BeckRS 1987, 31100082):

*„Einen solchen Angriff verübt, wer in feindseliger Absicht auf dieses Rechtsgut einwirkt. Ausreichend, aber auch erforderlich ist eine gegen die Entschlussfreiheit gerichtete Handlung, sofern das Opfer jedenfalls deren objektiven Nötigungscharakter wahrnimmt; die feindliche Willensrichtung des Täters braucht das Opfer dagegen nicht erkannt zu haben. Ebenfalls F ist, dass der verübte Angriff sich bereits unmittelbar gegen das Eigentum bzw. das Vermögen des Opfers richtet.“* (BGH aaO)

Dadurch, dass der Angekl. S und die gesondert Verfolgten SM und H in Absprache mit den weiteren Angekl. Z und M den Nebenkl. veranlassten, mit seinem Lkw die Autobahn zu verlassen und den Rastplatz aufzusuchen, könnten sie im vorbezeichneten Sinn einen tatbestandsmäßigen Angriff auf die Entschlussfreiheit des Führers eines Kraftfahrzeugs verüben. Dies setzt voraus, dass der Nebenkl. sich bereits zu diesem Zeitpunkt objektiv in einer Nötigungssituation befand.

*„Zwar reicht es für das Merkmal des „Angriffs“ nach der (neueren) Rechtsprechung des BGH und der herrschenden Meinung in der Literatur nicht aus, wenn auf den Führer eines Kraftfahrzeugs mit List eingewirkt wird, um ihn in eine Situation zu bringen, in der ein Raub durchgeführt werden soll. Dies ist etwa der Fall, wenn ein vermeintlicher Fahrgast beim Taxifahrer ein falsches Fahrtziel angibt (vgl. BGHSt 49, 8 [13 f.] = NJW 2004, 786 = NStZ 2004, 207); das Gleiche gilt für das Vortäuschen einer Autopanne (jedenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs des § 323 c StGB) sowie in den Anhalterfällen. Hiervon abzugrenzen sind aber Handlungen, welche auf den Führer eines Kraftfahrzeugs eine objektiv nötigungsgleiche Wirkung haben (vgl. dazu im Einzelnen Fischer, StGB, 62. Aufl., § 316 a Rn. 6 f.; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 316 a Rn. 2, jew. m.w.N.). Es kommt hierfür nicht darauf an, ob diese Wirkung vorgetäuscht ist oder ob der objektiv Genötigte von einer Rechtswidrigkeit der Einwirkung ausgeht.“* (BGH aaO.)

Fraglich ist, ob dies bei einer vorgetäuschten Polizeikontrolle angenommen werden kann.

*„Fälle einer – wie hier – vorgetäuschten Polizeikontrolle unterscheiden sich daher substantziell von bloßen Vortäuschungen allgemein motivierender Umstände der oben genannten Art; sie entsprechen vielmehr der Konstellation einer Straßensperre. Denn dem Kraftfahrzeugführer ist bei der Einwirkung durch das Haltezeichen eines Polizeibeamten kein Ermessen eingeräumt; er ist vielmehr bei Androhung von Geldbuße (§ 49 III Nr. 1 StVO) verpflichtet, Haltezeichen Folge zu leisten, wobei der Senat dahinstehen lässt, ob die Täter hier eine Weisung zur Regelung einer konkreten Verkehrssituation nach § 36 I StVO oder eine solche zur Durchführung einer allgemeinen Verkehrskontrolle nach § 36 V StVO vorgespiegelt haben (vgl. zur Abgrenzung OLG Köln, VRS 67 [1984], 293; Janker in Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 23. Aufl., § 36 StVO Rn. 3 f., 12). Der Nebenkl. sollte jedenfalls das Vorgehen der Täter im fließenden Verkehr als polizeiliche Weisung verstehen und hat dies auch so verstanden; das Tragen von Zivilkleidung steht der von den Angekl. und ihren Tatgenossen angestrebten Vorgabe einer Polizeikontrolle nicht entgegen (Kudlich, JA 2015, 235 [236]; vgl. hierzu auch BayOLGSt 1974, 137; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1997, 91 = NZV 1996, 458 [459]; OLG Hamm, NJW 1972, 1769 für die telefonische Weisung eines „Kreispolizeibeamten“; zweifelnd Jahn, JuS 2014, 1135 [1137]).*

*Auf die Entschlussfreiheit eines Kraftfahrzeugführers wird daher bereits dann durch einen Angriff eingewirkt, wenn vom Täter eines geplanten Raubes eine Polizeikontrolle vorgetäuscht wird und sich der Geschädigte dadurch zum Anhalten gezwungen sieht (König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 43. Aufl., § 316 a StGB Rn. 2; Ernemann in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl., § 316 a Rn. 9; MüKo-StGB/Sander, 2. Aufl., § 316 a Rn. 11; LK-StGB/Sowada, 12. Aufl., § 316 a Rn. 11; Sternberg-Lieben/Hecker in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 316 a Rn. 4; SK-StGB/Wolters, § 316 a Rn. 3 c [„psychische Autofalle“]; Roßmüller/Rohrer, NZV 1995, 253 [263]; Steinberg, NZV 2007, 545 [550]; Geppert, DAR 2014, 128 [130]; in der Tendenz ebenso schon BGH, NStZ-RR 2014, 342 und Beschl. v. 23.07.2014 – 2 StR 105/14, BeckRS 2014, 17294; aA Krüger, NZV 2004, 161 [165 f.]; Duttge/Nolden, JuS 2005, 193 [197]; wohl auch Bosch, Jura-Kartei [JK] 1/2015 StGB § 316 a.“* (BGH aaO.)

Hier liegt daher ein Angriff auf die Entschlussfreiheit des Nebenkl. vor.

## 3. Tatopfer

Tatopfer kann nur der Führer eines Kraftfahrzeugs oder ein Mitfahrer sein. Nicht ausreichend ist es, wenn außenstehende Dritte mit einer Gefährdung von Verkehrsteilnehmern bedroht werden.

Hier ist problematisch, dass der Nebenkl. zum Zeitpunkt des Vortäuschens der Polizeikontrolle zwar der Führer des Lkw war, zu dem Zeitpunkt des Angriffs auf dem Parkplatz jedoch nicht mehr. Fraglich ist, ob der Nebenkl. gleichwohl ein taugliches Tatopfer war.

*„Nach der Grundsatzentscheidung des Senats vom 20.11.2003 (BGHSt 49, 8 = NJW 2004, 786 = NStZ 2004, 207) erfasst der Tatbestand des § 316 a StGB als taugliches Tatopfer nur den Führer (oder den Mitfahrer) eines Kraftfahrzeugs. Erforderlich ist, dass das Tatopfer diese **Eigenschaft zum Tatzeitpunkt**, das heißt bei Verüben des Angriffs, besitzt.*

*Das LG hat nicht verkannt, dass der Nebenkl. **bei dem Angriff auf dem Parkplatz nicht mehr Führer des Lkw** war. Zwar hielt sich das Tatopfer noch im Fahrzeug auf. Es war aber zu diesem Zeitpunkt nach den Feststellungen **nicht mehr mit der Bewältigung von Betriebs- oder Verkehrsvorgängen** befasst, damit nach der Rechtsprechung des Senats nicht mehr Führer des Lkw und deshalb zu diesem Zeitpunkt kein taugliches Angriffsziel i.S.d. § 316 a StGB (vgl. BGHSt 49, 8 = NJW 2004, 786 = NStZ 2004, 207; NK-StGB/Herzog, 4. Aufl., § 316 a Rn. 16).*

*Indem die Täter ihr Opfer zuvor durch die vorgetäuschte Polizeikontrolle zu diesem Halt zwangen, lag jedoch entgegen der Auffassung des LG die für die Tatbestandsmäßigkeit erforderliche **zeitliche Verknüpfung zwischen dem Verüben des Angriffs und der Führeigenschaft des Angegriffenen vor** (vgl. dazu auch BGHSt 50, 169 [170 f.] = NJW 2005, 2564 = NStZ 2005, 638; BGHSt 52, 44 [45 f.] = NJW 2008, 451 = NStZ 2008, 153).“ (BGH aaO.)*

Der betroffene Nebenkl. war daher ein taugliches Tatopfer.

#### 4. Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs

Es müssen auch die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt worden sein. Hierbei muss der Täter sich eine Gefahrenlage zu Nutze machen, die dem fließenden Straßenverkehr eigentümlich ist und gerade deshalb für den Teilnehmer am Straßenverkehr entsteht.

*„Die Angekl. und ihre Tatgenossen haben als Mittäter bei der Begehung der Tat in der tatbestandsmäßigen Absicht die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt. Nach der **ständigen Rechtsprechung** des Senats ist dieses zusätzliche Tatbestandsmerkmal in der Regel erfüllt, wenn der Angriff i.S.d. § 316 a StGB zu einem Zeitpunkt erfolgt, an dem sich der **Fahrer mit dem Kraftfahrzeug im fließenden Verkehr befindet** (BGHSt 49, 8 [14 f.] = NJW 2004, 786 = NStZ 2004, 207; BGHSt 50, 169 [172 f.] = NJW 2005, 2564 = NStZ 2005, 638; BGH, NStZ 2013, 43); so liegt es auch hier.“ (BGH aaO.)*

## II. Subjektiver Tatbestand

Die Ankl. müssen auch den subjektiven Tatbestand erfüllen.

### 1. Vorsatz bezüglich sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale

Die Angekl. haben mit Wissen und Wollen die vorstehenden Tatbestandsmerkmale erfüllt.

### 2. Absicht hinsichtlich der Begehung eines der genannten Raubdelikte

Die Angekl. müssten darüber mit der Absicht gehandelt haben, einen Raub nach § 249 StGB, einen schweren Raub nach § 250 StGB, einen räuberischen Diebstahl nach § 252 StGB oder eine räuberische Erpressung nach § 255 StGB zu begehen. Hierbei muss die Absicht des Täters vor Beendigung der Fahrt gefällt werden muss.

Den Angekl. kam es gerade darauf an, einen schweren Raub nach § 250 StGB zu begehen. Sie handelten mit zielgerichtetem Erfolgswillen.

Auch der subjektive Tatbestand wurde daher verwirklicht.

## III. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Angekl. haben auch ohne weiteres rechtswidrig und schuldhaft gehandelt.

## IV. Ergebnis

Die Angekl. haben sich tateinheitlich auch eines gemeinschaftlichen räuberischen Angriffs auf einen Kraftfahrer gem. § 316a StGB schuldig gemacht.

StGB  
§§ 145d I Nr. 1, 263 I**Betrug bei gutgläubigem Erwerb  
Vortäuschen einer Straftat**

StR BT

(BGH in NJW 2015, 2055; Urteil vom 25.02.2015 – 2 StR 495/13)

1. Beim Straftatbestand des Vortäuschens einer Straftat (§ 145d StGB) handelt es sich um ein **abstraktes Gefährdungsdelikt**, mit dem die zur Strafverfolgung berufenen Behörden vor **ungerechtfertigter Inanspruchnahme** und vor **Veranlassung zu unnützen Maßnahmen** geschützt werden sollen.
2. Ein Vermögensschaden tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten **bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des Gesamtwerts seines Vermögens** führt.

**Fall:** Nach den Feststellungen des Landgerichts vereinbarte der Angeklagte M., der "tatsächliche Inhaber" der A.GmbH, mit dem anderweitig Verfolgten Mu. etwa Anfang April 2012, einen an die B. GmbH sicherungsübereigneten Pkw BMW X6 in betrügerischer Weise an eine noch zu bestimmende Person im Ausland zu verkaufen. Das Fahrzeug sollte zunächst formal an einen Mittelsmann vermietet und anschließend durch einen weiteren Mittelsmann unter Vorlage gefälschter Fahrzeugpapiere veräußert sowie an den Käufer übergeben werden. Danach sollte der Angeklagte M. das Fahrzeug bei der Polizei als unterschlagen melden und sodann zusammen mit Mu. mittels GPS-Ortung unter Einschaltung der örtlichen Polizeibehörden zurückerlangen. Das Rückzahlungsbegehren des Erwerbers würde infolge der verwendeten Falschpersonalien ins Leere laufen. Den Verkaufserlös abzüglich der Aufwendungen für den zweiten Mittelsmann wollten sich Mu. und der Angeklagte M. teilen.

In Ausführung dieses Tatplans vermietete der Angeklagte das Fahrzeug, das sich in seinem Besitz befand, für die A.GmbH "formal" an den anderweitig Verfolgten F.. Dieser übergab den Pkw sodann absprachegemäß an Mu., der ihn über ein Internet-Verkaufsportal zum Verkauf anbot. In einem sich hieraus ergebenden telefonischen Kontakt einigte sich Mu. mit dem Ehemann der in Polen lebenden Geschädigten Ma. auf einen Kaufpreis von 42.000 €, zu zahlen in Form einer Anzahlung und im Übrigen in bar bei der Fahrzeugübergabe in Mü. Mindestens bei einem der hierbei geführten Telefonate war der Angeklagte M. anwesend.

Die Geschädigte leistete am 18.04.2012 per W. eine Anzahlung von 1.000 €. Die Veräußerung und Übergabe des Fahrzeugs an sie in Mü. nahm der anderweitig Verfolgte Z. am 20.04.2012 unter Vorspiegelung seiner Eigentümerstellung vor. Er übernahm gegen ein Entgelt von 5.000 € die Rolle des Verkäufers und übergab der Geschädigten den Pkw mit von Mu. beschafften gefälschten Fahrzeugpapieren, wobei er ihr zum Identitätsnachweis einen auf den fiktiven Namen "Pl." lautenden gefälschten slowenischen Reisepass vorlegte. Von der Geschädigten erhielt er für das Fahrzeug im Gegenzug weitere 41.000 € in bar. Die Geschädigte überführte den Pkw sodann zu ihrem Wohnort in Polen.

Der Angeklagte M. veranlasste seine Tochter Al. am Folgetag bei der Polizeiinspektion Bo. Anzeige wegen Unterschlagung des Fahrzeugs zu erstatten. Sie ging dabei von der Unterschlagung durch einen Mieter aus. Unmittelbar danach fuhren der Angeklagte M. und Mu. dem gemeinsamen Tatplan entsprechend nach Polen und ermittelten mittels GPS den Standort des Fahrzeugs. Sodann ließ der Angeklagte M. als vermeintlicher Geschädigter einer Unterschlagung das Fahrzeug durch die polnische Polizei sicherstellen und verbrachte es zurück nach Deutschland. Von Mu. erhielt er aus dem Verkaufserlös nach Abzug der Entlohnung des Z. mindestens 17.500 €. Rückzahlungen an die Geschädigte erfolgten nicht.

Wie hat sich der Angekl. strafbar gemacht?

**I. Strafbarkeit wegen Vortäuschens einer Straftat nach § 145d I Nr. 1 StGB**

Der Angekl. könnte sich des Vortäuschens einer Straftat nach § 145d I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

**1. Objektiver Tatbestand****a) Allgemeines**

Die Tathandlung liegt darin, dass der Täter die Begehung einer rechtswidrigen Tat vortäuscht. Mit dem Vortäuschen ist die **Schaffung einer objektiv unrichtigen Verdachtslage** gemeint, die ein unnützes behördliches Einschreiten auslösen kann. Ob die Behörde wirklich tätig wird, spielt keine Rolle. Auf welche Weise der falsche Verdacht erregt wird, ob durch **Tatsachenbehauptungen** oder die **Herstellung einer verdachtserregenden Beweislage**, ist unerheblich. Die vorgetäuschte „rechtswidrige Tat“ muss verfolgbar, darf aber nicht tatsächlich begangen worden sein (vgl. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 16. Auf. 2015, § 51, Rn. 2).

## b) Anwendung auf den Fall

Nach den Urteilsfeststellungen ließ der Angeklagte das Fahrzeug durch seine gutgläubige Tochter Al., die von einer Unterschlagung durch einen Mieter ausging, bei der Polizeiinspektion Bo. als durch diesen unterschlagen melden. Mithin bezog sich die **Strafanzeige** auf eine **Unterschlagung durch einen Mieter**, obwohl in **Wirklichkeit** der Angeklagte M. die **Unterschlagung des Fahrzeugs zum Nachteil der B. GmbH**, an die das Fahrzeug sicherungsübereignet war, begangen hatte.

*„Beim Straftatbestand des Vortäuschens einer Straftat (§ 145d StGB) handelt es sich um ein **abstraktes Gefährdungsdelikt** (vgl. Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, StGB, 29. Aufl., § 145d Rn. 1 m.w.N.), mit dem die zur Strafverfolgung berufenen Behörden **vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme und vor Veranlassung zu unnützen Maßnahmen geschützt** werden sollen (so bereits BGH, Urteil vom 09.07.1954 - 1 StR 677/53, BGHSt 6, 251, 255). Für eine Strafbarkeit gemäß § 145d StGB genügt es deshalb, wenn **eine tatsächlich begangene Tat durch die Anzeige ein im Kern anderes Gepräge** erhält (vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl., § 145d Rn. 5b; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, aaO. Rn. 1).*

*Ob dies der Fall ist, muss im Rahmen einer **Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalls** geklärt werden. Hierbei ist insbesondere maßgeblich, ob die für die angezeigte Tat scheinbar notwendigen und die tatsächlich erforderlichen Ermittlungsmaßnahmen im Zusammenhang stehen oder erstere sich letztlich als unnützlich erweisen (vgl. MüKo-StGB/Zopfs, 2. Aufl., § 145d Rn. 25). Zum Teil wird es für eine Strafbarkeit schon als ausreichend erachtet, wenn die Ermittlungsbehörden durch die unrichtigen Angaben in der Strafanzeige **in erheblichem Umfang mehr belastet** wurden, als sie dies bei richtiger Schilderung des Sachverhalts wären (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 08.05.1987, NStZ 1987, 558, 559 sowie OLG Karlsruhe, Beschluss vom 24.08.1992, MDR 1992, 1166, 1167).“ (BGH aaO.)*

Fraglich ist, ob dies bei einer Anzeige gegen einen Mieter wegen Unterschlagung vorliegt, während der Sicherungsgeber und Besitzmittler selbst eine solche Straftat begangen hat. Hierbei wurde der Verdacht auf eine Person gelenkt, die das Fahrzeug nicht selbst unterschlagen hatte.

*„Der Umstand, dass hinsichtlich des Fahrzeugs, auf das sich die Anzeige bezog, **tatsächlich eine Unterschlagung**, nämlich zum Nachteil der B. GmbH, begangen worden war, steht dem nicht entgegen. Denn die angezeigte Tat wäre eine gegenüber der tatsächlich begangenen in ihrem Grundcharakter **gänzlich andere Tat**, deren Aufklärung andere Ermittlungsmaßnahmen erfordern würde. Bei einer solchen Anzeige bestand die naheliegende Möglichkeit, dass von den Ermittlungsbehörden unnötige, kapazitätsbindende Maßnahmen ergriffen werden.“ (BGH aaO.)*

Der objektive Tatbestand ist daher erfüllt.

## c) Zurechnung der Tathandlung der Al. an den Angekl.(§ 25 I 2. Alt StGB)

Zudem müssten auch die Voraussetzungen für eine mittelbare Täterschaft vorliegen. Die Tathandlung wurde hier durch einen anderen, nämlich Al. vorgenommen, die davon ausging, dass ihre Angaben gegenüber der Polizei zutreffend sind. Al. wurde vom Angekl. aktiv zu diesem Tun veranlasst, indem ihr gegenüber falsche Angaben gemacht wurden. An der **täterschaftlichen Verantwortlichkeit** des Angekl. bestehen nach keine Theorie Bedenken. Die Voraussetzungen für ein Handeln in mittelbarer Täterschaft liegen daher vor.

## 2. Subjektiver Tatbestand

§ 145d StGB setzt vorsätzliches Handeln voraus. Der Tatbestand erhöht jedoch die Vorsatzanforderungen insoweit, als die Täuschungshandlung „**wider besseres Wissen**“ erfolgen muss. Der Täuschende muss also positiv wissen, dass die angegebene Straftat nicht begangen worden ist (Abs. 1 Nr. 1) (vgl. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 16. Auf. 2015, § 51, Rn. 18).

Der Vorsatz des Angekl. bezog sich zunächst darauf, dass die Al. als Tatmittlerin die objektiven Tatbestandsmerkmale des § 145d I Nr. 1 StGB erfüllt. Sein Vorsatz war auch darauf bezogen, dass er aufgrund der Veranlassung und Täuschung der Al. die Tatherrschaft hatte und die Al. als Tatmittlerin eine unterlegene Stellung innehatte. Der Angekl., der selbst den Tatplan der Unterschlagung gegenüber der B-GmbH gefasst hatte, hat insofern mit der Behauptung gegenüber Al., ein Mieter habe das Fahrzeug unterschlagen, auch wider besseres Wissen gehandelt.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

An der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit des Handelns des Angekl. bestehen keine Bedenken.

### 4. Ergebnis.

Der Angeklagten ist wegen Vortäuschens einer Straftat in mittelbarer Täterschaft (§ 145d I Nr. 1 StGB i.V.m. § 25 I Alt. 2, I StGB) strafbar.

## II. Strafbarkeit wegen Betrugs nach § 263 I StGB

Der Angekl. könnte sich auch wegen Betrugs nach § 263 I StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Täuschung

Täuschung ist jede Einwirkung des Täters auf das intellektuelle Vorstellungsbild des Getäuschten, welche objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über Tatsachen zu erregen oder aufrecht zu erhalten. Hierbei muss der Täter den Irrtum durch Einwirkung auf die Vorstellung des Getäuschten hervorgerufen oder mit verursacht haben.

*„Der Angeklagte täuschte die Geschädigte darüber, dass er **von vornherein keine Gegenleistung für den Kaufpreis** erbringen, sondern sich das Fahrzeug nach Kaufpreiszahlung unter Einsatz einer GPS-Ortung und unter Mithilfe polnischer Polizeibeamte alsbald wieder verschaffen wollte. Gegen die geplante polizeiliche Sicherstellung sollte sie sich aufgrund der ihr übergebenen gefälschten Fahrzeugpapiere nicht wehren können.“* (BGH aaO.)

#### b) Irrtum

Irrtum ist jede unrichtige, der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung über Tatsachen.

Die Geschädigte irrte sich darüber, das Eigentum an dem Fahrzeug erlangen und es behalten zu können.

#### c) Vermögensverfügung

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das eine Vermögensminderung unmittelbar herbeiführt (Selbstschädigungselement des Betruges). Durch die Zahlung des Kaufpreises hat die Geschädigte eine solche Vermögensverfügung vorgenommen.

#### d) Vermögensschaden

Die Geschädigte müsste auch einen Vermögensschaden erlitten haben.

##### aa) Begriff des Vermögensschadens

*„Ein Vermögensschaden tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten **bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des Gesamtwerts seines Vermögens** führt (Prinzip der Gesamtsaldierung; st. Rspr.; vgl. BGH, wistra 2014, 270; BGH NStZ 2013, 711; BGHSt 57, 95, 113; BGHSt 53, 199, 201, jeweils m.w.N.; BGHR StGB § 263 I Vermögensschaden 77).*

*Ausgehend vom **juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff** (vgl. dazu Fischer, StGB, 62. Aufl., § 263 Rn. 90) ist bei der Schadensbestimmung zu beachten, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch die **hohe Wahrscheinlichkeit späterer Verluste als "schadensgleiche Vermögensgefährdung"** das Vermögen **unmittelbar mindert**. Maßgeblich ist insoweit eine angesichts aller Umstände des Einzelfalls getroffene **Prognose im Zeitpunkt der Vermögensverfügung** (vgl. Begemeier/Wölfel, JuS 2015, 307).“* (BGH aaO.)

##### bb) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist aber, ob die Geschädigte einen solchen Vermögensschaden erlitten hat. Sie könnte zunächst einen entsprechenden Gegenwert durch Eigentumserwerb an dem Fahrzeug erlangt haben.

*„Zwar erwarb die Geschädigte das Fahrzeug wegen der vorangegangenen Sicherungsübereignung an eine Bank von einem Nichtberechtigten. Sie konnte gleichwohl das **Eigentum unter den***

*Voraussetzungen des § 932 BGB gutgläubig vom Nichtberechtigten erwerben, weil das Fahrzeug nicht im Sinne des § 935 BGB abhandengekommen war (vgl. zum gutgläubigen Erwerb von Kraftfahrzeugen unter Vorlage gefälschter Zulassungsbescheinigungen BGH, NStZ 2013, 37 unter Hinweis auf BGH, BB 1966, 720 f.; OLG München, Urteil vom 26.05.2011 - 23 U 434/11, juris Rn. 20 ff.; MüKo-BGB/Oechsler BGB, 6. Aufl., § 932 Rn. 56). Die Absicht des Angeklagten M. sich den Besitz an dem Fahrzeug mit Hilfe der polnischen Polizeibehörden umgehend wieder zu verschaffen, steht einer wirksamen Übereignung des Fahrzeugs nicht entgegen.“ (BGH aaO.)*

Es könnte aber gleichwohl eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vorliegen. Dies ist anzunehmen, wenn sich das von der Geschädigten erworbene Eigentum bei der beim Vermögensdelikt des Betrugs gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise als völlig wertlos erwies, da es damit wirtschaftlich an einer Gegenleistung fehlt.

*„Maßgeblich für die (wirtschaftliche) Bewertung von Leistung und Gegenleistung ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, hier also der Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeuges und der Fahrzeugpapiere. Ausgehend von der geplanten Vorgehensweise des Angeklagten M. zur Wiedererlangung des Fahrzeugs war dem von der Geschädigten erworbenen Eigentumsrecht zum Verfügungszeitpunkt kein wirtschaftlicher Wert beizumessen.*

*Der Senat verkennt dabei nicht, dass das Prozessrisiko, nach gutgläubigem Erwerb einer Sache von dem vorherigen Eigentümer auf Herausgabe verklagt zu werden, regelmäßig nicht zur vollständigen Entwertung der Eigentümerposition und damit zu einer schadensgleichen Vermögensgefährdung in diesem Umfang führt (vgl. dazu BGH, Beschluss vom .8.06.2011 - 3 StR 115/11, NStZ 2013, 37; Urteil vom 08.05.1990 - 1 StR 52/90, JR 1990, 517, 518; Beschluss vom 15.01.2003 - 5 StR 525/02, wistra 2003, 230; Begemeier/Wölfel, JuS 2015, 307, 309).*

*Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich jedoch grundsätzlich von dem drohenden Verlust des erworbenen Gegenstandes auf der Grundlage einer zu erwartenden Herausgabeklage. Denn nach dem Tatplan des Angeklagten M. sollte die Geschädigte das Fahrzeug nicht erst als Folge eines Zivilprozesses verlieren, sondern auf der Grundlage einer sofortigen Sicherstellung durch Polizeibeamte. Ihr Eigentumsrecht konnte die Geschädigte im Hinblick auf die ihr unter Angabe unrichtiger Verkäuferdaten übergebenen gefälschten Fahrzeugpapiere gegenüber den von Mu. und dem Angeklagten M. instrumentalisierten polnischen Polizeibeamten nicht nachweisen. Für die Möglichkeit einer erfolgreichen späteren Herausgabeklage der Geschädigten bestanden schon deshalb keine Anhaltspunkte, weil das Fahrzeug von der Polizei nicht an die Bank, sondern an die Täter - mit ungewissem weiterem Verbleib - herausgegeben werden sollte. Einer solchen Möglichkeit kam daher zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung kein wirtschaftlicher Wert zu. Damit erlangte die Geschädigte bei wirtschaftlicher Betrachtung zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung lediglich eine für sie im Ergebnis wertlose kurzfristige Besitzposition an dem Fahrzeug für die Überführungsfahrt nach Polen.“ (BGH aaO.)*

## 2. Subjektiver Tatbestand

Der Angekl. hat auch mit Wissen und Wollen den objektiven Tatbestand verwirklicht und dabei mit Bereicherungsabsicht gehandelt.

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

An Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit des Handelns bestehen keine Bedenken.

## 4. Ergebnis.

Der Angeklagte ist wegen Betruges nach § 263 I StGB strafbar.

## III. Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung nach §§ 267 I, 25 II StGB

Der Angekl. hat sich auch wegen mittäterschaftlicher Urkundenfälschung nach §§ 267 I, 25 II StGB strafbar gemacht.

*„Nach den Urteilsfeststellungen übergab der gesondert Verfolgte Z. der Geschädigten die gefälschten Fahrzeugpapiere, die er zuvor von Mu. erhalten hatte, entsprechend dem gemeinsamen Tatplan (UA S. 14). Hierdurch wird eine gemeinschaftliche Tatbegehung mit dem Angeklagten M. hinreichend zum Ausdruck gebracht. Arbeitsteiliges Vorgehen genügt (vgl. BGHR StGB § 267 Abs. 1 Gebrauchmachen 1; Fischer, StGB, 62. Aufl., § 267 StGB Rn. 48 m.w.N.). Die Tatbestandsvariante des Gebrauchmachens von einer unechten oder verfälschten Urkunde ist kein eigenhändiges Delikt.“ (BGH aaO.)*

GewO  
§ 35 I 1**Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit  
Eröffnung eines Insolvenzverfahrens**

POR

(OVG Bautzen in NVwZ-RR 2015, 532; Beschluss vom 30.03.2015 – 1 A 334/13)

1. Die Annahme der Unzuverlässigkeit kann aus einer **lang andauernden wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit** abzuleiten sein, die infolge des Fehlens von Geldmitteln eine ordnungsgemäße Betriebsführung im Allgemeinen und die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Zahlungspflichten im Besonderen verhindert, ohne dass – insbesondere durch **Erarbeitung eines tragfähigen Sanierungskonzeptes** – Anzeichen einer Besserung erkennbar sind.
2. Die **Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** führt nicht zur Rechtswidrigkeit der Gewerbeuntersagung und **hindert** auch das **Verwaltungsgericht nicht an einer Entscheidung** über die Klage gegen die Gewerbeuntersagung.

**Fall:** Auf seinen Antrag erteilte die Bekl. dem Kl. am 16.07.1996 eine Reisegewerbekarte zum Feilbieten von Lebensmitteln, Tiefkühlware und Haushaltware, die mit Bescheid vom 29.04.1997 auf den Handel mit weiteren Waren erweitert wurde. Am 11.03.1997 zeigte der Kl. der Bekl. zudem die Gewerbetätigkeit Großhandel, Büro und Lager für Vertrieb mit ambulantom Handel an.

Nachdem der Bekl. im Februar 2005 bekannt wurde, dass auf dem Beitragskonto des Kl. bei einem Sozialversicherungsträger Rückstände i.H.v. 13.845,88 € aufgelaufen waren, leitete sie ein Verfahren zum Widerruf der Reisegewerbekarte ein. Ihre Ermittlungen ergaben, dass der Kl. bis zum 24.03.2005 bei öffentlich-rechtlichen Gläubigern Rückstände i.H.v. 77.641,87 € aufgebaut hatte. Zuvor wurde der Antrag eines Sozialversicherungsträgers auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom AG L. mangels Masse abgewiesen. Am 06.09.2005 betrug die Rückstände allein beim Finanzamt Leipzig bereits 79.687 €. Jedoch bestätigte das Finanzamt Leipzig gegenüber der Bekl. unter dem 01.11.2005, dass eine Reduzierung des Steuerrückstandes in Folge der vom Kl. eingereichten Jahressteuererklärung zu erwarten sei. Eine erneute Anfrage der Bekl. vom 29.11.2005 beim Finanzamt L. ergab, dass sich die Steuerschuld in Folge des für 2003 erstellten Steuerbescheids auf 42.582 € verringert habe. Für die Abgabe der Steuererklärung für 2004 sei dem Kl. eine Fristverlängerung gewährt worden.

Nachdem der Kl. verschiedene Ratenzahlungsvereinbarungen nicht eingehalten hatte, die Steuerrückstände beim Finanzamt L. wiederum auf 46.797,71 € angewachsen waren und das Finanzamt Leipzig gegenüber dem Kl. eine Ratenzahlungsvereinbarung auf Grund unzureichender Monatsraten abgelehnt hatte, widerrief die Bekl. dem Kl. mit dem streitgegenständlichen Bescheid vom 19.04.2006 die Erlaubnis zur Ausübung des Reisegewerbes (Nr. 1) und untersagte ihm die Ausübung des Gewerbes „Großhandel, Büro, Lager und Vertrieb von verpackten Waren des täglichen Bedarfs“ (Nr. 2). Des Weiteren erstreckte die Bekl. ihre Untersagung auf alle Gewerbe sowie auf die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebs beauftragte Person (Nr. 3) und ordnete die Vorlage der Reisegewerbekarte Nr. 4) sowie die sofortige Vollziehung der Verfügung an (Nr. 4).

Während des gerichtlichen Verfahrens wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Kl. eröffnet. Ist die Klage begründet?

Die zulässige Anfechtungsklage ist begründet, wenn die Gewerbeuntersagung rechtswidrig ist und den Kl. in seinen Rechten verletzt.

**I. Rechtswidrigkeit der Gewerbeuntersagung**

Die Gewerbeuntersagung ist rechtswidrig, wenn ihr eine Ermächtigungsgrundlage fehlt oder die formellen sowie materiellen Voraussetzungen fehlen.

**1. Ermächtigungsgrundlage**

Ermächtigungsgrundlage für den Widerruf der Reisegewerbekarte ist § 49 II 1 VwVfG i.V.m. § 57 I GewO widerrufen. Für die Gewerbeuntersagung kommt allein **§ 35 I GewO** in Betracht.

**2. Formelle Rechtswidrigkeit**

Anhaltspunkte für das Fehlen der formellen Voraussetzungen, insbesondere der Zuständigkeit der Bekl. liegen nicht vor, so dass von der formellen Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung ausgegangen werden kann.

**3. Materielle Rechtswidrigkeit**

Die Reisegewerbekarte kann nach § 49 II 1 VwVfG i.V.m. § 57 I GewO widerrufen und ein Gewerbe nach § 35 I 1 GewO untersagt werden, wenn Tatsachen vorliegen, die auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden schließen lassen.

### a) Gewerbe

Der Kl. müsste ein Gewerbe im Sinne der GewO betreiben. Gewerbe ist jede **auf Dauer anlegte, erlaubte selbständige Tätigkeit**, die der Gewinnerzielung dient.

Der Handelsbetrieb des Kl. ist insofern als Gewerbe anzusehen.

### b) Unzuverlässigkeit

Der Kl. müsste unzuverlässig sein.

*„Unzuverlässig ist, wer nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt.“* (OVG Bautzen aaO.)

Die Unzuverlässigkeit des Kl. könnte sich auch den Zahlungsrückständen gegenüber den Finanzämtern und Sozialversicherungsträgern ergeben.

#### 1. Mangel an wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit als Unzuverlässigkeitsgrund

*„Die Annahme der Unzuverlässigkeit kann aus einer **lang andauernden wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit** abzuleiten sein, die infolge des Fehlens von Geldmitteln eine ordnungsgemäße Betriebsführung im Allgemeinen und die **Erfüllung öffentlich-rechtlicher Zahlungspflichten** im Besonderen verhindert, ohne dass – insbesondere durch Erarbeitung eines tragfähigen Sanierungskonzeptes – **Anzeichen einer Besserung** erkennbar sind.*

***Steuerrückstände** sind nur dann geeignet, einen Gewerbetreibenden als unzuverlässig erscheinen zu lassen, wenn sie **sowohl ihrer absoluten Höhe nach als auch im Verhältnis zur Gesamtbelastung des Gewerbetreibenden von Gewicht** sind; auch die Zeitdauer, während derer der Gewerbetreibende seinen steuerlichen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, ist von Bedeutung (BVerwGE 65, 1 = NVwZ 1982, 503; BVerwG, Beschl. v. 19.01.1994 – 1 B 5/94, BeckRS 1994, 31221391; Beschl. v. 05.03.1997 – 1 B 56/97, BeckRS 1997, 3122274; Beschl. v. 09.04.1997 – 1 B 81/97, BeckRS 1997, 3122266; OVG Bautzen, Beschl. v. 04.03.2015 – 3 A 363/14 m.w.N.). Was die Verletzung von steuerrechtlichen Erklärungs- und Zahlungspflichten anbelangt, so entspricht es der allgemeinen Rechtsprechung, dass **Steuerschulden regelmäßig auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden schließen** lassen, da sie ohnehin Ausfluss mangelnder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sind (vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 08.03.2011 – 3 B 354/10, BeckRS 2011, 49435 m.w.N.; Marcks in Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 68 EL, Oktober 2014, § 35 GewO Rn. 49). Von besonderem Gewicht ist dabei die Nichtabführung der treuhändisch für den Staat vereinnahmten, aber nicht an den Staat abgeführten Steuerbeträge wie etwa die Umsatzsteuer (vgl. hierzu: BVerwG, GewA 1982, 301).“* (OVG Bautzen aaO.)

#### 2. Maßgebliche Sach- und Rechtslage für Prognoseentscheidung

Zudem stellt sich bei der zu treffenden Prognoseentscheidung die Frage, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist.

*„[Für]...die prognostische Beurteilung der gewerberechtl. Zuverlässigkeit kommt es maßgeblich auf den **Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids** an, so dass nachträgliche Veränderungen der Sachlage, insbesondere eine Minderung von Verbindlichkeiten außer Betracht bleiben müssen (BVerwGE 65, 1 = NVwZ 1982, 503; BVerwG, Beschl. v. 29.07.1993 – 1 C 3/92, BeckRS 1993, 31229349; OVG Bautzen, Beschl. v. 23.08.2011 – 3 B 247/10, BeckRS 2011, 54998; st. Rspr.: VGH München, Beschl. v. 28.08.2013 – 22 ZB 13.1419, BeckRS 2013, 55736). Etwas anderes gilt nur, wenn ein **Widerspruchsbescheid noch nicht ergangen** ist, wie dies in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes häufig der Fall ist. Dann kommt es für die Prognoseentscheidung auf den **Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung** an (OVG Bautzen, Beschl. v. 23.08.2011 – 3 B 247/10, BeckRS 2011, 54998).“* (OVG Bautzen aaO.)

#### 3. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob nach der gesamten Situation des Kl. im Zeitpunkt der Entscheidung der Widerspruchsbehörde die Prognose gerechtfertigt war, er werde seinen Betrieb auch in Zukunft nicht ordnungsgemäß führen.

*„Seine Steuerschulden waren sowohl ihrer **absoluten Höhe** nach als auch im **Verhältnis zur Gesamtbelastung** erheblich, was aus der Tatsache deutlich wird, dass er dem Finanzamt L. zur Tilgung seiner Steuerrückstände i.H.v. 46.797,71 € nur Ratenzahlungen i.H.v. 200 € monatlich anbieten konnte, wie aus der Mitteilung des Finanzamts L. vom 05.07.2006 hervorgeht. Auch belegt die der Mitteilung beigelegte Zusammenstellung, dass der Kl. seine **steuerrechtlichen Pflichten über einen langen Zeitraum vernachlässigt** hatte.“* (OVG Bautzen aaO.)

Dies hat der Kläger damit begründet, dass er aufgrund der Jahrhundertflut erhöhten wirtschaftlichen Belastungen ausgesetzt war und durch den Tod

seiner Ehefrau nach deren schwerer Krankheit persönlich belastet wurde. Möglicher Weise hätten diese Umstände berücksichtigt werden müssen.

*„Die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit erfordert **kein Verschulden des Gewerbetreibenden**. Es ist vielmehr belanglos, welche Ursachen zu einer Überschuldung geführt haben. Im Interesse eines **ordnungsgemäßen und redlichen Wirtschaftsverkehrs** muss von einem Gewerbetreibenden vielmehr erwartet werden, dass er bei anhaltender wirtschaftlicher Leitungsunfähigkeit ohne Rücksicht auf die Ursachen seiner wirtschaftlichen Schwierigkeiten seinen Gewerbebetrieb aufgibt (BVerwG, GewA 1982, 294). Für eine positive Prognose bestand schon angesichts des erneuten deutlichen Anwachsens der Steuerrückstände somit im Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung im Hinblick auf das erwartete Ergebnis ausstehender Steuererklärungen keinerlei Anlass.“ (OVG Bautzen aaO.)*

Von einer Unzuverlässigkeit des Kl. im maßgeblichen Zeitpunkt kann daher ausgegangen werden.

### c) Relevanz des Insolvenzverfahren

Fraglich ist allerdings, welche Auswirkungen es auf das Verfahren hat, dass zwischenzeitlich das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Kl. eröffnet wurde.

*„§ 12 S. 1 GewO sieht vor, dass Vorschriften, welche die **Untersagung eines Gewerbes** oder die Rücknahme oder den Widerruf einer Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, die auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen ist, ermöglichen, **während eines Insolvenzverfahrens**, während der Zeit, in der Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO angeordnet sind und während der Überwachung der Erfüllung eines Insolvenzplans (§ 260 InsO) **keine Anwendung** finden in Bezug auf das Gewerbe, das zur Zeit des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeübt wurde.*

*Dies gilt nach § 12 S. 2 GewO **nicht für eine** nach § 35 II 1 InsO **freigegebene selbstständige Tätigkeit** des Gewerbetreibenden, wenn dessen Unzuverlässigkeit mit Tatsachen begründet wird, die nach der Freigabe eingetreten sind. Übt der Schuldner eine selbstständige Tätigkeit aus oder beabsichtigt er, demnächst eine solche Tätigkeit auszuüben, hat der Insolvenzverwalter ihm gegenüber zu erklären, ob Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und ob Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können (§ 35 II 1 InsO).“ (OVG Bautzen aaO.)*

Es könnte daher hier darauf ankommen, ob die Unzuverlässigkeit des Kl. ausschließlich auf ungeordnete Vermögensverhältnisse i.S.v. § 12 S. 1 GewO zurückzuführen ist, was Voraussetzung für die Sperrwirkung des § 12 S. 1 GewO wäre. Ist dies anzunehmen, so könne gleichwohl die Sperrwirkung angesichts der Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters vom 22.11.2011 nach § 12 S. 2 GewO i.V.m. § 35 II 1 InsO ausgeschlossen sein.

*„In der **überwiegenden obergerichtlichen Rechtsprechung**, der sich der Senat anschließt, besteht Einigkeit, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens **nicht zur Rechtswidrigkeit der Gewerbeuntersagung** führt und im Übrigen auch eine gerichtliche Entscheidung nicht hindert. Aus § 12 S. 1 GewO folgt, dass **während eines bereits laufenden Insolvenzverfahrens keine gewerberechtliche Widerrufs-, Rücknahme- oder Untersagungsentscheidung** wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden erlassen oder – im Fall einer bereits erlassenen solchen Verfügung – keine Maßnahme zur ihrer Vollziehung getroffen werden darf (OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 553; VGH Kassel, GewA 2004, 162; VGH München, Beschl. v. 27.01.2014 – 22 BV 13.260, BeckRS 2014, 47163 m.w.N.; vgl. im Übrigen zum Meinungsstand: Marcks in Landmann/Rohmer, § 12 Rn. 15 f.).*

*§ 12 S. 1 GewO trifft jedoch **keine Aussagen darüber**, welche **prozessrechtlichen Folgen** sich aus einem Insolvenzverfahren für ein Gerichtsverfahren ergeben, das ein Gewerbeuntersagungsverfahren betrifft. Vielmehr verbleibt es insoweit bei § 173 VwGO i.V.m. § 240 S. 1 ZPO, wonach das **Verfahren** im Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Partei **unterbrochen** wird, sofern es die **Insolvenzmasse betrifft**. Die Gewerbeuntersagung oder der Widerruf einer Gewerbeerlaubnis stellt jedoch keine Regelung dar, die sich auf Vermögenswerte des Gewerbetreibenden bezieht. Sie knüpft vielmehr an **in seiner Person liegende Unzuverlässigkeitsgründe** an und entzieht ihm deswegen die Befugnis, bestimmten beruflichen Tätigkeiten nachzugehen. Wird während des gerichtlichen Verfahrens, das eine gewerberechtliche Untersagungsverfügung zum Gegenstand hat, ein Insolvenzverfahren eröffnet, so führt dies folglich **nicht zu einer Unterbrechung des gerichtlichen Verfahrens** (VGH München, Beschl. v. 16.08.2012 – 22 ZB 12.949). Das VG war daher auch nicht gehindert, in der Sache zu entscheiden.“ (OVG Bautzen aaO.)*

1. Die Vereinigungsfreiheit gewährleistet als **individuelles Freiheitsrecht** das Recht, einen Verein zu gründen, einem Verein beizutreten und sich in einem Verein zu betätigen. Darüber hinaus schützt sie als **kollektives Freiheitsrecht** das Entstehen und Bestehen eines Vereins.
2. Art. 113 BV schützt die Freiheit, **mit anderen Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammenzukommen**.
3. Nach Art. 110 I BV steht jedem Bewohner Bayerns – innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze das Recht zu, seine **Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern**. Auch die Wahl der Mittel, durch welche die Meinung geäußert werden soll, ist von der Verfassung grundsätzlich mitgeschützt.
4. Der Gleichheitssatz verbietet Willkür. In seinem klassischen Gehalt verbietet er, **in willkürlicher Weise gleiche Sachverhalte ungleich und ungleiche Sachverhalte gleich** zu behandeln. Davon zu unterscheiden ist das allgemeine Willkürverbot, das der Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit und der Abwehr gemeinschädlicher Regelungen auch dort dient, wo es nicht um die Beurteilung konkreter Vergleichspaare geht.

**Fall:** Der Beschwerdeführer ist ein nicht eingetragener Verein mit Sitz in München, der gemäß § 2 Satz 1 seiner Satzung den ausschließlichen Zweck verfolgt, für die Vereinsmitglieder im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften geschlossene Gesellschaften mit Raucherlaubnis zu organisieren. Zutritt zu den jeweiligen Veranstaltungen haben gemäß § 2 Sätze 2 bis 4 der Satzung nur Mitglieder des Beschwerdeführers, die dazu per E-Mail, mündlich oder schriftlich eingeladen und dazu angehalten werden, sich aus organisatorischen Gründen zu der jeweiligen geschlossenen Gesellschaft anzumelden. Mitglied des Clubs kann gemäß § 4 I 6 der Satzung jede natürliche Person werden, die volljährig ist.

Auf sein Auskunftersuchen hatte die Stadt Nürnberg dem Beschwerdeführer am 27.03.2013 mitgeteilt, das beliebig oft wiederholbare reine Stattfinden einer vereinsinternen Zusammenkunft biete keine ausreichende Grundlage für eine echte geschlossene Gesellschaft im Sinn des Gesundheitsschutzgesetzes; das Rauchverbot in Gaststätten finde Anwendung.

Der Beschwerdeführer beehrte daraufhin beim Verwaltungsgericht Ansbach die Feststellung, dass bei einer vereinsinternen Zusammenkunft seiner Mitglieder in einer Gaststätte in Nürnberg zum Zweck des gemeinschaftlichen Rauchens, zu der nur volljährige Mitglieder des Vereins Zutritt hätten, kein Rauchverbot im Sinn des Art. 3 GSG gelte. Das Verwaltungsgericht wies die Klage mit Urteil vom 04.02.2014 ab. Reine vereinsinterne Zusammenkünfte der Mitglieder des Beschwerdeführers stellten, selbst mit Zugangskontrolle, keine echte geschlossene Gesellschaft dar. Aufgrund der offenen Mitgliederstruktur von Vereinen ließen Treffen ihrer Mitglieder den Öffentlichkeitsbezug für Gaststätten nicht entfallen; zudem stellten diese Zusammenkünfte zum Zweck des gemeinschaftlichen Rauchens keinen genügenden Anlass für eine echte geschlossene Gesellschaft dar. Feierlichkeiten im Familien- und Freundeskreis seien schutzwürdiger als Vereinsveranstaltungen.

Den Antrag des Beschwerdeführers auf Zulassung der Berufung lehnte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 23.06.2014 ab. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des Verwaltungsgerichts seien nicht gegeben. Insbesondere stehe dieses im Einklang mit den Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs zur Geltung des Rauchverbots in Gaststätten für Rauchervereine.

Mit seiner am 19.08.2014 eingegangenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer Verstöße gegen die Grundrechte der Vereinigungsfreiheit (Art. 114 I BV), der Versammlungsfreiheit (Art. 113 BV) und der Meinungsfreiheit (Art. 110 I BV) sowie gegen den in Art. 118 I BV normierten Gleichbehandlungsgrundsatz. Zu Recht?

## I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

### 1. Antragsbefugnis

Der Beschwerdeführer müsste antragsbefugt sein. Antragsberechtigt sind nicht nur natürliche oder juristische Personen, sondern auch Vereinigungen, soweit ihnen Rechte zustehen können (Art. 30 I VfGHG i.V.m. § 61 Nr. 2 VwGO).

„Hierunter sind **Personenmehrheiten** zu verstehen, denen **nach materiellem Recht** das im Rechtsstreit in Frage stehende **Recht zustehen kann** (vgl. Wolff in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 120 Rn. 13; Müller in Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 120 Rn. 7 m.w.N.). Als **nichtrechtsfähiger Verein** kann der Beschwerdeführer Träger der als

verletzt gerügten Grundrechte der **Meinungsfreiheit** (Art. 110 I BV; vgl. Krausnick in Meder/Brechmann, aaO., Art. 110 Rn. 24), der **Versammlungsfreiheit** (Art. 113 BV; vgl. Krausnick in Meder/Brechmann, aaO., Art. 113 Rn. 12) sowie der **Vereinigungsfreiheit** (Art. 114 I BV; vgl. Krausnick in Meder/Brechmann, aaO., Art. 114 Rn. 9) sein. Auch auf den **allgemeinen Gleichheitssatz** (Art. 118 I BV) kann sich ein nichtrechtsfähiger Verein berufen (vgl. Rüfner in Bonner Kommentar zum GG, Art. 3 I Rn. 141).“ (BayVerfGH aaO.)

Der Beschwerdeführer ist daher antragsbefugt.

## 2. Prüfungsbefugnis des BayVGH

Fraglich ist, ob der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde hinsichtlich der Überprüfung auch am Maßstab der Grundrechte der Meinungs-, der Versammlungs- und der Vereinigungsfreiheit sowie des allgemeinen Gleichheitssatzes entgegensteht, dass dem Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs die Anwendung von Bundesrecht (§ 124 II 1, 2, 4 und 5 VwGO) zugrunde liegt.

„[Der Beschluss kann daher] unmittelbar nur am **Willkürverbot** sowie an solchen **Verfahrensgrundrechten der Bayerischen Verfassung** gemessen werden kann, die mit gleichem Inhalt **auch im Grundgesetz gewährleistet** sind (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 21.03.1997 VerfGHE 50, 60/62; vom 26.06.2013 BayVBl 2013, 688/689 f. m.w.N.; vom 07.08.2013 NStZ-RR 2013, 380/381; vom 27.08.2013 – Vf. 103-VI-12 – juris Rn. 22; vom 08.10.2013 – Vf. 71-VI-13 – juris Rn. 57; vom 29.01.2014 – Vf. 18-VI-12 – juris Rn. 31; vom 02.07.2014 – Vf. 58-VI-13 – juris Rn. 44; vom 18.11.2014 – Vf. 64-VI-14 – juris Rn. 21; vom 25.11.2014 – Vf. 21-VI-14 – juris Rn. 23).

Zwar ist wegen des **Gebots der Rechtswegerschöpfung** (Art. 51 II 1 VfGHG) Beschwerdegegenstand immer die letztinstanzliche Entscheidung, auch wenn die Entscheidungen der vorausgegangenen Instanzen in die Verfassungsbeschwerde mit einbezogen werden können (Wolff in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 120 Rn. 22; Holzner, Verfassung des Freistaates Bayern, 2013, Art. 120 Rn. 27). Wendet der Beschwerdeführer sich – wie hier – **gegen das inhaltliche Ergebnis des fachgerichtlichen Ausgangsverfahrens**, ist jedoch diejenige im Instanzenzug letzte Entscheidung maßgeblich, die eine umfassende materielle Prüfung vornimmt und damit die vom Beschwerdeführer beanstandete Beschwer enthält (VerfGH vom 09.02.2015 – Vf. 11-VI-14 – juris Rn. 55; vgl. BVerfG vom 12.01.1967 BVerfGE 21, 102/104; O. Klein in Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 552). Befasst sich das **Rechtsmittelgericht**, wie hier der Verwaltungsgerichtshof, **nicht mehr (voll umfänglich) mit der materiellen Rechtslage**, sondern nur noch mit der Zulassungsfähigkeit des Rechtsmittels, kommt es daher auf die **letzte Sachentscheidung** an (VerfGH vom 09.02.2015 – Vf. 11-VI-14 – juris Rn. 55; vgl. BVerfG, aaO.; O. Klein, aaO.), hier also auf das **Urteil des Verwaltungsgerichts**, in dem mit den Vorschriften des Gesundheitsschutzgesetzes Landesrecht angewendet wurde.“ (BayVerfGH aaO.)

## II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

### 1. Prüfungsumfang

Der Umfang, in welchem der Verfassungsgerichtshof gerichtliche Entscheidungen überprüft, ist eng begrenzt.

„Er ist kein **Rechtsmittelgericht**; es ist nicht seine Aufgabe, fachgerichtliche Entscheidungen dahingehend zu kontrollieren, ob **die tatsächlichen Feststellungen** zutreffen oder ob die Gesetze richtig ausgelegt und angewandt wurden. Im Rahmen der Verfassungsbeschwerde ist **nur zu prüfen**, ob das Gericht **gegen Normen der Bayerischen Verfassung verstoßen** hat, die ein subjektives Recht des Beschwerdeführers verbürgen (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 20.04.1990 VerfGHE 43, 81/84; vom 12.09.2001 VerfGHE 54, 85/91).“ (BayVerfGH aaO.)

### 2. Verletzung der Vereinigungsfreiheit (Art. 114 I BV)

Das verwaltungsgerichtliche Urteil könnte den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Vereinigungsfreiheit nach Art. 114 I BV verletzen.

#### a) Schutzbereich

„Die Vereinigungsfreiheit gewährleistet als **individuelles Freiheitsrecht** das Recht, einen Verein zu gründen, einem Verein beizutreten und sich in einem Verein zu betätigen. Darüber hinaus schützt sie als **kollektives Freiheitsrecht** das Entstehen und Bestehen eines Vereins (VerfGH vom 31.01.2012 VerfGHE 65, 22/34). Das Grundrecht kann aber **einem gemeinsam verfolgten Zweck keinen weitergehenden Schutz vermitteln als einem individuell verfolgten**. Ein Verein, der wie jedermann nach außen hin tätig wird und damit den allgemeinen Vorschriften unterliegt, kann sich daher insoweit nicht auf Art. 114 BV berufen; der Grundrechtsschutz richtet sich in diesem Fall allein nach den **materiellen Individualgrundrechten** (VerfGHE 65, 22/34 m.w.N.).“ (BayVerfGH aaO.)

Dieser Schutzbereich ist hier für die Vereinsmitglieder eröffnet.

### b) Eingriff

Es müsste auch ein Eingriff vorliegen. Eingriff ist jedes staatliche Handeln, dass die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich macht oder erschwert. Fraglich ist, ob durch das verwaltungsgerichtliche Urteil hier ein Eingriff erfolgt ist.

*„Das angegriffene Urteil verbietet weder den Bestand des Vereins, noch steht es dem Beitritt oder der Mitgliederwerbung entgegen. Der ausdrückliche Vereinszweck, „für die Vereinsmitglieder im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften geschlossene Gesellschaften mit Raucherlaubnis zu organisieren“, wird über die darin bereits enthaltene Einschränkung hinaus nicht weiter eingengt. Auch wenn die weiteren Satzungsbestimmungen tatsächlich das Rauchen in öffentlich zugänglichen Räumen bezwecken, stellt die festgestellte Geltung des Rauchverbots bei reinen Vereinstreffen in einer Gaststätte keinen Eingriff in die Vereinigungsfreiheit dar, da der Grundrechtsschutz bei der Ausübung einer individuellen Tätigkeit durch die Gründung eines Vereins nicht erweitert wird. Dagegen spricht auch nicht, dass die verwaltungsgerichtliche Entscheidung die Existenz des Beschwerdeführers bedrohen kann, denn Art. 114 I BV schützt nicht den gemeinsamen Tabakgenuss, dem ein spezifischer Bezug zur korporativen Organisation fehlt (vgl. BVerfG vom 24.09.2014 – 1 BvR 3017/11 – juris Rn. 15).“ (BayVerfGH aaO.)*

Ein Eingriff liegt nicht vor, so dass eine Verletzung der von Art. 114 I BV geschützten Vereinigungsfreiheit nicht festgestellt werden kann.

### 3. Verletzung der Versammlungsfreiheit (Art. 113 BV)

Das verwaltungsgerichtliche Urteil könnte den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit nach Art. 113 BV verletzen. Dann müsste überhaupt der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit eröffnet sein.

*„Art. 113 BV schützt die Freiheit, mit anderen Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammenzukommen (Wolff in Lindner/Möstl/Wolff, aaO. Art. 113 Rn. 1). Es genügt nicht, dass die Teilnehmer durch einen beliebigen Zweck verbunden sind; die Zusammenkunft muss vielmehr darauf gerichtet sein, die öffentliche Meinungsbildung zu beeinflussen (vgl. BVerfG vom 24.10.2001 BVerfGE 104, 92/104 zu Art. 8 GG). Unterhaltende und gesellige Veranstaltungen oder sonstige Vergnügungen sind daher ebenso wenig als Versammlungen zu qualifizieren wie Veranstaltungen, die der bloßen Zurschaustellung eines Lebensgefühls dienen (vgl. BVerfG vom 12.07.2001 BayVBl 2001, 687/688 zu Art. 8 GG).“ (BayVerfGH aaO.)*

Der Beschwerdeführer verfolgt nach dem Wortlaut der Satzung (§ 2 Satz 1) den „ausschließlichen Zweck, für die Vereinsmitglieder im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften geschlossene Gesellschaften mit Raucherlaubnis zu organisieren“.

*„Auch wenn er geltend macht, ihm sei es wichtig, dass in Bayern überhaupt noch geschlossene Gesellschaften von Rauchervereinen organisiert werden könnten, ist nicht erkennbar, dass das gemeinschaftliche Rauchen der Vereinsmitglieder darauf abzielte, die öffentliche Meinung zu beeinflussen.“ (BayVerfGH aaO.)*

Dieser sachliche Schutzbereich der Versammlungsfreiheit (Art. 113 BV) ist daher hier nicht eröffnet, so dass eine Verletzung ausscheidet.

### 4. Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 110 BV)

Weiterhin kommt einer Verletzung des Grundrechts der Meinungsfreiheit (Art. 110 I BV) in Betracht.

#### a) Bestimmung des Schutzbereiches

*„Nach Art. 110 I BV steht jedem Bewohner Bayerns – innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze (VerfGH vom 08.07.1965 VerfGHE 18, 59/73; vom 29.01.1982 VerfGHE 35, 1/3; vom 23.07.1984 VerfGHE 37, 119/124; vom 03.02.1994 VerfGHE 47, 36/42) – das Recht zu, seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern. Auch die Wahl der Mittel, durch welche die Meinung geäußert werden soll, ist von der Verfassung grundsätzlich geschützt (VerfGH vom 30.06.1977 VerfGHE 30, 78/91; vom 05.08.1977 VerfGHE 30, 142/147).“ (BayVerfGH aaO.)*

#### b) Anwendung auf den Fall

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass im gemeinschaftlichen Rauchen unter dem Vereinsnamen die Meinungsäußerung zum Ausdruck komme, staatliche

Erlaubnis zu rauchen dürfe nicht auf die privaten Wohnungen einzelner Bürger beschränkt werden.

„Abgesehen davon, dass Treffen zum Rauchen im Rahmen echter geschlossener Veranstaltungen vom Verwaltungsgericht ausdrücklich für möglich erklärt werden, schließt Art. 110 I BV keineswegs aus, dass die beabsichtigte Betätigung des Beschwerdeführers, der darin zugleich eine Meinungsäußerung erblickt, von einem Gericht auf ihre Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung gewürdigt wird. Das Verwaltungsgericht war auf Antrag des Beschwerdeführers hin zur **rechtlichen Würdigung** des vom Beschwerdeführer **erstrebten Verhaltens** einschließlich der seines Erachtens darin zum Ausdruck kommenden Meinungsäußerung nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet. Die Entscheidung darüber, welche Bedeutung diesem Verhalten zukam, war in richterlicher Unabhängigkeit zu treffen (vgl. VerfGH vom 01.12.1967 – Vf. 91-VI-67 – juris m.w.N.). Das durch Art. 110 I 1 BV verbürgte Recht der Meinungsfreiheit kann demnach begrifflich durch die beanstandeten Entscheidungen nicht verletzt worden sein (VerfGH, aaO.). Zudem ist eine **Form der Meinungsäußerung nicht schutzwürdig**, die über die selbstverständlich mögliche Kritik an einer staatlichen Maßnahme wie dem Rauchverbot hinaus einen **unmittelbaren Verstoß gegen die gerügte Maßnahme** enthält.“ (BayVerfGH aaO.)

Eine Verletzung der von Art. 110 BV geschützten Meinungsfreiheit ist daher ebenfalls ausgeschlossen.

## 5. Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 118 I BV)

Schließlich kommt eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes in Betracht.

### a) Gewährleistungsgehalt

„Der Gleichheitssatz verbietet Willkür. In seinem klassischen Gehalt verbietet er, **in willkürlicher Weise gleiche Sachverhalte ungleich und ungleiche Sachverhalte gleich** zu behandeln. Davon zu unterscheiden ist das allgemeine Willkürverbot, das der Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit und der Abwehr gemeinschädlicher Regelungen auch dort dient, wo es nicht um die Beurteilung konkreter Vergleichspaare geht (VerfGH vom 15.11.2006 VerfGHE 59, 219/ 228; Lindner in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 118 Rn. 6 f. m.w.N.). **Willkürlich** in diesem Sinn ist eine Entscheidung allerdings nur dann, wenn sie **unter keinem Gesichtspunkt rechtlich vertretbar** erscheint; sie müsste **schlechthin unhaltbar, offensichtlich sachwidrig, eindeutig unangemessen** sein (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 23.08.2006 VerfGHE 59, 200/203 f.; vom 12.02.2008 VerfGHE 61, 25/32; vom 23.03.2011 VerfGHE 64, 31/34 f.; vom 11.09.2013 BayVBl 2014, 142/143).“ (BayVerfGH aaO.)

### b) Anwendung auf den Fall

„Soweit der Beschwerdeführer eine Ungleichbehandlung durch das Verwaltungsgericht gegenüber anderen Vereinen rügt, ist dies angesichts der Urteilsgründe nicht nachvollziehbar. Das Verwaltungsgericht **knüpft** die Ausnahme vom Rauchverbot gerade nicht an den Vereinszweck, sondern **an das Vorliegen einer echten geschlossenen Gesellschaft**, deren Voraussetzungen bei den vom Beschwerdeführer organisierten Zusammenkünften in Gaststätten grundsätzlich verneint werden.

Nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichts sind die **Vereinstreffen** der Mitglieder des Beschwerdeführers anders als Feierlichkeiten im Familien- und Freundeskreis **nicht als echte geschlossene Gesellschaften** zu bewerten. Ob diese Erwägungen einfachrechtlich zutreffen, wird im Verfassungsbeschwerdeverfahren, wie dargelegt, nicht überprüft. Eine **Verletzung des** in Art. 118 I BV gewährleisteten **Willkürverbots** lässt sich jedenfalls **nicht feststellen**. Die vorgenommene Differenzierung ist nicht zu beanstanden.

Bei **echten geschlossenen Gesellschaften** trifft sich ein festgelegter Personenkreis zu einer **einmaligen Feierlichkeit** oder aus sonstigem **besonderen Anlass**. Bei den vom Beschwerdeführer angestrebten, typischerweise regelmäßigen Zusammenkünften von Vereinsmitgliedern ist der Personenkreis angesichts der vom Verwaltungsgericht aufgrund des Satzungsinhalts festgestellten **offenen Mitgliederstruktur** und **fehlender verbindlicher Anmeldepflicht** nicht übersehbar. Nach dem vorliegenden Sachverhalt, den der Beschwerdeführer nicht plausibel infrage gestellt hat, lässt die Einschätzung des Verwaltungsgerichts mit der sachlichen Differenzierung nach Mitgliederstruktur und Anlass der Veranstaltung keine Willkür erkennen. Eine Gefährdung der Rechtssicherheit – wie vom Beschwerdeführer vorgetragen – ist durch eine Einzelfallentscheidung von vornherein ausgeschlossen.“ (BayVerfGH aaO.)

## 6. Ergebnis

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

## Kurzauslese I

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

**BGB** **Auslegung eines unvollständig ausgefüllten Formularvertrags** **SR AT**  
**§§ 133, 157** **Miete im Zweifel monatlich geschuldet**

(LG Berlin in MDR 2015, 268; Urteil vom 11.12.2014 – 67 S 278/14)

Kreuzen die Mietvertragsparteien im Mietvertrag bei den Regelungen zur Höhe und Zahlung der **Nettokaltmiete keine der vorgesehenen Formularvarianten** „monatlich“, „vierteljährlich“ und „jährlich“ an, ist gem. §§ 133, 157 BGB gleichwohl eine **Pflicht zur monatlichen Mietzahlung** vereinbart, wenn die Miethöhe – hier 680 € – für eine Quartals- oder Jahresmiete unüblich niedrig wäre und die Vertragsparteien zudem ausdrücklich die Zahlung einer monatlichen Betriebskostenpauschale vereinbart haben. Für die Anwendung der **Unklarheitenregel** des § 305c II BGB zu Lasten des Vermieters ist in einem solchen Falle kein Raum.

**Fall:** Die Parteien haben am 01.11.2009 einen schriftlichen Mietvertrag geschlossen. Es war ein Mietzins von 680 € sowie eine monatliche Betriebskostenvorauszahlung vereinbart. Im Formularmietvertrag war nicht angekreuzt, ob diese Mietzahlung monatlich, quartalsweise oder jährlich geschuldet war. Nachdem die Beklagte die Miete nur einmal jährlich in Höhe von 680 € zahlte, sprach der Kläger die fristlose Kündigung aus und begehrt mit der vorliegenden Klage die Räumung. Zu Recht?

Die Beklagte könnte nach § 546 I BGB zur Räumung und Herausgabe verpflichtet sein. Dies setzt voraus, dass das Mietverhältnis beendet ist.

„Dem Kläger stand gem. § 543 I, II 1 Nr. 3 b BGB ein **wichtiger Grund zur außerordentlichen Beendigung** des Mietverhältnisses zur Seite, da sich die Beklagte in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckte, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages **in Verzug** befand, der die Miete für zwei Monate erreichte. Die Beklagte schuldete gem. § 6 des Mietvertrages eine monatlichen Nettokaltmietzins von 680 € nebst einer ebenfalls monatlichen Betriebskostenpauschale von 200 €, mithin insgesamt 880 €. Soweit die Beklagte geltend macht, **der Nettokaltmietzins von 680 € sei mangels** hinreichend eindeutiger vertraglicher Regelung lediglich jährlich geschuldet gewesen, vermag sie damit nicht durchzudringen. Zwar haben die Parteien die die Zahlungintervalle näher bezeichnenden Formularvarianten „monatlich“, „vierteljährlich“ und „jährlich“ nicht ausdrücklich beschränkt, doch ergibt sich unter Zugrundelegung der **Auslegungsparameter** der §§ 133, 157 BGB bereits aus der für eine Jahresmiete fernliegenden Mietzinshöhe von lediglich 680 €, erst recht aber aus dem systematischen Zusammenhang mit der in § 6 Nr. 2 des Mietvertrages statuierten Pflicht zur Entrichtung einer monatlichen Betriebskostenpauschale eindeutig, dass auch der Nettokaltmietzins von 680 € monatlich zu leisten war.

Davon ausgehend kam eine Anwendung der **Unklarheitenregel** des § 305c II BGB zugunsten der Beklagten nicht in Betracht, da diese nicht nur den Streit über eine Auslegung, sondern auch nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsmethoden einen verbleibenden und nicht behebbaren Zweifel voraussetzt, der mindestens zwei Auslegungen als rechtlich vertretbar erscheinen lässt (st. Rspr., vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 305c Rn. 18 m.w.N.). Daran fehlt es.“ (LG Berlin aaO.)

**BGB** **Verjährungsbeginn des Bereicherungsanspruchs** **ZivilR**  
**§§ 195, 199 I 2** **Dritt-Zahlungsempfänger bei nichtiger Anweisung**

(BGH in MDR 2015, 289; Urteil vom 13.01.2015 – XI ZR 303/12)

Sieht sich eine Bank dem **Bereicherungsanspruch** eines Darlehensnehmers **aus einem nichtigen Darlehensvertrag** ausgesetzt und besteht zugleich ein Bereicherungsanspruch der Bank gegen einen Dritten als Zahlungsempfänger der Darlehensvaluta, ist der Bank die Erhebung einer auf die Rückzahlung der Darlehensvaluta gerichteten Klage gegen den Zahlungsempfänger aus § 812 I. 1 Fall 2 BGB erst dann zumutbar, wenn ihre **Rückzahlungsverpflichtung gegenüber dem Darlehensnehmer** feststeht.

### I. Nichtleistungskondition

„Der Bereicherungsanspruch der Klägerin [einer Bank gegen die beklagte Fondsgesellschaft] beruht auf einer Nichtleistungskondition i.S.v. § 812 I 1 Fall 2 BGB. Ein solcher Anspruch steht einem **Angewiesenen gegen den Zahlungsempfänger** zu, wenn die **Zahlungsanweisung**, wie hier [wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz], **von einem vollmachtlosen Vertreter** erteilt worden ist und die **Zahlung** dem vermeintlich Anweisenden in Ermangelung eines diesem zurechenbaren Rechtsscheines **nicht als dessen Leistung zuzurechnen** ist (vgl. BGH, Ur. v. 20.03.2001 – XI ZR 157/00, BGHZ 147, 145 [149] = MDR 2001, 703; v. 05.11.2002 – XI ZR 381/01, BGHZ 152, 307 [311 f.] = MDR 2003, 328; v. 28.04.2009 – XI ZR 227/08 – Rn. 21, WM 2009, 1271).“ (BGH aaO.)

### II. Entstehung des Bereicherungsanspruchs

„Ein Bereicherungsanspruch entsteht **im Zeitpunkt der rechtsgrundlosen Zuwendung** (vgl. BGH, Ur. v. 18.12.2008 – III ZR 132/08 – Rn. 13, MDR 2009, 315 = MDR 2015, 290WM 2009, 566) und damit in Fällen der hier vorliegenden Art zum Zeitpunkt der **Auszahlung der angewiesenen Beträge durch die Bank an die Fondsgesellschaft**. ... [Es] ist revisionsrechtlich auf der Grundlage des Vorbringens der Klägerin zu unterstellen, dass ihr Bereicherungsanspruch gegen die Beklagte mit Auszahlung der Darlehensbeträge in den Jahren 1991 bis 1994 entstanden ist.“ (BGH aaO.)

**III. Beginn der Verjährung des Bereicherungsanspruchs**

Die regelmäßige dreijährige Verjährungsfrist (§ 195 BGB) beginnt nach § 199 I BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der **Anspruch entstanden** ist und der Gläubiger von den seinen **Anspruch begründenden Umständen** und der **Person des Schuldners** Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste.

„Der Gläubiger eines Anspruches aus Leistungskondiktion (§ 812 I 1 Fall 1 BGB) hat Kenntnis von den seinen Anspruch begründenden Umständen, wenn er von der Leistung und den Tatsachen weiß, aus denen sich das Fehlen des Rechtsgrundes ergibt (BGH, Urt. v. 23.09.2008 – XI ZR 262/07 – Rn. 14, MDR 2008, 1405; v. 15.06.2010 – XI ZR 309/09 – Rn. 12, MDR 2010, 1067). Zu den anspruchsbegründenden Tatsachen gehören in dem Zusammenhang auch die **Umstände**, die die **Unwirksamkeit einer Vollmacht** und das **Fehlen einer Rechtscheinvollmacht** gem. §§ 171 f. BGB begründen (BGH v. 23.09.2008, aaO. – Rn. 21). Entsprechend gilt für den hier im Streit stehenden Anspruch aus Nichtleistungskondiktion (§ 812 I 1 Fall 2 BGB), dass der Gläubiger nicht nur die rechtsgrundlos erfolgte Zuwendung kennen muss, sondern auch die **Umstände, aus denen sich ergibt, dass die Zahlung dem Anleger nicht kraft eines Rechtsscheins als Leistung zuzurechnen ist**. Das sind hier die Umstände, aus denen sich ergibt, dass dem Streithelfer [, dem Anleger,] die vom Treuhänder ... erteilte Zahlungsanweisung in Ermangelung eines Rechtsscheins nicht zuzurechnen ist.“ (BGH aaO.)

**IV. Kenntnis oder Unkenntnis aus grober Fahrlässigkeit**

„Die Frage wird aber auch maßgeblich durch den der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegenden Begriff der **Zumutbarkeit der Klageerhebung** geprägt (BGH, Urt. v. 06.05.1993 – III ZR 2/92, BGHZ 122, 317 [326] = MDR 1993, 738; v. 23.09.2008, aaO. – Rn. 17; v. 15.06.2010, aaO. – Rn. 13; v. 11.09.2012 – XI ZR 56/11 – Rn. 35, MDR 2012, 1459 = WM 2012, 2190; v. 28.10.2014 – XI ZR 348/13 – Rn. 49 ff., MDR 2015, 46 = WM 2014, 2261). Ausnahmsweise kann nämlich Rechtsunkenntnis des Gläubigers den Verjährungsbeginn hinausschieben, wenn eine **unsichere und zweifelhafte Rechtslage** vorliegt, die **selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig** einzuschätzen vermag. In diesem Fall fehlt es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn (BGH v. 23.09.2008, aaO. – Rn. 15, v. 15.06.2010, aaO. – Rn. 12; v. 28.10.2014, aaO. – Rn. 35).

Nach diesen Grundsätzen war der Klägerin vorliegend eine Klage gegen die Beklagte auf Rückzahlung des valutierten Darlehensbetrages **erst ab dem Zeitpunkt zuzumuten**, ab dem sie wusste, dass sie die von dem Streithelfer auf den Darlehensvertrag hin erbrachten **Tilgungsleistungen wieder zurückzahlen** muss. Diese Kenntnis hat die Klägerin erst durch die rechtskräftige Vorentscheidung vom 15.09.2010 erlangt, durch die sie zur Rückzahlung an den Streithelfer verurteilt wurde.

In einer solchen Situation muss es deswegen dem möglichen Bereicherungsgläubiger unbenommen bleiben, abzuwarten, **bis seine Verpflichtung, das bereits Erlangte wieder herauszugeben, feststeht** (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 11.05.1989 – III ZR 88/87, MDR 1990, 31 = WM 1990, 202 [207]; v. 06.05.1993, aaO.), sei es aufgrund eines rechtskräftigen Urteils, sei es aufgrund einer mit dem Dritten getroffenen Vereinbarung.“ (BGH aaO.)

**BGB  
§ 276**

**Alkoholkranker Arbeitnehmer  
Kein Verschulden bei Rückfall**

**ArbeitsR**

(BAG in DB 2015, 1535; Urteil vom 18.03.2015 – 10 AZR 99/14)

1. Beim Verschulden i.S.v. § 3 I 1 EFZG handelt es sich um ein Verschulden gegen sich selbst. Schuldhaft in dem Sinne handelt nur der Arbeitnehmer, der in erheblichem Maße gegen die von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhaltensweise verstößt. Dabei ist von einem objektiven Maßstab auszugehen.
2. Nach dem aktuellen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse kann wegen der multifaktoriellen Genese nicht davon ausgegangen werden, dass das Entstehen einer Alkoholabhängigkeit verschuldet i.S.v. § 3 I 1 EFZG ist.
3. Auch bei einem Rückfall nach einer erfolgreich durchgeführten Therapie wird es regelmäßig an einem solchen Verschulden fehlen. Es gibt allerdings keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse, dass ein Rückfall nicht auch schuldhaft i.S.v. § 3 I 1 EFZG durch den Arbeitnehmer herbeigeführt worden sein kann.
4. Die Klärung der Frage des Verschuldens in einem solchen Fall wird regelmäßig nur durch Einholung eines Sachverständigengutachtens oder Vernehmung eines sachverständigen Zeugen erfolgen können. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, sich einer solchen Begutachtung zur Frage seines möglichen Verschuldens an dem Rückfall zu unterziehen und eine entsprechende Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht vorzunehmen.

**BGB  
§ 823**

**Verkehrssicherungspflicht  
Haftung des Ausführers von Hunden**

**SR BT**

(OLG Hamm in MDR 2015, 511; Urteil vom 03.02.2015 – I-9 U 91/14)

1. Die Verkehrssicherungspflicht desjenigen, der lediglich **aus Gefälligkeit** einen Hund ausführt, wird durch die Vorschriften des LHundG NRW konkretisiert. So sind Hunde gem. § 2 I LHundG i.S.e. allgemeine Pflicht **so zu beaufsichtigen**, dass von ihnen **keine Gefahr für Leben und/oder Gesundheit von Menschen** ausgeht.
2. Das **gleichzeitige Ausführen von 3 Hunden**, die nicht zu den kleineren Rassen zählen (sog. „Rudelführung“), ist zwar nach dem LHundG nicht unzulässig oder verboten, aber nach Lage der Verhältnisse **geeignet, das Gefährdungspotential für Dritte zu erhöhen**.

„Wie das LG zutreffend erkannt hat, bestehen keine Ansprüche der Klägerin gem. §§ 833 S. 1, 834 S. 1 BGB gegen die Beklagte, da diese **weder Tierhalterin noch Tieraufseherin** bezüglich des betroffenen Hundes der Rasse Cane Corso war.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte aber – was vom LG übersehen wurde – einen Anspruch auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens gem. § 823 I BGB. Die die Beklagte insoweit treffende **Verkehrssicherungspflicht (bezüglich eines Hundes)** grundsätzlich anerkannt auch in BGH v. 17.07.2013 – VIII ZR 334/12, MDR 2013, 1270 f. = VersR 2014, 1263) besteht darin, dass jeder, der – wie hier die Beklagte – aus Gefälligkeit einen Hund ausführt, sich so zu verhalten hat, dass **naheliegende Gefahren für Dritte nach Möglichkeit vermieden** werden. Schließlich muss derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt, alle nach Lage der Verhältnisse notwendigen Vorkehrungen zum Schutze Dritter treffen (BGH v. 06.03.1990 – VI ZR 246/89, MDR 1990, 1099 = NJW-RR 1990, 789 f.). Diesen Pflichtenkreis hat der Gesetzgeber durch die Vorschriften des LHundG NRW konkretisiert. So sind Hunde gem. § 2 I LHundG i.S.e. allgemeine – also eben nicht auf Hundehalter oder (vertraglich gebundene) Hundeaufseher beschränkten – Pflicht so zu beaufsichtigen, dass von ihnen keine Gefahr für Leben und/oder Gesundheit von Menschen ausgeht. Ferner bestand bezüglich des konkreten Tieres gem. § 11 VI S. 1 LHundG eine **zwingende Leinenpflicht auf allen öffentlichen Straßen**, da der Cane Corso ein großer Hund i.S.d. § 11 I LHundG war.

Daraus folgt, dass die Beklagte verpflichtet war, den Hund so zu führen, dass kein (anderer) Passant durch den Hund gefährdet oder verletzt wurde. Diese Verkehrssicherungspflicht hat sie verletzt, da sie den Hund **zwar an der Leine hielt, aber nicht so unter Kontrolle** hatte, dass er sich nicht von sich aus, also in Verwirklichung der Tiergefahr, die Klägerin anspringen und verletzen konnte, wobei unerheblich ist, ob die unstreitig von der Klägerin erlittene Gesichtsverletzung auf einen Biss oder einen Kontakt mit einer Pfote bzw. Krallen zurückzuführen ist. ... Auch nach Einlassung der Beklagten konnte der Hund an der Klägerin nur deshalb hochspringen, weil die Beklagte ihn unter Verletzung ihrer Pflicht gem. § 2 I LHundG nicht fest genug gehalten hatte, so dass die Leine wegrutschen konnte.

Das mag darin begründet liegen, dass die Beklagte ihre **Aufmerksamkeit und Reaktionsmöglichkeiten**, insbesondere auch körperlichen Eingriffsmöglichkeiten, im Vorfeld verringert hat. Schließlich führte sie gleich drei Hunde an der Leine, nämlich außer dem Cane Corso links von ihr noch einen Boxermischling und ihren eigenen Schäferhund rechts von ihr. Auch wenn die Vorschrift des § 5 IV 4 LHundG, die das **gleichzeitige Führen mehrerer gefährlicher Hunde** verbietet, nicht anwendbar ist, weil die konkret von der Beklagten geführten Tiere einschließlich des Cane Corso keine gefährlichen Hunde i.S.d. § 3 I LHundG waren, erhöht unzweifelhaft die gleichzeitige Führung von 3 Hunden, die nicht zu den kleineren Rassen zählen, die die Beklagte treffenden Anforderungen zum Schutze Dritter. Eine derartige „**Rudelführung**“ war folglich zwar nach dem LHundG **nicht unzulässig oder verboten, steigerte** nach Lage der Verhältnisse aber das **Gefährdungspotential** für Dritte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Beklagte nach ihren eigenen Angaben in dieser Art der Hundeführung komplett ungeübt war, da sie zum ersten Mal in dieser Weise mit den Hunden unterwegs war.“ (OLG Hamm aaO.)

StGB  
§ 24 I

**Strafbefreiender Rücktritt**  
**Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch**

StR AT

(BGH in NSTZ-RR 2015, 170; Beschluss vom 14.01.2015 – 2 StR 224/14)

1. Eine **für widerlegt erachtete – entlastende – Behauptung** des Angekl. kann **nicht ohne weiteres als ihn belastendes Indiz** gewertet werden.
2. Dies gilt insbesondere, wenn es um die **Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch** bei der Prüfung des strafbefreienden Rücktritts geht.

**Fall:** Der Angekl. leidet an einer dissozialen Persönlichkeitsstörung sowie einem Abhängigkeitssyndrom von multiplen psychotropen Substanzen. Zum Tatzeitpunkt lebte er bei seiner Mutter, die auf Grund multipler Sklerose mit Tetraspastik seit Jahren bettlägrig und auf Pflege angewiesen war. Am 23.03.2013 schlug der Angekl. der im Bett liegenden Gesch., der gegenüber er sich bereits früher aggressiv gezeigt hatte, mindestens 2 Mal mit voller Kraft in das Gesicht. Hierdurch erlitt die Gesch. eine Mittelgesichts- und Unterkieferfraktur. Es traten sofort massive Blutungen auf. Der Angekl. war sich hierbei der Möglichkeit einer tödlichen Verletzung bewusst und nahm diese jedenfalls billigend in Kauf. Auf Grund der Verletzungen bestand für die Gesch. durch die Gefahr des Erstickens in Folge der massiven Blutungen akute Lebensgefahr. Nach Ausführung des letzten Schlages hielt der Angekl. es für möglich, dass die Gesch. ohne weiteres Zutun seinerseits sterben würde. Mit Rücksicht auf die bei ihm festgestellte Blutalkoholkonzentration (maximal 1,96 ‰) sowie einen zusätzlichen Medikamenten- und Drogenbefund kann eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit des Angekl. zum Tatzeitpunkt nicht ausgeschlossen werden.

Die Gesch. betätigte von ihrem Bett aus einen Notruf über einen Handgelenkknopf. Sie bat um Hilfe und sagte, dass ihr Sohn alkoholisiert sei, schreie und sie schlage. Auf Grund des Notrufs wurden ein Streifenwagen und der Notarzt zum Haus der Gesch. geschickt; diese wurde in ein Krankenhaus gebracht. Dort erkrankte sie an einer Lungenentzündung, die mit einer Antibiotika-Therapie erfolgreich behandelt werden konnte. Nachdem sie in eine Pflegeeinrichtung verlegt worden war, wurde bei ihr eine weitere beginnende Lungenentzündung diagnostiziert. Diese hätte voraussichtlich ebenfalls erfolgreich behandelt werden können. Die Gesch. lehnte jedoch gegenüber den behandelnden Ärzten eine weitere Behandlung eigenverantwortlich ab. Am 25.04.2013 verstarb sie infolge von Atemversagen, das mit der zweiten Lungenentzündung einherging.

Das LG hat die Tat rechtlich als versuchten Totschlag in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung gewertet. An einer Verurteilung wegen vollendeten Totschlags sah sie sich gehindert, weil sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen ließ, dass der Tod der Gesch. durch die Tat des Angekl. verursacht wurde; im Ergebnis sei die Kausalität jedenfalls durch die in der Ablehnung weiterer lebenserhaltender Maßnahmen liegende eigenverantwortliche Selbstgefährdung der Gesch. unterbrochen.

Der Angekl. sei nicht strafbefreiend vom Versuch des Totschlags zurückgetreten. Es habe sich um einen beendeten Versuch gehandelt. Er sei nach den ausgeführten Schlägen davon ausgegangen, alles getan zu haben, um den Tod seiner Mutter möglicherweise herbeizuführen. Die Vollendung der Tat habe er nicht verhindert. Wurde die Annahme eines strafbefreienden Rücktritts zu Recht abgelehnt?

„Das LG hat seine Annahme, dass es sich um einen **beendeten Versuch** gehandelt habe, u. a. damit begründet, dass der Angekl. offenbar selbst Anlass zum Handeln gesehen habe, da er **nach seiner Einlassung den Notrufknopf gedrückt** habe. Andererseits hat das LG diese Behauptung des Angekl. als **widerlegt angesehen** und ist davon ausgegangen, dass nicht er, sondern die Gesch. den Notrufknopf betätigt hat. Dies ist rechtsfehlerhaft.

Eine **für widerlegt erachtete – entlastende – Behauptung** des Angekl. kann **nicht ohne weiteres als ihn belastendes Indiz** gewertet werden (vgl. Senat, Urt. v. 26.11.2014 – 2 StR 54/14 = BeckRs 2015, 00384 m.w.N.). Das der Angekl. nach dem zweiten Faustschlag den Tod der Gesch. zumindest für möglich hielt, durfte die StrK hier **nicht aus seiner insoweit für unwahr gehaltenen Einlassung herleiten**. Dies verstand sich nach den Urteilsfeststellungen auch nicht von selbst. Die Gesch. blutete zwar stark, sie

war aber bei Bewusstsein und in der Lage, Hilfe herbeizurufen. Soweit das LG darauf abstellt, dass nach Ausführung des letzten Schlages durch den Angekl. die Gesch. „erkennbar lebensbedrohlich verletzt“ gewesen sei, lässt dies besorgen, dass es für die **Abgrenzung des beendeten vom unbeendeten Versuch** nicht – wie erforderlich (vgl. BGH, NStZ 2007, 634 f.) – auf die tatsächlichen Vorstellungen des Angekl. nach Ausführung der letzten Tathandlung abgestellt, sondern rechtsfehlerhaft einen objektiven Maßstab angelegt hat.“ (BGH aaO.)

StGB  
§§ 316 I, 315 c I Nr. 1 a, III Nr. 1

**Vorsätzliche Trunkenheitsfahrt**  
Nachweis der inneren Tatseite

Str BT

(KG in NStZ-RR 2015, 91; Urteil vom 24.11.2014 – (3) 121 Ss 155/14)

1. Die von dem Tatgericht gezogene Schlussfolgerung, eine **4 Jahre zurückliegende Vorverurteilung** wegen Trunkenheit im Verkehr habe den Angeklagten so **nachdrücklich gewarnt**, dass er bei der neuerlichen Tat seine alkoholbedingte Fahrunsicherheit zumindest billigend in Kauf genommen hat, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
2. Einer **detaillierten Darstellung der Feststellungen** des vorangegangenen Urteils bedarf es, wenn dies nicht außergewöhnliche Umstände erfordern, nicht.

**Fall:** Das AG verurteilte den Angekl. wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr zu einer Geldstrafe, entzog ihm die Fahrerlaubnis und setzte eine Sperrfrist von 8 Monaten fest. Die Berufung des Angekl. verwarf das LG. Es stellte fest, dass der Angekl., der bereits im Jahr 2009 wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr verurteilt worden war, am Tattag mit einer BAK von zumindest 1,8‰ am Steuer eines PKW öffentliches Straßenland befuhr und sodann an einer innerstädtischen Ampel bei rotem Licht einschloß und erst nach einigen Schaltphasen durch andere Verkehrsteilnehmer geweckt werden konnte. Es nahm daher eine vorsätzliche Trunkenheitsfahrt an. Zu Recht?

**I. Kein Erfahrungssatz bezüglich der Vorsätzlichkeit bei erheblichem Alkoholkonsum**

„Für die Würdigung der inneren Tatseite bei den §§ 315 c I Nr. 1 a, 316 StGB ist darüber hinaus anerkannt, dass bei einer die **Grenze der absoluten Fahrunsicherheit weit übersteigenden Alkoholisierung** zwar die Annahme nahe liegt, der Täter habe die Auswirkungen seines Trinkens zumindest billigend in Kauf genommen. Allerdings ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass bei steigender Alkoholisierung die Kritik- und Erkenntnisfähigkeit in aller Regel abnimmt. Daher gibt es auch **keinen Erfahrungssatz**, dass derjenige, der **in erheblichen Mengen Alkohol getrunken** hat, seine **Fahrunsicherheit erkennt**, so dass **allein von der Höhe der BAK nicht ohne Weiteres** auf eine vorsätzliche Tatbestandsverwirklichung geschlossen werden kann (vgl. Senat, VRS 126, 95; Beschl. v. 26.11.1997 – [3] 1 Ss 272/97 [93/97] – juris; OLG Brandenburg, VRS 117, 195). Deswegen kann die trichterliche Überzeugung von einer vorsätzlichen Trunkenheitsfahrt nur auf eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles gestützt werden (vgl. Senat, VRS 80, 448; 126, 95). Einschlägige Vorverurteilungen können – ggfls. neben weiteren Umständen – Anlass zur Annahme vorsätzlicher Tatbegehung geben (vgl. OLG Celle, NZV 1996, 204; StraFo 1998, 278; OLG Frankfurt a.M., NStZ-RR 1996, 85).“ (KG aaO.)

**II. Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung der Strafvorgeschichte**

„Das Urteil teilt mit, dass der Angekl. sich **nicht eingelassen** hat, so dass die Kammer keine Feststellungen zu den **Umständen**, namentlich dem Zeitpunkt und der Menge des Alkoholkonsums, treffen konnte. Auch die Täterpersönlichkeit konnte das LG **nur bedingt aufklären**. Das LG hat auf den **Vorsatz** u. a. jedoch daraus geschlossen, dass der Angekl. bereits im Juli 2009 und damit weniger als **4 Jahre vor der neuerlichen Tat** wegen – fahrlässiger – Trunkenheit im Verkehr verurteilt worden war, wobei ihm die Fahrerlaubnis entzogen und eine 8-monatige Sperrfrist angeordnet worden war. Die Kammer hat aus diesem Umstand gefolgert, dass dem Angekl. **bekannt und bewusst war, dass die konsumierte – den Grenzwert erheblich übersteigende – Alkoholmenge zur Fahruntüchtigkeit führt**, so dass er die Auswirkungen seines Trinkens und die daraus resultierende von ihm ausgehende Gefährdung der Sicherheit des öffentlichen Verkehrs zumindest billigend in Kauf genommen hat. Die von der StrK gezogene Schlussfolgerung, die Vorverurteilung habe den Angekl. über die Wirkung des Alkohols aufgeklärt und ihn zugleich nachdrücklich und gewissermaßen anhaltend gewarnt, ist möglich und nachvollziehbar (vgl. auch Fischer, StGB 61. Aufl., § 316 Rn 45 m.w.N.); zwingend braucht sie ... nicht zu sein (vgl. BGH, NStZ 2014, 451).“ (KG aaO.)

StGB  
§ 248 b I

**Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs**  
Durch Rückführung an den Berechtigten

StR BT

(BGH in NStZ 2015, 156; Beschluss vom 24.06.2014 – 2 StR 73/14)

Die Ingebrauchnahme eines Fahrzeugs durch einen an sich Unberechtigten **allein zum Zwecke der Rückführung an den Berechtigten** ist regelmäßig **von dessen mutmaßlichen Willen gedeckt** und daher nicht tatbestandsmäßig i.S.d. §248 b I StGB.

**Fall:** Der Angekl. mietete zusammen mit seiner damaligen Freundin bei der Firma E in A einen Pkw Volvo XC 60. Die Rückgabe des Fahrzeugs war für den 02.03.2013 vereinbart. Nachdem der Angekl. sich am 27.02.2013 von seiner Freundin getrennt hatte und deshalb nicht mehr bei ihr übernachten konnte, behielt er den Pkw fortan, um darin zu schlafen. Am 09.04.2013 wurde er wieder von seiner Ehefrau aufgenommen, weshalb er das Fahrzeug am Morgen des 10.04.2013 zur Autovermietung zurückbrachte. Die Autovermietung stellte Strafantrag (Fall 42 der Anklageschrift). Das LG verurteilte den Angekl. u. a. wegen unbefugten Gebrauchs eines Fahrzeugs. Zu Recht?

**I. Tatbestand des § 248b StGB**

Das **Dauerdelikt des § 248 b StGB** erfasst das **Ingebrauchnehmen eines Kraftfahrzeugs gegen den Willen des Berechtigten**.

„Unter dem **Gebrauch** eines Fahrzeugs ist dessen **vorübergehende Nutzung** - seinem bestimmungsgemäßen Zweck entsprechend - als Fortbewegungsmittel zu verstehen. Erforderlich ist das **Ingangsetzen des Fahrzeugs zur selbständigen Fahrt**. Die bloße Inbetriebnahme durch Anlassen des Motors reicht daher ebenso wenig aus wie die Nutzung eines parkenden Fahrzeugs zum Schlafen (vgl. BGH Urt. v. 17.10.1957 – 4 StR 523/57, BGHSt 11, 47, 50; Eser/Bosch in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 248 b Rn. 4; Kindhäuser in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl., § 248 b Rn. 3). Ein **Gewahrsamsbruch ist regelmäßig nicht erforderlich**, weshalb dem Ingebrauchnehmen das unbefugte Ingebrauchhalten gleichgestellt ist (BGH aaO.; OLG Schleswig NSz 1990, 340). Es ist daher ausreichend, wenn - wie bei der Benutzung eines Mietwagens nach Ablauf der Mietzeit - die Berechtigung des Täters **nachträglich wegfällt** und er die Sache somit als „Nicht-mehr-Berechtigter“ nutzt (vgl. Kindhäuser aaO. Rn. 6).“ (BGH aaO.)

## II. Anwendung auf den Fall

„Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs war die durch den Angekl. nach Ablauf der vertraglichen Mietzeit bis zum 09.04.2013 erfolgte **Weiternutzung** des Fahrzeugs als Schlafplatz zwar **unberechtigt**, d. h. gegen den Willen der Autovermietung; sie stellt jedoch **mangels Fortbewegung** des Fahrzeugs **kein Ingebrauchnehmen** im Sinne des § 248 b StGB dar.

Ein **Ingebrauchnehmen** des Fahrzeugs liegt dagegen vor, soweit der Angekl. das **Fahrzeug nach Ablauf der Mietzeit am 10.04.2013 auf das Gelände der Autovermietung zurückbrachte** und dort abstellte. Doch auch insoweit ist ein tatbestandsmäßiges Handeln des Angekl. nicht belegt, denn die StrafK hat keine Feststellungen dazu getroffen, dass die am 10.04.2013 allein zum Zwecke der Rückführung des Fahrzeugs erfolgte Ingebrauchnahme auch „gegen den Willen“ der alleinverfügbaren berechtigten Autovermietung erfolgte. Dies war hier aber erforderlich:

Ist die Nutzung eines Fahrzeugs als Fortbewegungsmittel - wie hier - gerade **nicht auf die Verletzung der uneingeschränkten Verfügungsmöglichkeiten des Berechtigten gerichtet**, sondern vielmehr auf deren Wiedereinräumung (vgl. MK/StGB-Hohmann 2. Aufl., § 248 b Rn. 12), liegt die **Vermutung** nahe, dass die Ingebrauchnahme des Fahrzeugs insoweit im **Einverständnis des Berechtigten** erfolgte. Die Rückführung eines Fahrzeugs durch einen an sich Unberechtigten erfolgt daher regelmäßig nicht „gegen den Willen des Berechtigten“, sondern ist von dessen mutmaßlichem Interesse gedeckt (OLG Düsseldorf NSz 1985, 413; LK/StGB-Vogel 12. Aufl., § 248 b Rn. 8; aA Fischer StGB, 61. Aufl., § 248 b Rn. 6). Der vom Tatbestand des § 248 b StGB vorausgesetzte entgegenstehende Wille des Berechtigten erfordert deshalb im Falle der Rückführung eines Fahrzeugs entsprechende ausdrückliche Feststellungen.

Diese waren hier auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Berechtigte Strafantrag gestellt hat, denn dieser sollte erkennbar den gesamten Zeitraum der über einen Monat verspäteten Rückgabe des Fahrzeugs erfassen, weshalb daraus nicht ohne Weiteres der Schluss gezogen werden kann, dass auch die Ingebrauchnahme des Fahrzeugs zum Zwecke der Rückführung nicht in ihrem Einverständnis lag.“ (BGH aaO.)

HVerf  
Art. 138

## Ernennung und Amtseinführung Anspruch des Bürgermeisters

öffR

(VG Kassel in NVwZ-RR 2015, 542; Beschluss vom 05.12.2015 – 8 B 2099/14)

Ein von den Bürgern zum Bürgermeister **gewählter Bewerber** hat grundsätzlich auch dann einen **Anspruch auf Ernennung und Amtseinführung**, wenn ein Wahlprüfungsverfahren anhängig ist.

**Fall:** Der Ast. – bisheriger Bürgermeister der Gemeinde A.-Stadt – führt derzeit die Amtsgeschäfte des Bürgermeisters weiter. Am 15.06.2014 wurde er in einer Stichwahl mit der Mehrheit der Stimmen für eine weitere Amtszeit zum Bürgermeister gewählt. Gegen die Gültigkeit dieser Direktwahl erhoben mehrere Wahlberechtigte der Gemeinde A.-Stadt Einsprüche wegen Unregelmäßigkeiten. Im Juli 2014 leitete die Staatsanwaltschaft X. ein Ermittlungsverfahren gegen den Ast. und weitere Personen wegen des Verdachts von Wahldelikten im Zusammenhang mit der Bürgermeister-Stichwahl in der Gemeinde A.-Stadt ein. Dieses Ermittlungsverfahren führte nur in einem Fall zur Anklageerhebung gegen den Ast., im Übrigen wurde es mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt.

In ihrer Sitzung vom 21.07.2014 erklärte die Ag. die Wahl für ungültig. Hiergegen erhob der Ast. Klage beim VG Gießen (8 (K 2109/14), über die noch nicht entschieden ist. Der Ast. forderte daraufhin die Ag. auf, die Amtseinführung nunmehr in der Sitzung am 01.12.2014 vorzunehmen. Dieses Begehren lehnte die Ag. mit Schreiben vom 17.11.2014 ab. Am 20.11.2014 hat der Ast. beim VG um Eilrechtsschutz nachgesucht.

Nach § 46 I HGO wird der Bürgermeister spätestens sechs Monate nach seiner Wahl von dem Vorsitzenden der Gemeindevertretung in öffentlicher Sitzung in sein Amt eingeführt und durch Handschlag auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Aufgaben verpflichtet. Die Amtszeit des Bürgermeisters beginnt mit dem Tag der Aushändigung einer Urkunde über die Berufung in sein Amt oder mit dem in der Urkunde genannten späteren Zeitpunkt. Dem Bürgermeister wird die Urkunde bei der Einführung von seinem Amtsvorgänger ausgehändigt, sofern sich jener noch im Amt befindet (vgl. § 46 II HGO).

„Dahinstehen kann, ob auch die **einfachgesetzliche Vorschrift** des § 46 HGO dem gewählten Bürgermeister einen **Anspruch auf Durchführung der Amtseinführung** vermittelt. Ein solcher Anspruch auf Ernennung folgt jedenfalls durch die Wahl zum Bürgermeister aus Art. 138 HVerf. der Verfassung des Landes Hessen.

Der Anspruch des gewählten Bewerbers einer Bürgermeisterwahl auf Umsetzung der Wahl durch Ernennung trägt dem Umstand Rechnung, dass die für die Ernennung notwendige **Willensbildung der Bürger durch die vollzogene Wahl unwiderruflich** erfolgt ist.“ (VG Kassel aaO.)

Dem Anspruch könnten allerdings Ausschlussstatbestand entgegenstehen.

„Eine **Unwirksamkeit der Wahl** nach § 50 Nrn. 1 – 3 HKommWahlG ist die Ausnahme, die nur in den dort eng umrissenen Fällen eingreift.

Nach dem hier allein in Betracht kommenden § 50 Nr. 2 HKommWahlG hat die Vertretungskörperschaft über die Gültigkeit der Wahl und über Einsprüche nach §§ 25, 49 in folgender Weise zu beschließen:

Sind im Wahlverfahren Unregelmäßigkeiten oder strafbare oder gegen die guten Sitten verstoßende Handlungen, die das Wahlergebnis beeinflussen, vorgekommen, bei denen nach den Umständen des Einzelfalls eine nach der Lebenserfahrung konkrete Möglichkeit besteht, dass sie auf das Ergebnis von entscheidendem Einfluss gewesen sein können, so ist

- a) wenn sich die Unregelmäßigkeiten oder die strafbaren oder gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungen nur auf einzelne Wahl- oder Briefwahlbezirke erstrecken, in diesen Wahlbezirken,
- b) wenn sich die Unregelmäßigkeiten oder die strafbaren oder gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungen auf den ganzen Wahlkreis oder auf mehr als die Hälfte der Wahl- und Briefwahlbezirke erstrecken, im ganzen Wahlkreis die Wiederholung der Wahl anzuordnen.

Auf der Grundlage dieser Vorschrift hat die Gemeindevertretung der Ag. am 21.07.2014 die Wahl für ungültig erklärt. Ob dieser Beschluss der Gemeindevertretung Bestand hat, ist Gegenstand des beim VG Gießen (8 K 2109/14) geführten Verfahrens.“ (VG Kassel aaO.)

Allerdings ist derzeit noch offen, ob Unregelmäßigkeiten im Wahlverfahren in einer Größenordnung und von einem Gewicht vorgekommen sind, die eine wahlrechtliche Erheblichkeit i.S.v. § 50 Nr. 2 HKommWahlG begründen.

„Dieser Umstand wirkt sich zum Nachteil der Ag. aus. Der so genannte **Grundsatz der Wahlbestandssicherung** erfordert es nämlich, dass ein Eingriff in den Bestand einer Wahl nur und in dem Umfang erfolgen darf, wie es durch einen festgestellten Wahlfehler nötig wird.

Das **dargelegte Regel-/Ausnahmeverhältnis** berücksichtigt zudem, dass die **Verzögerung der Amtseinführung** bei direkt gewählten Bürgermeistern zu einer **Verkürzung ihrer Amtszeit** führen kann. Dies ist im Hinblick auf das Demokratieprinzip problematisch, da Bürgermeister von den Bürgern für eine Amtszeit von sechs Jahren gewählt werden (vgl. § 39 I a 1, III 1 HGO).

Eine Wiederholungswahl, die eine volle sechsjährige Amtszeit des Bürgermeisters auszulösen vermag, findet gem. § 52 III Nr. 5 HKommWahlG nur statt, wenn die Wahl im Wahlprüfungsverfahren für ungültig erklärt wird. Würde im Wahlprüfungsverfahren eine Wahl indes für gültig erklärt, ohne dass der Bürgermeister zuvor in sein Amt eingeführt worden wäre, träte eine verfassungsrechtlich fragwürdige Verkürzung der Amtszeit ein.

Zudem hat der Gesetzgeber **ausreichende Absicherungen** geschaffen, eine **Ernennung eines Wahlbeamten wieder rückgängig** zu machen. So ist nach § 11 I Nr. 3 Buchst. c BeamtStG eine Ernennung von Anfang an nichtig, wenn die ihr zu Grunde liegende Wahl unwirksam ist. Nach § 53 HKommWahlG werden Amtshandlungen des Bürgermeisters, die vor der Rechtskraft einer Entscheidung über die Ungültigkeit der Wahl vorgenommen worden sind, in ihrer Rechtswirksamkeit durch die Ungültigkeitserklärung nicht berührt.“ (VG Kassel aaO.)

Der Ast. hat daher einen Anspruch auf Amtseinführung.

GG  
Art. 2 I

## Ärztliche Sicherungs- und Zwangsmaßnahmen Gerichtliches Genehmigungserfordernis

VerfR

(BVerfG in BeckRS 2015, 47773; Beschluss vom 10.06.2015 – 2 BvR 1967/12)

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, ob bei Vorliegen einer Vorsorgevollmacht bei der Anordnung und Durchführung ärztlicher Sicherungs- und Zwangsmaßnahmen zusätzlich die Genehmigung durch das Betreuungsgericht nach § 1906 V BGB erforderlich ist oder ob durch Erteilen der Vorsorgevollmacht wirksam auf das Erfordernis dieser Genehmigung verzichtet werden kann.

Die in einem Seniorenpflegeheim untergebrachte Beschwerdeführerin zu 1. erteilte im Jahr 2000 eine notarielle General- und Vorsorgevollmacht, mit der sie ihren Sohn, den Beschwerdeführer zu 2., bevollmächtigte, sie „soweit gesetzlich zulässig, in allen persönlichen Angelegenheiten, auch soweit sie meine Gesundheit betreffen, sowie in allen Vermögens-, Steuer- und sonstigen Rechtsangelegenheiten in jeder denkbaren Hinsicht zu vertreten und Entscheidungen für mich und an meiner Stelle ohne Einwilligung des Vormundschaftsgerichts zu treffen und diese auszuführen bzw. zu vollziehen.“

Unter „§ 3 Bereich der gesundheitlichen Fürsorge und des Selbstbestimmungsrechts“ heißt es zur Unterbringung:

„Die Vollmacht berechtigt dazu, meinen Aufenthalt zu bestimmen. Die Generalvollmacht umfasst auch die Befugnis zu Unterbringungsmaßnahmen im Sinne des § BGB § 1906 BGB, insbesondere zu einer Unterbringung, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, zur sonstigen Unterbringung in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung sowie zur Vornahme von sonstigen Freiheitsentziehungsmaßnahmen durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente o. a. auch über einen längeren Zeitraum.“

Die Beschwerdeführerin zu 1. erreichte im Sommer 2012 die Pflegestufe III. Nachdem sie mehrfach aus einem Stuhl oder ihrem Bett auf den Boden gefallen war und sich dabei Verletzungen zugezogen hatte, willigte der Beschwerdeführer zu 2. in Ausübung der Vollmacht ein, Gitter am Bett der Beschwerdeführerin zu 1. zu befestigen und diese tagsüber mit einem Beckengurt im Rollstuhl zu fixieren.

Mit angegriffenem Beschluss vom 23.09.2011 genehmigte das Amtsgericht Heilbronn die Einwilligung des Beschwerdeführers zu 2. in die freiheitsbeschränkenden Maßnahmen. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wenden sich die Beschwerdeführerin zu 1. und der Beschwerdeführer zu 2. unmittelbar gegen die fachgerichtlichen Entscheidungen und mittelbar gegen § 1906 V BGB. Sie rügen eine Verletzung des durch Art. 2 I GG garantierten Selbstbestimmungsrechts der Beschwerdeführerin zu 1. Zu Recht?

Fraglich ist, ob eine umfassende Vorsorgevollmacht eine gerichtliche Entscheidung ausschließt.

### I. Eingriff in den Schutzbereich

„Die in § 1906 V BGB festgeschriebene Verpflichtung, vor zusätzlichen Freiheitsbeschränkungen **trotz Einwilligung der durch Vorsorgevollmacht Bevollmächtigten eine gerichtliche Genehmigung der Einwilligung einholen zu müssen**, greift zwar in das Selbstbestimmungsrecht der Beschwerdeführerin zu 1. aus Art. 2 I GG ein. Das Recht auf Selbstbestimmung wird jedoch **nicht uneingeschränkt**, sondern nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet. Bestandteil dieser verfassungsmäßigen Ordnung ist jede Rechtsnorm, die formell und materiell der Verfassung gemäß ist (BVerfGE 59, BVERFGE Jahr 59 Seite 275 [278]; st. Rspr.). Diese Voraussetzung erfüllt die angegriffene Vorschrift des § 1906 V BGB,

aufgrund derer die Fachgerichte die Einwilligung des Beschwerdeführers zu 2. in die freiheitsbeschränkenden Maßnahmen bezüglich der Beschwerdeführerin zu 1. genehmigt haben.“ (BVerfG aaO.)

## II. Rechtfertigung

„Der in der Pflicht zur Einholung einer **gerichtlichen Genehmigung der Einwilligung des Bevollmächtigten** in die zusätzlichen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen liegende Eingriff ist allerdings nicht ohne Weiteres bereits vor dem Hintergrund des in Artikel 104 II 1 GG festgeschriebenen Richtervorbehalts gerechtfertigt.

### 1. Entsprechende Anwendung auf privat bestellten Betreuer

„Auch soweit dessen **unmittelbare Geltung bei einer durch den staatlich bestellten Betreuer veranlassten zusätzlichen Freiheitsbeschränkung** des Betroffenen feststeht (vgl. für das Rechtsinstitut der Vormundschaft BVerfGE 10, BVerfGE Jahr 10 Seite 302 [302; 326 f.]), ist die **entsprechende Anwendung** des Richtervorbehalts auf einen **nach privatautonomen Grundsätzen bestellten Bevollmächtigten**, der die öffentlich-rechtliche Bestellung eines Betreuers entbehrlich macht, zweifelhaft.

Das die Notwendigkeit der Einrichtung einer Betreuung ersetzende Institut der Vorsorgevollmacht beruht auf einer privat-autonomen Entscheidung, die darauf gerichtet ist, bei Verlust eigener Entscheidungsfähigkeit **nicht unter staatliche Fürsorge gestellt**, sondern durch (vertraute) Privatpersonen verantwortungsvoll versorgt zu werden. Dies weckt **Zweifel an dem den Richtervorbehalt** erfordernden öffentlich-rechtlichen Charakter der Freiheitsentziehung (vgl. für ein ausdrückliches Offenlassen entsprechender Anwendung des Artikel 104 II GG auf eine von Eltern veranlasste Unterbringung der Kinder BVerfGE 10, BVerfGE 10, 302 [328]), kann hier aber dahinstehen.

Der **Staat** ist durch Art. 2 II 1 und Satz 2 i.V.m. Art. 1 I 2 GG **verpflichtet**, sich dort **schützend und fördernd** vor das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit und die sexuelle Selbstbestimmung des Einzelnen zu stellen und sie vor **Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren** (vgl. BVerfGE 39, 1 [42]; 46, 160 [164]; 121, 317 [356]; BVerfGE 17, 1 [5]), wo die Grundrechtsberechtigten selbst nicht (mehr) dazu in der Lage sind (vgl. jüngst Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 23. März 2015 - BvR 1304/12 - juris, Rn. 13). Dabei ist einhellig anerkannt, dass es im Rahmen des straf- und zivilrechtlichen Freiheitsschutzes § 239 StGB, § 823 BGB) bei der Bestimmung, ob eine Verletzung der Freiheit des Betroffenen vorliegt, lediglich auf dessen **tatsächlichen, natürlichen Willen**, nicht auf den Willen seines gesetzlichen Vertreters ankommt (BVerfGE 10, 302 [309]) und **fehlende Einsichts- und Geschäftsfähigkeit** den Schutz des Art. 2 II 2 GG nicht von vornherein entfallen lässt (vgl. BVerfGE 10, 302 [309]; 58, 208 [224]; 128, 282 [301]).“ (BVerfG aaO.)

### 2. Verhältnismäßigkeit

Der zugleich hierin liegende Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen aus Art. 2 I GG muss aber im Hinblick auf diesen Schutz auch verhältnismäßig sein.

„[Im] Rahmen von § 1904 BGB geht es darum, festzustellen, ob die Einwilligung in die anstehende Maßnahme tatsächlich dem **ermittelten, individuell-mutmaßlichen Patientenwillen** entspricht (vgl. die Gesetzesbegründung zur Einführung des § 1904 IV, BT-Drucks. 16/8442, S. 19), wobei gerade nach Maßgabe des § 1901a BGB immer auch der **akute natürliche Wille** in die Bestimmung des Gewollten mit einzubeziehen ist. Nach der Gesetzesbegründung umfasst die **Prüfung alle Gesichtspunkte**, die sich aus der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation der Betroffenen ergeben, insbesondere auch die Prüfung, ob das **aktuelle Verhalten der nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten konkrete Anhaltspunkte** dafür zeigt, dass sie unter den gegebenen Umständen den zuvor schriftlich geäußerten Willen nicht mehr gelten lassen wollen (BT-Drucks. 16/8442, S. 14 f.). Derartige Anhaltspunkte können sich nach der Gesetzesbegründung insbesondere aus dem **situativ-spontanen Verhalten der Patienten** gegenüber vorzunehmenden oder zu unterlassenden ärztlichen Maßnahmen ergeben (vgl. BT-Drucks. 16/8442, S. 15). Die nach § 1904 BGB vorzunehmenden Maßnahmen sollen also dem Willen der Patienten (der auch unter Einbeziehung des - nur noch - natürlichen Willens zu ermitteln ist) entsprechen; erst soweit über dessen Inhalt keine Einigkeit erzielt werden kann, ist das Gericht einzuschalten. Demgegenüber soll im Rahmen von § 1906 BGB der jedenfalls noch **vorhandene natürliche Wille der Betroffenen überwunden** werden. Vor diesem Hintergrund ist die unterschiedliche Handhabung der Erforderlichkeit des gerichtlichen Genehmigungserfordernisses gerechtfertigt.“ (BVerfG aaO.)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 544 I 2 Fall 2

### Verkündetes, aber nicht zugestelltes Urteil Lauf der Rechtsmittelfrist

ZivilProzR

(BGH in MDR 2015, 789; Beschluss vom 12.02.2015 – IX ZR 156/14)

1. Nach § 165 S. 1 ZPO kann die **Beachtung** der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen **Förmlichkeiten nur durch das Protokoll** bewiesen werden.
2. Durch den Verweis auf das **anliegende Urteil** ist der Bezug zwischen dem Verkündungsprotokoll und dem verkündeten Urteil eindeutig und muss das Verkündungsprotokoll **nicht fest mit dem verkündeten Urteil verbunden** sein.
3. Allerdings liegt ein sog. Nichturteil vor, wenn bei der Verkündung des angefochtenen Urteils gegen unerlässliche Formvorschriften verstoßen wurde.
4. Die Beweiskraft der Sitzungsniederschrift kann nur durch den Nachweis der **Protokollfälschung** zerstört werden.
5. Eine solche Fälschung liegt vor, wenn eine Feststellung im Protokoll **wissentlich falsch** getroffen oder ihre Niederschrift **nachträglich vorsätzlich gefälscht** (§§ 267, 271, 348 StGB) worden.

#### A. Verständnisgrundlagen: Die Nichtzulassungsbeschwerde, § 544 ZPO

In einem Berufungsurteil ist von Amts wegen über die Zulassung der Revision zu entscheiden. Erfolgt keine ausdrückliche Entscheidung über die Zulassung, gilt die Zulassung als verweigert.

Hat das Berufungsgericht in seinem Urteil die Revision nicht zugelassen oder enthält das Urteil keinen Ausspruch über die Zulassung der Revision, kann der Rechtsmittelführer die Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO VwGO erheben.

##### I. Die Zulässigkeit der Beschwerde

###### 1. Zuständiges Gericht

Der Antrag auf Zulassung der Revision ist beim Revisionsgericht einzureichen.

2. Die Zulassung der Revision kommt nur dann in Betracht, wenn die Entscheidung, gegen welche Zulassung erfolgen soll, auch der Revision unterliegt.

Ausgenommen sind nach § 542 II ZPO nur Urteile, durch die über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung entschieden worden ist. Dasselbe gilt für Urteile über die vorzeitige Besitzeinweisung im Enteignungsverfahren oder im Umlegungsverfahren.

3. **Beschwerdeberechtigt** sind nur die Beteiligten des vorhergehenden Verfahrens.

###### 4. Beschwer

Der Beschwerdeführer muss durch die angefochtene Entscheidung beschwert sein.

###### 5. Form

Die Nichtzulassungsbeschwerde muss **schriftlich** und **mit eigenhändiger Unterschrift** erhoben werden.

###### 6. Frist

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist gem. § 544 I 2 ZPO binnen einer **Frist von einem Monat** nach Zustellung des Urteils zu erheben. Die Begründung muss innerhalb von 2 Monaten nach Zustellung erfolgen (§ 544 II ZPO).

## 7. Inhalt der Beschwerdeschrift

Die Antragschrift muss das **angefochtene Urteil bezeichnen**. Darüber hinaus muss eine konkrete Begründung im Hinblick auf **einen bestimmten Zulassungsgrund** erfolgen. Die Begründung hat genau zwischen den verschiedenen Zulassungsgründen zu unterscheiden.

## II. Begründetheit der Nichtzulassungsbeschwerde

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet, wenn ein Zulassungsgrund des § 543 II ZPO vorliegt.

### 1. Grundsatzrevision

Nach § 543 II Nr. 1 ZPO ist die Revision zuzulassen, wenn die maßgeblichen Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung haben. Erforderlich sind daher:

- **Verallgemeinerungsfähigkeit**
- **Klärungsbedürftigkeit**
- **Entscheidungserheblichkeit**

### 2. Fortbildung des Rechts

Die Voraussetzungen für eine Zulassung zur Fortbildung des Rechts nach § 543 II Nr. 2 1. Alt ZPO sind gegeben, wenn der Einzelfall Veranlassung gibt, **Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts** aufzustellen oder **Gesetzeslücken** auszufüllen. Hierzu besteht nur dann Anlass, wenn es für die rechtliche Beurteilung typischer oder jedenfalls verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer richtungsweisenden Orientierungshilfe („Leitentscheidung“) ganz oder teilweise fehlt (BGHZ 151, 221 (225) = NJW 2002, 3029; 154, 288 (292) = NJW 2003, 1943; NJW 2003, 437; NJW 2003, 3352; NJW-RR 2003, 132; GuT 2007, 132).

### 3. Einheit der Rechtsprechung

Zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rspr nach § 543 II Nr. 2 2. Alt ZPO ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts erforderlich, wenn nur so zu vermeiden ist, dass **schwer erträgliche Unterschiede in der Rspr** entstehen oder fortbestehen, wobei es darauf ankommt, welche **Bedeutung die angefochtene Entscheidung für die Rspr im ganzen** hat (BGHZ 154, 288 = NJW 2003, 1943; BT-Drs 14/4722, 104).

## B. Lauf der Rechtsmittelfrist bei verkündetem, aber nicht zugestelltem Urteil (vgl. BGH MDR 2015, 789)

**Fall:** Der Kl. verlangte von der beklagten S Zahlung von Masseprovision für die freihändige Veräußerung von zur Masse gehörenden, zu Gunsten der Bekl. belasteten Grundstücken auf Grund einer Vereinbarung, die die Parteien unterschiedlich auslegen. Seine Klage wurde abgewiesen. Das BerGer. sah weiteren Klärungsbedarf, weswegen die Parteien auf Vorschlag des Gerichts einen widerruflichen Vergleich schlossen. Für den Fall des Widerrufs bestimmte das Gericht einen Verkündungstermin auf den 22.06.2006. Der Kl. widerrief den Vergleich.

Im Juni 2009 suchte der Prozessbevollmächtigte des Kl. das BerGer. auf, um Akteneinsicht zu nehmen. Dabei stellte er fest, dass ein handschriftlich ausgefülltes und unterschriebenes Verkündungsprotokoll mit dem Datum des 22.06.2006 und ein handschriftlicher, unterschriebener Urteilstenor lose bei der Akte lagen. Von diesen Urkunden sind Leseabschriften gefertigt und den Parteien am 11.02.2014 zugestellt worden. Am 04.07.2014 hat der Kl. Nichtzulassungsbeschwerde gegen diese Entscheidung eingelegt und diese am 04.08.2014 begründet. Ist die Nichtzulassungsbeschwerde zulässig?

### I. Monatsfrist nach § 544 I 2 Fall 1 ZPO

Die Nichtzulassungsbeschwerde muss nach § 544 I 2 BGB grundsätzlich innerhalb einer Notfrist von einem Monat nach Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils erhoben werden. Hier lag ein in vollständiger Form abgefasstes Urteil jedoch zu keiner Zeit vor.

## II. 6-Monatsfrist nach § 544 I 2 Fall 2 ZPO

Gleichwohl läuft für die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 I 2 2. Fall ZPO eine Frist von 6 Monaten, wenn das Urteil zumindest verkündet wurde und für ihre Begründung eine Frist von 7 Monaten nach § 544 II 1 ZPO. Hier wurde die Nichtzulassungsbeschwerde jedoch 7 Jahre später erhoben.

### 1. Vorliegen eines Urteils im Rechtssinne

Allerdings ist diese Frist nur dann maßgeblich, wenn das unterschriebene Verkündungsprotokoll und der handschriftliche, unterschriebene Urteilstenor als Urteil im Rechtssinne angesehen werden können.

„Nach § 165 S. 1 ZPO kann die **Beachtung** der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen **Förmlichkeiten nur durch das Protokoll** bewiesen werden. Zu diesen Förmlichkeiten gehört gem. § 160 III Nr. 7 ZPO auch die Verkündung des Urteils. Ausweislich des **Verkündungsprotokolls v. 22.06.2006** wurde in Abwesenheit der Parteien durch den Einzelrichter „anliegendes Urteil verkündet“. Damit ist dem Erfordernis des § 160 III Nr. 7 ZPO genügt (vgl. BGH, Urt. v. 07.10.1953 – II ZR 208/52, BGHZ 10, 327 [329]; Urt. v. 16.10.1984 – VI ZR 205/83, MDR 1985, 396 = NJW 1985, 1782 f.) und gem. § 165 Satz 1 ZPO die Verkündung des in Bezug genommenen Urteils v. 22.06.2006 bewiesen (vgl. BGH v. 11.10.1994, aaO.). Durch den Verweis auf das **anliegende Urteil** ist der Bezug zwischen dem Verkündungsprotokoll und dem verkündeten Urteil eindeutig und muss das Verkündungsprotokoll **nicht fest mit dem verkündeten Urteil verbunden** sein. Denn ein anderes Urteil als das angefochtene findet sich nicht bei den Akten.

Damit ist eine **zweifelsfreie Zuordnung des Verkündungsprotokolls zu dem verkündeten Urteil** möglich, ohne dass es auf eine körperliche Verbindung dieser Schriftstücke ankommt (vgl. BGH, Beschl. v. 07.07.2004 – XII ZB 12/03, NJW-RR 2004, 1651 f.).“ (BGH aaO.)

### 2. Missachtung unerlässlicher Formvorschriften - Nichturteil

Gleichwohl läge keine wirksame Verkündung vor, wenn das Berufungsgericht bei der Verkündung des angefochtenen Urteils gegen unerlässliche Formvorschriften verstoßen hätte. Das verkündete Urteil wäre dann als Nichturteil anzusehen (vgl. Musielak in MüKo-ZPO, 4. Aufl., § 310 Rn. 11, 13).

„Zwar war das angefochtene Urteil **entgegen § 310 II ZPO bei der Verkündung nicht in vollständiger Form abgefasst**. Doch ist die Verkündung eines Urteils in einem dazu anberaumten Termin auch dann wirksam, wenn das Urteil bei der Verkündung noch nicht in vollständiger Form vorliegt. Denn auch dann, wenn bei einer Verkündung nach § 310 II ZPO **Tatbestand und Entscheidungsgründe noch nicht abgesetzt** sind, wird nicht ein Entwurf, sondern bereits ein Urteil verkündet (BGH, Beschl. v. 02.03.1988 – IVa ZB 2/88, MDR 1988, 567 = NJW 1988, 2046). An einer wirksamen Verlautbarung des Urteils fehlt es ferner nicht deshalb, weil das Protokoll v. 22.06.2006 **nicht ausweist, in welcher der beiden nach § 311 II 1 u. 2 ZPO hier möglichen Formen das Urteil verkündet worden ist**. Wegen der Gleichwertigkeit beider Verlautbarungsformen reicht es aus, wenn im Protokoll angegeben ist, dass das „anliegende Urteil verkündet“ worden ist (vgl. BGH v. 11.10.1994, aaO.).“ (BGH aaO.)

### 3. Beweiskraft des Protokolls

Allerdings könnte das Protokoll insofern fehlerhaft sein. Nach § 165 S. 2 ZPO kann die Beweiskraft der Sitzungsniederschrift aber nur durch den Nachweis der **Protokollfälschung** zerstört werden.

„Eine solche Fälschung liegt vor, wenn eine Feststellung im Protokoll **wissentlich falsch** getroffen oder ihre Niederschrift **nachträglich vorsätzlich gefälscht** (§§ 267, 271, 348 StGB) worden ist (Wagner in MüKo-ZPO, aaO., § 165 Rn. 18). Der ihm obliegende Nachweis einer Protokollfälschung ist dem Kläger nicht gelungen (vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 03.03.2004 – VIII ZB 121/03, juris; v. 26.05.2010 – XII ZB 205/08 – Rn. 19, FamRZ 2010, 1326). Der entscheidende Richter hat in seiner dienstlichen Stellungnahme v. 26.10.2010 bestätigt, das Urteil am 22.06.2006 verkündet zu haben, indem er angegeben hat, zum **Absetzen der Entscheidungsgründe** des aus seiner Sicht rechtskräftigen Urteils sei er **wegen der Arbeitsüberlastung nicht gekommen**.“ (BGH aaO.)

### 4. Abweichung wegen Verkündungstermin nach Vergleichswiderruf

Es könnte sich aber etwas anderes aus dem Umstand ergeben, dass die Verkündung des Urteils nach dem Widerruf des Vergleichs erfolgt ist. Der BGH hatte in seinem Urteil vom 20.04.1977 – IV ZR 68/76, MDR 1977, 1006 f. = BB 1977, 1121 zu § 571 ZPO entschieden, dessen Regelungsgehalt § 544 I ZPO entspricht, dass die 6-Monatsfrist nicht gilt, wenn die durch das Urteil beschwerte Partei **im Verhandlungstermin nicht vertreten** und zu diesem Termin auch **nicht ordnungsgemäß geladen** war.

„Denn dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass eine Partei, die vor Gericht streitig verhandelt hat, mit dem Erlass einer Entscheidung rechnen muss; es kann ihr daher zugemutet werden, sich **danach zu erkundigen**, ob und mit welchem Inhalt eine solche Entscheidung ergangen ist.

Der Kläger hat hier jedoch als beschwerte Partei **streitig verhandelt** und **kannte** deswegen den angesetzten **Verkündungstermin**. ... Denn das Berufungsgericht hat am Schluss der Verhandlung einen „Termin zur Verkündung einer Entscheidung“ anberaumt. In einem solchen Fall müssen die Parteien auch **mit dem Erlass eines Urteils rechnen** (vgl. BGH, Beschl. v. 29.09.1983 – III ZB 14/83, VersR 1983, 1082). Nachdem der Verkündungstermin verstrichen war, ohne dass dem Kläger eine Entscheidung zugestellt worden war, hat er **nicht alles ihm Zumutbare unternommen**, den Inhalt der verkündeten Entscheidung in Erfahrung zu bringen. Vielmehr hat er sich erstmals mit Schriftsatz vom 03.04.2009 – also über anderthalb Jahre nach Ablauf der Rechtsmittelfrist – nach der Entscheidung erkundigt. Deswegen folgt die Unanwendbarkeit von § 544 I und 2 ZPO auch nicht aus dem Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 20 II GG).“ (BGH aaO.)

### III. Ergebnis

Die Frist für die Erhebung der Nichtzulassungsbeschwerde wurde versäumt. Sie ist unzulässig.

**Wirkung der Restschuldbefreiung  
Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch**

(BVerwG in NZI 2015, 629; Urteil vom 26.02.2015 – 3 C 8.14)

1. Der Erlass eines Leistungsbescheides während des Insolvenzverfahrens ist grundsätzlich unzulässig.
2. Ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch gem. § 49 a I VwVfG ist i.S.v. § 38 InsO bereits dann begründet und damit Insolvenzforderung, wenn **vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Widerrufgrund** der Zweckverfehlung gem. § 49 III 1 Nr. 1 VwVfG gegeben ist.
3. Ein vom Insolvenzverfahren umfasster Anspruch ist **begründet** ist, wenn der **anspruchsbegründende Tatbestand bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllt** ist.
4. Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch des § 49 a VwVfG entsteht, wenn der Verwaltungsakt, der der Leistung zu Grunde liegt, **mit Wirkung für die Vergangenheit aufgehoben** worden und damit der **Rechtsgrund der Leistung beseitigt** ist.
5. In der Rechtsprechung des BVerwG ist anerkannt, dass wegen des haushaltsrechtlichen Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei Zuwendungen, die ihren **Zweck verfehlen, im Regelfall das Widerrufsermessen nur durch Widerruf fehlerfrei ausgeübt** werden kann. Das Ermessen ermöglicht lediglich eine Abweichung im Einzelfall durch Absehen vom Widerruf.

**Fall:** Die Beteiligten streiten darüber, ob die Rückforderung einer Subvention von der dem Kl. erteilten Restschuldbefreiung erfasst wird. Der Bekl. gewährte dem Kl. mit Zuwendungsbescheid vom 27.02.1998 eine Finanzierungshilfe aus Mitteln der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ über umgerechnet 23.519,43 € zur Errichtung einer Betriebsstätte und zur Schaffung eines Dauerarbeitsplatzes, der für einen Zeitraum von fünf Jahren nach Abschluss des Investitionsvorhabens nachzuweisen war. In dem Bescheid wurde darauf hingewiesen, dass die Bewilligung widerrufen werde und ausgezahlte Mittel zurückgefordert würden, wenn der Dauerarbeitsplatz nicht für mindestens den genannten Zeitraum vorhanden sei.

Zur Verwirklichung des Vorhabens beschaffte sich der Kl. bis in den Herbst 1998 hinein verschiedene Investitionsgüter (letzte Rechnung: 17.11.1998). Im März, spätestens aber im Mai 2003 stellte der Kl. den Geschäftsbetrieb ein. Das AG Hanau eröffnete am 25.02.2004 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Kl. Mit Bescheid vom 19.08.2005 widerrief der Bekl. den Zuwendungsbescheid und forderte den Kl. zur Rückzahlung der ausgezahlten Mittel auf. Das Insolvenzverfahren war zu diesem Zeitpunkt bereits wieder aufgehoben.

Zur Begründung verwies er darauf, dass der Kl. die Schaffung eines Dauerarbeitsplatzes nicht nachgewiesen habe und er daher davon ausgehen müsse, dass diese Fördervoraussetzung nicht erfüllt sei. Der Bescheid wurde am 31.05.2006 zugestellt, worauf der Kl. unter Verweis auf das Insolvenzverfahren Widerspruch erhob, der mit Widerspruchsbescheid vom 25.07.2006 zurückgewiesen wurde. Zur Begründung führte die Widerspruchsbehörde unter anderem aus, das Investitionsvorhaben sei am 17.11.1998 abgeschlossen worden. Der Kl. habe seine selbstständige Tätigkeit bereits im März 2003 und damit innerhalb des Überwachungszeitraums eingestellt, so dass die Fördervoraussetzungen nicht erfüllt seien.

Das AG Hanau erteilte dem Kl. nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode mit Beschluss vom 30.03.2010 Restschuldbefreiung gem. § 300 InsO. Parallel dazu forderte der Bekl. den Kl. unter Fristsetzung zur Zahlung der Rückforderungssumme auf und leitete nachfolgend die Vollstreckung ein.

Zu Recht?

Der Vollstreckung des Rückforderungsanspruchs aus dem Bescheid vom 19.08.2005 könnte die dem Kl. erteilte Restschuldbefreiung entgegenstehen.

Da der Anspruch bereits bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet war und die Restschuldbefreiung damit auch gegenüber dem Bekl. wirkt.

Das **Insolvenzverfahren** nach der InsO vom 05.10.1994 (BGBl I 1994, 2866, zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 31.08.2013, BGBl I 2013, 3533) dient der gemeinschaftlichen **Befriedigung aller persönlichen Gläubiger** des Insolvenzschuldners, die einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens **begründeten Vermögensanspruch** gegen ihn haben (Insolvenzgläubiger, §§ 1 S. 1, 38 InsO).

## I. Kein Leistungsbescheid nach Insolvenzeröffnung

„Es erfasst neben **privatrechtlichen Ansprüchen** auch **Steuerforderungen, öffentliche Abgaben und sonstige öffentlich-rechtliche Forderungen**, wie sich etwa aus §§ 55 IV und 185 InsO ableiten lässt und daraus folgt, dass der Gesetzgeber für diese Ansprüche jenseits der InsO keine insolvenzrechtlichen Sondervorschriften getroffen hat (zur Gesamtvollstreckungsordnung BVerwG, NJW 2003, 3576). Das führt unter anderem dazu, dass die **Träger der öffentlichen Verwaltung ihre Insolvenzforderungen nur nach Maßgabe der InsO geltend machen können** (§ 87 InsO); damit ist der Erlass eines Leistungsbescheids während des Insolvenzverfahrens grundsätzlich unzulässig (BVerwG, NJW 2003, 3576 m.w.N.; Buchholz 401.0 § 251 AO Nr. 1 = BeckRS 1997, 31225549 und Buchholz 316 § 49 VwVfG Nr. 32 = BeckRS 1997, 14631; auch für die Aufhebung der Bewilligung einer Investitionszulage und Nichtigkeit annehmend: BFHE 241, 291 = NZI 2013, 1086 Rn. 17 ff., 21; BFH, BFH/NV 2012, 989 = BeckRS 2012, 94812 Rn. 8; BFHE 207, 10 [15] = NJW 2005, 782 m.w.N.).“ (BVerwG aaO.)

Im vorliegenden Fall war das Insolvenzverfahren allerdings vor Zustellung des Widerrufs- und Rückforderungsbescheids vom 19.08.2005 sowie Erlass des Widerspruchsbescheids aufgehoben worden. Die vorstehenden Erwägungen greifen daher hier nicht.

## II. Wirkung der Restschuldbefreiung

Allerdings könnte die dem Kl. gem. § 300 InsO erteilte Restschuldbefreiung einer Vollstreckung des Rückforderungsanspruchs entgegenstehen. Die Restschuldbefreiung hat zur Folge, dass die Forderungen der Insolvenzgläubiger nicht mehr erzwingbar sind und sich in unvollkommene Verbindlichkeiten wandeln (§ 301 III InsO). Dies setzt jedoch voraus, dass der Rückforderungsanspruch schon im Zeitpunkt der Einleitung des Insolvenzverfahrens als begründeter Vermögensanspruch angesehen werden kann.

„Der Begriff des „**begründeten**“ **Vermögensanspruchs** dient dazu, die als Insolvenzforderungen vom Insolvenzverfahren erfassten Verbindlichkeiten gegenüber nicht berücksichtigungsfähigen Rechtspositionen, Neuschulden und insbesondere Masseverbindlichkeiten abzugrenzen. Die Restschuldbefreiung knüpft hieran an, denn sie wirkt gegen alle Insolvenzgläubiger (§ 301 I 1 InsO). Unter welchen Voraussetzungen ein Vermögensanspruch i.S.v. § 38 InsO begründet ist, ist insolvenzrechtlich **zu bestimmen** (vgl. BFH, BFH/NV 2006, 369 = BeckRS 2005, 25008962 Rn. 6; BVerwGE 122, 75 [79] = NZI 2005, 51). Auf der **Grundlage des einschlägigen öffentlichen Rechts** ist nur zu beantworten, ob bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens diese Voraussetzungen erfüllt waren.“ (BVerwG aaO.)

### 1. Begriff des begründeten Vermögensanspruchs

Der Rückforderungsanspruch wurde zwar erst durch den Leistungsbescheid tituliert und ist auch erst dann fällig geworden. Es könnte aber darauf ankommen, wann die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für eine Rückforderung vorgelegen haben.

„Begründet ist ein Anspruch nicht erst dann, wenn er bereits entstanden ist. Auch ein Anspruch, der noch nicht fällig (betagt) ist oder dessen Entstehung vom Eintritt einer zeitlichen Voraussetzung abhängen soll (befristeter Anspruch) und selbst ein Anspruch, der erst mit dem Eintritt einer Bedingung entsteht, ist gem. §§ 41, 42, 191 InsO bereits begründet. Allerdings soll es der Gemeinschuldner nicht in der Hand haben, die Schuldenmasse zu vermehren. Ein Anspruch, der vom Eintritt einer Bedingung abhängt, die allein im Willen des Gemeinschuldners steht, ist daher vor Bedingungseintritt nicht begründet (§ 81 I 1 InsO; vgl. Jaeger/Henckel, InsO, § 38 Rn. 88; HK-InsO/Lüdtke, 5. Aufl. 2015, § 38 Rn. 33). Umgekehrt gilt, dass ein **Anspruch nicht erst dann begründet** ist, wenn ein für seine Entstehung **notwendiges Gestaltungsrecht durch den Gläubiger ausgeübt** wurde, etwa eine Kündigung ausgesprochen ist (BGHZ 150, 305 [312] = NZI 2002, 425; BGHZ 72, 263 [266] = NJW 1979, 310; zur Insolvenzanfechtung vgl. BFH, ZIP 2008, 1780 = BeckRS 2008, 25013224 Rn. 16 f.). Aufschiebend bedingte Forderungen, die in diesem Sinne eine haftungsrechtliche Anwartschaft des Gläubigers begründen, sind als Insolvenzforderungen zu berücksichtigen (vgl. Jaeger/Henckel, § 38 Rn. 87; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 13. Aufl. 2010, § 38 Rn. 33). Allgemein gilt, dass ein **Anspruch begründet** ist, wenn der **anspruchsbegründende Tatbestand bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllt** ist. Das Schuldverhältnis – der so genannte Schuldrechtsorganismus, der die Grundlagen des Anspruchs bildet – muss bestanden haben, auch wenn sich hieraus der Anspruch erst später ergibt (BGH, ZInsO 2005, 537 [538] = BeckRS 2005, 05085 m.w.N.; Uhlenbruck/Sinz, § 38 Rn. 26; MüKO-Ehricke, 3. Aufl. 2013, § 38 Rn. 16; FK-InsO/Bornemann, 7. Aufl. 2013, § 38 Rn. 14; HK-InsO/Lüdtke, § 38 Rn. 30). Mit anderen Worten muss der Rechtsgrund seiner Entstehung bereits gelegt sein (BFH, ZIP 1994, 1286 [1287] = BeckRS 1993, 06266; ZIP 2008, 1780 = BeckRS 2008, 25013224 Rn. 17).“ (BVerwG aaO.)

### 2. Anwendung auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch

#### a) Entstehung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs

Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch könnte schon zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sein.

Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch des § 49 a VwVfG entsteht, wenn der Verwaltungsakt, der der Leistung zu Grunde liegt, **mit Wirkung für die Vergangenheit aufgehoben** worden und damit der **Rechtsgrund der Leistung beseitigt** ist (§ 49 a I 1 VwVfG; BVerwG, Buchholz 316 § 49 VwVfG Nr. 32 = BeckRS 1997, 14631). Das geschah hier erst nach der Insolvenzeröffnung mit Zustellung des Widerrufsbescheids am 31.05.2006.

*„Der Anspruch war bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch **nicht deshalb entstanden**, weil der **Widerruf mit Wirkung für die Vergangenheit** erfolgte. Die Notwendigkeit, im Insolvenzverfahren die Insolvenzgläubiger bestimmen zu können, schließt es aus, die Rückwirkung des Widerrufs zu berücksichtigen. Ebenso wenig lässt sich die Annahme eines begründeten Anspruchs allein darauf stützen, dass der **Widerrufsgrund der Zweckverfehlung zum Tatbestand und das Ermessen zur Rechtsfolge** des § 49 III 1 Nr. 1 VwVfG gehört. Denn der Erstattungsanspruch gem. § 49 a I 1 VwVfG setzt den Widerruf und damit sowohl einen Widerrufsgrund als auch die Ermessensausübung für seine Entstehung voraus.“* (BVerwG aaO.)

Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch war damit zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht entstanden.

#### b) Begründung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs

Gleichwohl könnte im insolvenzrechtlichen Sinne schon ein begründeter Anspruch vorgelegen haben, da auf der Grundlage des mit dem Zuwendungsbescheid vom 27.02.1998 entstandenen Rechtsverhältnisses der Widerrufsgrund der Zweckverfehlung gem. § 49 III 1 Nr. 1 VwVfG mit der vorzeitigen Geschäftsaufgabe gegeben war und damit die den Erstattungsanspruch materiell begründenden Umstände eingetreten waren.

*„Die Regelung zum **Widerruf eines Verwaltungsakts wegen Zweckverfehlung** gem. § 49 III 1 Nr. 1 VwVfG geht auf § 44 a BHO zurück und beruht auf der Aussage, dass die Rückforderung von Haushaltsmitteln in Fällen der Zweckverfehlung möglich sein müsse (BT-Drs. 13/1534, 5). In der Rechtsprechung des Senats ist anerkannt, dass wegen des haushaltsrechtlichen Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei Zuwendungen, die ihren **Zweck verfehlen, im Regelfall das Widerrufsermessen nur durch Widerruf fehlerfrei ausgeübt** werden kann (BVerwGE 105, 55 [58] = NJW 1998, 2233). Dem liegt zu Grunde, dass der Erstattungsanspruch materiell von der Zweckverfehlung getragen wird und keiner weiteren rechtfertigenden Umstände bedarf. Das auf dieser Grundlage auszuübende Ermessen ermöglicht es, im Einzelfall vom Widerruf und damit der Rückforderung abzuweichen, und hat somit eine potenziell rechtsvernichtende Funktion. Jenseits der rechtlichen Bindungen des Ermessens liegt es auch nicht mehr in der Hand des Gläubigers, den Widerruf zu verhindern. Es **kommt daher nicht darauf an, dass das Ermessen ausgeübt wurde, um den Erstattungsanspruch i.S.v. § 38 InsO zu begründen**. Dementsprechend hängt die **Begründung des Anspruchs auch nicht** von einem **wirksamen Widerrufsbescheid** ab.“* (BVerwG aaO.)

#### c) Kenntnis des Gläubigers

Fraglich ist allerdings, ob es für die Annahme der Anspruchsbegründung darauf ankommt, dass der Bekl. Kenntnis vom Widerrufsgrund hatte um annehmen zu können, dass der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch zum zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet war.

*„[Die Restschuldbefreiung] erfasst Forderungen zwar auch dann, wenn sie nicht angemeldet wurden (§ 301 I 2 InsO). Das kann aber auch andere Ursachen als die fehlende Kenntnis von den Widerrufsvoraussetzungen haben. Darüber hinaus trifft es zu, dass der Erstattungsanspruch erst entsteht, wenn der Zuwendungsbescheid widerrufen ist, was die Kenntnis des Widerrufsgrunds voraussetzt. Die verwaltungsverfahrensrechtliche Notwendigkeit des Widerrufs **rechtfertigt es jedoch nicht**, anders als für den entsprechenden zivilrechtlichen Kondiktionsanspruch der ungerechtfertigten Bereicherung wegen Nichterreichens des bezweckten Erfolgs, den **öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch erst mit der Kenntnis des Widerrufsgrunds** als begründet zu erachten und damit im Ergebnis zu privilegieren. Dafür bietet die Insolvenzordnung keine Grundlage. Auch allgemein gilt, dass der **anspruchsbegründende Sachverhalt vorliegen** muss, Kenntnis hiervon aber nicht erforderlich ist. Vor diesem Hintergrund ist auch die Entscheidungsfrist des § 49 III 2 i.V.m. § 48 IV VwVfG ohne Bedeutung, ganz abgesehen davon, dass im Insolvenzverfahren die speziellen Vorschriften der InsO für die Geltendmachung von Insolvenzforderungen maßgeblich sind.“* (BVerwG aaO.)

Damit kommt es auch für die Restschuldbefreiung, die mit Ausnahme der in § 302 InsO genannten Verbindlichkeiten alle Insolvenzforderungen erfasst (§ 301 I 1 InsO), nicht auf die Kenntnis der eine Insolvenzforderung begründenden Umstände

an. Ebenso wenig hängt die Wirkung der Restschuldbefreiung von der Kenntnis der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ab.

*„Jenseits des Schutzes, den § 826 BGB in den Fällen gewährt, in denen der Insolvenzschuldner einen Anspruch eines Gläubigers bewusst zur Erreichung der Restschuldbefreiung verschweigt, hat der Gesetzgeber dem **Interesse der Rechtssicherheit einer umfassenden Restschuldbefreiung Vorrang gegenüber Erwägungen der materiellen Gerechtigkeit** gegeben (BGH, WM 2011, 271 = BeckRS 2011, 01769 Rn. 19 ff.). Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen bestehen nicht, zumal der Bekl. eigenständig in der Lage gewesen wäre, nicht nur von der Bekanntmachung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern auch vom Vorliegen des Widerrufsgrunds Kenntnis zu erlangen.“* (BVerwG aaO.)

Der Bekl. kann sich auch nicht darauf berufen, dass der Kl. nach dem Zuwendungsbescheid und dessen allgemeinen Nebenbestimmungen verpflichtet war, einen Insolvenzantrag und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unverzüglich mitzuteilen.

*„Auch wenn sich aus einer **Pflichtverletzung im Subventionsverhältnis** ein Schadensersatzanspruch ergeben kann, wäre ein solcher Anspruch hier lediglich eine Insolvenzforderung, für die die Restschuldbefreiung gelten würde. Eine Ausnahme hiervon sieht die Insolvenzordnung lediglich für Verbindlichkeiten des Schuldners aus einer **vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung** vor (§ 302 Nr. 1 InsO), die entsprechend angemeldet wurden (§ 174 II InsO). Abgesehen davon, dass es hier nicht um die Befreiung von einem solchen Schadensersatzanspruch geht, kennt die Insolvenzordnung als Grund für die Versagung der Restschuldbefreiung zudem lediglich die **vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung von Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten** nach diesem Gesetz (§ 290 I Nr. 5 InsO).“* (BVerwG aaO.)

### III. Ergebnis

Der erst mit dem Bescheid gem. § 49 a I VwVfG entstandene und festgesetzte öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch war bereits zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens i.S.v. § 38 InsO begründet, so dass der Bekl. damit Insolvenzgläubiger ist. Entsprechend steht die Restschuldbefreiung der Vollstreckung des Rückforderungsanspruchs aus dem Widerrufs- und Rückforderungsbescheid entgegen (§ 257 I AO i.V.m. § 5 a BlnVwVfG und § 5 I VwVG).

StPO  
§§ 102, 105**Wohnungsdurchsuchung  
Betäubungsmitteldelikte**

StrafVerfR

(BVerfG in NJW 2015, 1585; Beschluss vom 11.02.2015 – 2 BvR 1694/14)

1. Das Gewicht des Eingriffs bei einer Wohnungsdurchsuchung verlangt **Verdachtsgründe**, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen.
2. Der gerichtliche Durchsuchungsbeschluss dient auch dazu, die **Durchführung der Eingriffsmaßnahme messbar und kontrollierbar zu gestalten**. Dazu muss der Beschluss insbesondere den **Tatvorwurf** und die **konkret gesuchten Beweismittel** so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist.
3. Aus verfassungsrechtlicher Sicht **nicht hinnehmbar** ist es, wenn sich im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände die **Notwendigkeit der Erörterung eines offensichtlichen Problems aufdrängen** musste und gleichwohl eine Prüfung vollständig fehlt.

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen die Anordnung der Durchsuchung der Wohnung des Bf. und gegen die Beschlagnahme von zur ärztlich begleiteten Schmerztherapie angebauten Cannabispflanzen.

Der Bf. ist Schmerzpatient. Er leidet an diversen physischen und psychischen Erkrankungen wie den Folgen einer Leukämieerkrankung, einem bewegungsunabhängigen diffusen Schmerzsyndrom und Arthrose sowie Depressionen und einer posttraumatischen Belastungsstörung nach Einsätzen als Soldat in Krisengebieten. Er ist schwerbehindert (GdB 60) und steht unter gesetzlicher Betreuung für die Bereiche Gesundheitsfürsorge, Wohnungsangelegenheiten, Vertretung bei Behörden, Ämtern und Versicherungen. Er lebt mit seiner Lebensgefährtin und zwei gemeinsamen Kindern von SGB II-Leistungen.

Nachdem der Bf. erfolglos mit verschiedenen Opiaten behandelt wurde und die behandelnden Ärzte keine wirksamen Therapieoptionen mehr anbieten konnten, war er auf die Einnahme von Cannabinoiden (THC) angewiesen, welche allein zu einer Verbesserung seiner gesundheitlichen Situation führten. Auf seinen ärztlich befürworteten Antrag erteilte ihm das Bundesamt für Arzneimittel (BfArM) im Juni 2013 die Erlaubnis, Medizinal-Cannabisblüten für einen vierwöchigen Bedarf zu erwerben und zu verwenden.

Der Bf. war wegen der Kosten von etwa 120 € pro 5 g Medizinalhanf nicht in der Lage, seinen täglichen Bedarf von 1,5–2 g Cannabis zu decken und begann deshalb, selbst Cannabisblüten anzubauen, um die ärztlich begleitete Schmerztherapie fortzuführen. Dies teilte er durch ein Schreiben seines behandelnden Arztes vom 19.10.2013 der StA mit, in welchem er erklärte, dass er zwar eine Ausnahmeerlaubnis des BfArM zum Bezug von Medizinalhanf aus der Apotheke besitze, nicht aber eine Erlaubnis für den Anbau von Cannabis. Die Behörden seien trotz vorliegender Voraussetzungen wegen entgegenstehender Weisungen grundsätzlich nicht zu einer Erteilung bereit. Er sei finanziell nicht in der Lage, den Cannabisbezug aus der Apotheke zu bezahlen, gesundheitlich jedoch auf die Einnahme von Cannabis angewiesen. Schließlich bat er um Prüfung, ob von Strafverfolgungsmaßnahmen abgesehen werden könne und ob eine Notstandssituation vorliege. Im Dezember 2013 beantragte der Bf. unter Darlegung seines Gesundheitszustands beim BfArM die Erlaubnis zum Anbau von Cannabis für sich und zehn weitere Personen, die ebenso wie er auf den Bezug von Medizinalhanf angewiesen seien. Er wolle sich und anderen Schmerzpatienten helfen und sein Verhalten legalisieren. Der Antrag wurde noch nicht beschieden. Im Januar 2014 wurde ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, nachdem ein Zeuge, den der Bf. für die Überwachung einer Halle zum Anbau von Cannabis anzuwerben versucht haben soll, sich bei der örtlichen Polizei gemeldet hatte.

Das AG Darmstadt (Beschl. v. 24.01.2013 – 25 Gs 900 Js 57227/13) ordnete gem. §§ 102, 105 StPO die Durchsuchung der Wohnung des Bf. und die Beschlagnahme etwaiger Beweismittel an. Auf Grund von Tatsachen sei zu vermuten, dass Betäubungsmittel, Konsumutensilien, Verpackungsmaterialien, schriftliche Aufzeichnungen über Lieferanten und Abnehmer, Mobiltelefone, sonstige Datenträger, Bankbelege und Geldbeträge sowie Unterlagen, die auf die Anmietung einer Halle zum Anbau von Cannabis hindeuten, aufgefunden würden. Der Bf. sei verdächtig, in seiner Wohnung unerlaubt Cannabispflanzen anzubauen. Bei Durchführung der Durchsuchung wurden in einer verschlossenen Abstellkammer vor der Wohnung des Bf. 21 Marihuanapflanzen nebst Anbautensilien aufgefunden und sichergestellt. Das ferner in einem Tresor aufgefundene Döschen mit 5 g Marihuana aus der Apotheke wurde ihm für den erlaubten Eigenbedarf belassen. Hinweise auf einen Anbau von Betäubungsmitteln in einer Lagerhalle wurden nicht gefunden.

Das LG Darmstadt (Beschl. v. 24.06.2014 – 3 Qs 301/14) wies die Beschwerde als unbegründet zurück. Die vorliegende Erlaubnis des BfArM habe ihn nur zum Erwerb und nicht zum Eigenanbau von Cannabis berechtigt. Eine etwaige verwaltungsrechtliche Verpflichtung zur Erteilung der Anbauerlaubnis sei für die strafrechtliche Betrachtung irrelevant. Eine Rechtfertigung oder Entschuldigung komme nur in besonders herausragenden Ausnahmefällen in Betracht und könne erst im weiteren Ermittlungsverfahren geprüft werden. Die gesundheitliche Situation des Bf. und sein Geständnis könnten im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden, führten aber nicht zur Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen.

Hiergegen hat der Bf. Verfassungsbeschwerde erhoben. Wird er Erfolg haben?

## I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

An der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde bestehen nur hinsichtlich des Subsidiaritätsgrundsatzes Bedenken.

„Der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde steht der Grundsatz der **Rechtswegerschöpfung** und der **materiellen Subsidiarität** nicht entgegen. Mit seiner Beschwerde gegen die richterlich angeordnete Durchsuchung und Beschlagnahme hat der Bf. den Rechtsweg erschöpft. Die nach dem Subsidiaritätsgrundsatz geltende Pflicht, alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu ergreifen, damit eine Grundrechtsverletzung im fachgerichtlichen Instanzenzug unterbleibt oder beseitigt wird, steht unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit (vgl. BVerfGE 132, 99 [117] = NJW 2012, 3081). Angesichts der dem Bf. bei einer medizinischen Unterversorgung drohenden **gravierenden Gesundheitsgefahren**, die er mangels ihm zur Verfügung stehender Mittel gerade nicht in der Lage war, abzuwenden, war es ihm nicht zuzumuten, die bis zur **Gewährung verwaltungsrechtlichen (Eil-)Rechtsschutzes** vergehende Zeit als unversorgter Schmerzpatient zu überbrücken.“ (BVerfG aaO.)

## II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn der Durchsuchungsbeschluss des AG sowie der diesen bestätigende Beschluss des LG den Bf verletzen. in seinen Grundrechten verletzt. In Betracht kommt hier eine Verletzung der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I, II GG).

### 1. Eingriff in den Schutzbereich.

„Art. 13 I GG garantiert die Unverletzlichkeit der Wohnung. Damit wird dem Einzelnen zur freien Entfaltung der Persönlichkeit ein **elementarer Lebensraum gewährleistet**. In diese grundrechtlich geschützte Lebenssphäre greift eine Durchsuchung schwerwiegend ein (vgl. BVerfGE 42, 212 [219 f.] = NJW 1976, 1735; BVerfGE 59, 95 [97] = BeckRS 1981, 01944; BVerfGE 96, 27 [40] = NJW 1997, 2163; BVerfGE 103, 142 [150 f.] = NJW 2001, 1121).“ (BVerfG aaO.)

### 2. Rechtfertigung des Eingriffs

Dieser Eingriff konnte jedoch gerechtfertigt sein.

#### a) Rechtfertigungsanforderungen

##### aa) Verdacht einer Straftat

Erforderlich zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Wohnung ist der **Verdacht**, dass eine **Straftat begangen** wurde.

„Das Gewicht des Eingriffs verlangt **Verdachtsgründe**, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen (vgl. BVerfGE 115, 166 [197 f.] = NJW 2006, 976). Ein Verstoß gegen diese Anforderungen liegt vor, wenn sich sachlich zureichende plausible Gründe für eine Durchsuchung nicht mehr finden lassen (vgl. BVerfGE 59, 95 [97] = BeckRS 1981, 01944).

Dem erheblichen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen entspricht zudem ein **besonderes Rechtfertigungsbedürfnis nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** (vgl. BVerfGE 20, 162 [186 f.] = NJW 1966, 1603; BVerfGE 96, 44 [51] = NJW 1997, 2165; BVerfGE 115, 166 [197] = NJW 2006, 976). Die Durchsuchung muss vor allem in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen (vgl. BVerfGE 20, 162 [187] = NJW 1966, 1603; BVerfGE 59, 95 [97] = BeckRS 1981, 01944; BVerfGE 96, 44 [51] = NJW 1997, 2165; BVerfGE 115, 166 [197] = NJW 2006, 976). Hierbei ist auch die **Bedeutung des potenziellen Beweismittels für das Strafverfahren** zu bewerten (vgl. BVerfGE 115, 166 [197] = NJW 2006, 976). Sie scheidet aus, wenn andere, **weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen** oder der Eingriff nicht mehr in **angemessenem Verhältnis zur Stärke des Tatverdachts und zur Schwere der Tat steht** (vgl. BVerfGE 42, 212 [220] = NJW 1976, 1735; BVerfGE 59, 95 [97] = BeckRS 1981, 01944). Auch die Beschlagnahme muss angesichts des erheblichen Eingriffs in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen (BVerfGE 20, 162 [186 f.] = NJW 1966, 1603).“ (BVerfG aaO.)

##### bb) Richtervorbehalt

Art. 13 II GG sieht einen Richtervorbehalt vor.

##### (1) Zweck des Richtervorbehalts

„Dem Gewicht des Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es außerdem, dass Art. 13 II GG die **Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält** und damit eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz vorsieht (vgl. BVerfGE 20, 162 [223] = NJW

1966, 1603; BVerfGE 57, 346 [355 f.] = NJW 1981, 2111; BVerfGE 76, 83 [91] = NJW 1987, 2499; BVerfGE 103, 142 [150 f.] = NJW 2001, 1121). Die Einschaltung des Richters soll insbesondere dafür sorgen, dass die **Interessen des Betroffenen angemessen berücksichtigt** werden (vgl. BVerfGE 103, 142 [151] = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382). Besondere Bedeutung kommt auch dabei dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** zu, weil nur so im Einzelfall die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs sichergestellt werden kann. Der Richter darf die Wohnungsdurchsuchung daher nur anordnen, wenn er sich **auf Grund einer eigenverantwortlichen Prüfung** der Ermittlungen davon überzeugt hat, dass die Maßnahme in vollem Umfang verhältnismäßig ist (vgl. BVerfGE 96, 44 [51] = NJW 1997, 2165).“ (BVerfG aaO.)

## (2) Inhalt des Durchsuchungsbeschlusses

„Der gerichtliche Durchsuchungsbeschluss dient auch dazu, die **Durchführung der Eingriffsmaßnahme messbar und kontrollierbar zu gestalten** (vgl. BVerfGE 20, 162 [224] = NJW 1966, 1603; BVerfGE 42, 212 [220] = NJW 1976, 1735; BVerfGE 103, 142 [151] = NJW 2001, 1121). Dazu muss der Beschluss insbesondere den **Tatvorwurf** und die **konkret gesuchten Beweismittel** so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist (vgl. BVerfGE 42, 212 [220 f.] = NJW 1976, 1735; BVerfGE 44, 353 [371] = NJW 1977, 1489; BVerfGE 45, 82; BVerfGE 50, 48 [49] = BeckRS 1978, 00664; BVerfGE 71, 64 [65] = BeckRS 1985, 05788). Die Beschlussgründe müssen sich allerdings nicht zu jedem denkbaren Gesichtspunkt des Tatverdachts verhalten. Aus verfassungsrechtlicher Sicht **nicht hinnehmbar** ist es lediglich, wenn sich im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände die **Notwendigkeit der Erörterung eines offensichtlichen Problems aufdrängen** musste und gleichwohl eine Prüfung vollständig fehlt (vgl. BVerfG [1. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2009, 2516 Rn. 29). Insoweit ist zu berücksichtigen, dass **Mängel bei der ermittlungsrichterlich zu verantwortenden Umschreibung des Tatvorwurfs** und der zu suchenden Beweismittel im Beschwerdeverfahren **nicht geheilt** werden können. Außerhalb der für den Vollzug einer Durchsuchungsgestattung verfassungsrechtlich unabdingbaren Umgrenzung von Tatvorwurf und Beweismitteln können Defizite in der Begründung des zu Grunde liegenden Tatverdachts und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im Beschwerdeverfahren hingegen grundsätzlich nachgebessert werden (BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2004, 3171).“ (BVerfG aaO.)

## b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die angegriffenen Beschlüssen den vorstehenden Anforderungen gerecht werden.

### aa) Anforderungen an die Begründung

„Das **AG verzichtet** in der Durchsuchungsanordnung **auf jede einzelfallbezogene Begründung** seiner Entscheidung, obwohl die besondere gesundheitliche Situation des Bf., seine Mittellosigkeit, die einer angemessenen und ärztlich indizierten Therapie entgegensteht und seine Selbstanzeige hierzu Anlass gegeben hätten. Eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung fehlt vollständig**, insbesondere jeder Bezug auf die für die Reichweite der Durchsuchung wesentliche Frage, ob zwischen dem – vom Bf. eingeräumten – Anbau für den Selbstverbrauch und dem Anbau für Dritte angesichts der Besonderheiten des Einzelfalls zu unterscheiden gewesen wäre.

Auch das LG hat trotz der **sich aufdrängenden besonderen Umstände des Einzelfalls** keine differenzierte und den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Nachbesserung der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen. Der angegriffene Beschluss zeigt weder eine Differenzierung zwischen dem **Verdacht auf Eigenanbau von Cannabis in der eigenen Wohnung und dem Verdacht auf Anbau von Cannabis in einer Lagerhalle für Dritte** auf noch wird geprüft, ob die angeordnete Durchsuchung in ihrem vollen Umfang zur Erhärtung des jeweiligen Tatverdachts **geeignet, erforderlich und verhältnismäßig** war. Eine Abwägung von Tatschwere und Schutzgut erfolgt nicht.“ (BVerfG aaO.)

### bb) Verhältnismäßigkeit

„Eine Auseinandersetzung mit der **Erforderlichkeit und Angemessenheit** der Durchsuchung war **nicht deshalb entbehrlich**, weil die Gerichte zutreffend von einem **Anfangsverdacht hinsichtlich des Anbaus von Betäubungsmitteln in einer Lagerhalle** – mithin über den medizinisch indizierten Bedarf für den Eigengebrauch hinaus – ausgegangen sind und die Durchsuchung zur Erhärtung dieses Tatverdachts verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Hinsichtlich dieser Zielrichtung einer Durchsuchung drängte sich auch ein **Notstand** nicht derart auf, dass bereits von einem Anfangsverdacht abzusehen gewesen wäre; auch berechnete der auf den **Betäubungsmittelanbau in einer Halle gerichtete Verdacht** die StA grundsätzlich ohne Weiteres zu einer Wohnungsdurchsuchung. Angesichts der Besonderheiten des Falls hätte sich jedoch eine **Einschränkung des Durchsuchungsbeschlusses auf diesen Tatverdacht** belegende Beweismittel aufgedrängt. Denn zur weiteren Aufklärung des der StA bereits **seit geraumer Zeit selbst angezeigten Anbaus von Betäubungsmitteln in der eigenen Wohnung zur ärztlich begleiteten Schmerztherapie** wären mildere Mittel wie eine Vernehmung von Zeugen oder – insbesondere – die Konfrontation des Bf. mit den bisherigen Ermittlungen in Betracht gekommen. Dies gilt umso mehr, als **Verdunkelungshandlungen eine medizinische**

**Unterversorgung** des Bf. nach sich gezogen hätten und dieser sein Handeln gerade legalisieren lassen wollte (vgl. auch BVerfGK 8, 249 [259] = NVwZ 2006, 1282 = NJW 2006, 3628 Ls.). Bei der erforderlichen **Abwägung des Durchsuchungszwecks mit der Schwere des Tatvorwurfs und des Unrechtsgehalts** erscheint jedenfalls hinsichtlich des Verdachts des Eigenanbaus zum Zwecke der ärztlich begleiteten Selbsttherapie die angeordnete Durchsuchung bei einer – vorbehaltlich des Ausscheidens von Rechtfertigungsgründen – zu erwartenden geringen Strafe unangemessen.“ (BVerfG aaO.)

### cc) Keine übliche Betäubungsmittelkriminalität

„Die Kammer verkennt nicht, dass gerade im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität eine **Durchsuchung in der weit überwiegenden Zahl der Fälle und ohne dass damit gesteigerte Begründungserfordernisse verbunden wären, erforderlich** sein wird, um einen Auffindeverdacht zu erhärten, zumal ein Geständnis jederzeit widerrufen werden kann. So ist im **üblichen Fall** der Betäubungsmittelkriminalität stets mit einer Fremdgefährdung zu rechnen, weil Beschuldigte die Betäubungsmittel in aller Regel in den Verkehr bringen. Ein solcher Fall der Betäubungsmittelkriminalität **lag hier jedoch ersichtlich nicht vor**, nachdem der Bf. selbst – offenkundig, um eine schnellstmögliche Klärung der Rechtslage herbeizuführen – angezeigt hatte, Betäubungsmittel für seine ärztlich begleitete Schmerztherapie anzubauen. Die Gerichte hätten in diesem **atypischen Einzelfall** die gesundheitliche Situation des Bf. und sein Geständnis besonders würdigen und dann prüfen müssen, ob die Voraussetzungen einer Durchsuchungsanordnung hinsichtlich des Verdachts auf Anbau von Cannabis in einer Lagerhalle einerseits und hinsichtlich des bereits eingestandenen Eigenanbaus in der Wohnung zur ärztlich begleiteten Schmerztherapie andererseits gegeben waren. An dieser Differenzierung hinsichtlich der Reichweite der Durchsuchungsanordnung fehlt es jedoch.“ (BVerfG aaO.)

### III. Ergebnis

Eine Beschlagnahme muss angesichts des erheblichen Eingriffs in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen von vornherein dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Dies ist nicht der Fall, so dass der Eingriff in den Schutzbereich nicht gerechtfertigt ist.

Die Beschlagnahmeanordnung des AG sowie der diese bestätigende Beschluss des LG sind danach verfassungswidrig

**Beginn der Beschuldigteneigenschaft**  
**Unterlassen der Beschuldigtenbelehrung**  
(BGH in StV 2015, 337; Urteil vom 30.12.2015 – 2 StR 439/13)

1. Werden von den Strafverfolgungsbehörden aufgrund eines sich „**verdichtenden Verdachts**“ fremde Behörden um Mitteilung weiterer Verdachtsmomente gebeten und wird dies durch die Nennung bisheriger Verdachtsmomente gegen einen Verdächtigen untermauert, liegt darin **ein die Beschuldigteneigenschaft begründender Willensakt**, weshalb ab diesem Zeitpunkt die Schutzbestimmungen aus § 163a IV i.V.m. § 136 I 2 StPO nicht umgangen werden dürfen.
2. Wird ein Verdächtiger **unter diesen Voraussetzungen als Zeuge** vernommen, führt das Unterlassen der Beschuldigtenbelehrung zu einem **Beweisverwertungsverbot** dieser Vernehmung.

**Fall:** Am 28.04.2007 erstattete eine Bekannte von L.K. [Ehefrau des Angekl.] Vermisstenanzeige bei der Polizei. Durch Befragungen erfuhr die Polizei von der Trennungssituation der Eheleute, von dem Geldangebot an L.K. für den Fall, dass sie das Land verlasse und das Kind zurücklasse, und von den Reparaturarbeiten des Angekl. S.K. in der Wohnung seiner Ehefrau. Der in der Vermisstensache zuständige Kriminalhauptkommissar Li. bat den Sachbearbeiter des Jugendamts G. am 03.08.2007 telefonisch um Unterstützung. Dies hielt der Zeuge G. in einer E-Mail an andere Mitarbeiter des Jugendamts wie folgt fest:

»Die Polizei (KK66, Herr Li ) ermittelt in der Familie K. wegen einer Vermisstenanzeige bezüglich der vom Vater getrennten Kindesmutter. Diese ist seit drei Monaten verschwunden. Bei der Polizei ergeben sich verdichtende Verdachtsmomente gegen den Kindesvater. Herr Li. bittet um Mithilfe, da Herr K. sich in Widersprüche verstrickt (zeitliche Angaben, angebliche Telefonate mit der verschwundenen KM, plötzliche Anmeldung des Kindes beim Vater etc.). Das Kind M. (07.02.2002) lebt beim Vater und ist dort gemeldet. Herr Li. ist darum bemüht, die vom Vater gemachten Angaben mit dem Jugendamt abzugleichen. Es besteht ein sich verdichtender Tatverdacht. Herr Li. bittet um Mitteilung bei weiteren hier aufkommenden Verdachtsmomenten.«

Zu einem weiteren Telefonkontakt am 06.08.2007 vermerkte der Jugendamtsmitarbeiter:

»Die Ermittlungen sind »ergebnisoffen«, d.h. zum jetzigen Zeitpunkt kann noch nicht von einem Mordfall, sondern nur von einer Vermisstenmeldung gesprochen werden, die bearbeitet wird. Es haben sich allerdings in den Aussagen von Herrn K. Widersprüche und Ungereimtheiten ergeben. Sollte die Polizei später Informationen des Jugendamtes benötigen, wird sie sich hier melden. Bis dahin bleibt der Datenschutz durch das JA bestehen.

Nach Angaben von Herrn Li. ist aktenkundig, dass Herr K.s Schwester wegen Kinderlosigkeit einen extrem ausgeprägten Kinderwunsch besitzt, der nahezu pathologisch sei. Mit der Kindesmutter habe es eine Vereinbarung gegeben, der zufolge sie gegen Zahlung von 25.000 € in die Philippinen zurückkehren und auf M. verzichten wolle-solle.«

Der Angekl. S.K. wurde am 14.08.2007 von Kriminalhauptkommissar Li. als Zeuge vernommen. Nach dem Vernehmungsprotokoll wurde er dabei über Rechte gem. § 52 I und § 55 I StPO belehrt. Die Vernehmung begann um 09.59 Uhr und wurde um 13.52 Uhr abgebrochen. Dann wollte der Angekl. S.K. zur Arbeit fahren. Später reichte er schriftliche Anmerkungen ein.

Am 21.08.2007 hielt Kriminalhauptkommissar Li. die bisherigen Erkenntnisse in einem Zwischenvermerk zusammen. Dann gab er die Sache an das für Kapitalstrafsachen zuständige Kommissariat ab. Dieses gab sie an die StA weiter, die am 22.08.2007 förmlich ein Strafverfahren gegen S.K. einleitete und beim Ermittlungsrichter die Gestattung von Überwachungsmaßnahmen erwirkte.

Am 06.11.2007 wurde der Angekl. S.K. als Besch. vernommen und dabei gem. § 163a IV und § 136 I 2 StPO belehrt.

In der Hauptverhandlung widersprach die Verteidigung nach jeder Zeugenvernehmung von Polizeibeamten, die zu den Aussagen des Angekl. S.K. in seinen Vernehmungen im Vorverfahren Angaben machten, der Verwertung. Das LG erhob zu der prozessualen Frage ergänzend Beweis.

Kriminalhauptkommissar Li. bekundete dabei, dass er zurzeit der Zeugenvernehmung des Angekl. S.K. am 14.08.2007 noch keinen konkreten Tatverdacht gegen diesen gehabt habe. Ihm sei bei der Übernahme der Sachbearbeitung aufgefallen, dass der Ehemann der Verschollenen noch nicht förmlich vernommen worden sei. Auch sonst sei der Sachverhalt nicht »durchermittelt« gewesen. Vor der Zeugenvernehmung habe er sich gefragt, ob S.K. als Besch. zu vernehmen sei. Es habe Unstimmigkeiten in dessen bisherigen Angaben zum Verschwinden seiner Ehefrau, jedoch noch keine ausreichenden Hinweise auf ein Verbrechen gegeben. Die vom Sachbearbeiter des Jugendamts festgehaltene Bemerkung von »sich verdichtenden Verdachtsmomenten« entspreche nicht seinem Vokabular. Auch der Sachbearbeiter des Jugendamts bekundete jedoch als Zeuge in der Hauptverhandlung, dies entstamme nicht seinem Sprachgebrauch.

Das LG verneinte das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots. Es nahm an, dass der Angekl. S.K. zurzeit seiner Zeugenvernehmung am 14.08.2007 noch nicht als Besch. einzustufen gewesen sei. Die Ermittlungen seien »ergebnisoffen« geführt worden. Der Versuch einer Klärung der Verdachtslage habe noch nicht dazu geführt, ihn in den Status eines Beschuldigten zu versetzen. Der zunächst fehlende Verfolgungswille der Polizei ergebe sich aus der erst nachfolgenden Abgabe der Sache an die StA. Entscheidend sei, dass der sachbearbeitende Kriminalhauptkommissar nicht von einem konkreten Tatverdacht ausgegangen sei. Bei der Bewertung der Verfahrenslage sei auch zu beachten, dass es dem Schutz des Betroffenen diene, wenn er nicht zu rasch in den Status eines Beschuldigten versetzt werde.

Besteht ein Beweisverwertungsverbot?

Ein **Beweisverwertungsverbot** würde bestehen, wenn der Angekl. S.K. bei seiner polizeilichen Vernehmung schon als Beschuldigter anzusehen gewesen und dementsprechend zu belehren gewesen wäre. Nach § 163a IV 2 StPO ist der Beschuldigte bei seiner ersten Vernehmung nach § 136 I 2 StPO darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen.

Das Unterlassen einer Belehrung gem. § 163a IV 2 i.V.m. § 136 I 2 StPO bei der Vernehmung am 14.08.2007 führt zu einem Beweisverwertungsverbot für diese Zeugenvernehmung (vgl. BGH, Urte. v. 27.02.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt 38, 214, 220 ff. [= StV 1992, 212]; Urte. v. 03.07.2007 – 1 StR 3/07, BGHSt 51, 367, 376 [= StV 2007, 450]; Urte. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, BGHSt 53, 112, 115 [= StV 2010, 1]).

Es kommt daher für die Verwertung seiner polizeilichen Aussage durch Vernehmung der Polizeibeamten darauf an, ob der Angekl. S.K. zu diesem Zeitpunkt schon als Beschuldigter anzusehen war.

### I. Anwendbarkeit der StPO

Anlass für die Ermittlungen war eine Vermisstenanzeige. Für die Personensuche wegen Gefahr für Leib oder Leben einer vermissten Person ist jedoch Polizeirecht maßgeblich.

*„Das Polizeirecht des Landes sieht zwar auch vor, dass jede **Person befragt** werden kann, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie sachdienliche Angaben machen kann (vgl. § 9 I PolG NRW). Dazu kann die Person auch **vorgeladen** werden (vgl. § 10 I Nr. 1 PolG NRW). Die Einordnung der Person in eine bestimmte Prozessrolle als Besch. oder Zeuge kennt das Polizeiverwaltungsrecht aber nicht. Eine **Zeugenbelehrung nach § 52 und § 55 StPO**, wie sie hier erfolgt ist, ist bei einer präventivpolizeilichen Befragung dementsprechend nicht vorgesehen. Für **präventivpolizeiliche Zwecke** war eine mehrstündige förmliche Vernehmung des Ehemanns der Vermissten auch nicht erforderlich, nur damit die Sache »durchermittelt« erscheint. Eine förmliche Vernehmung des Besch. nach Ermittlungen aller Art (§ 161 I 1 StPO) ist vielmehr im Strafverfahren üblich.“* (BGH aaO.)

Danach richtet sich die Bewertung der Verwertbarkeit nach der StPO.

### II. Entstehen der Beschuldigteneigenschaft

*„Die Beschuldigteneigenschaft setzt zwar nicht nur das **objektive Bestehen eines Verdachts**, sondern auch den **Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde** hinsichtlich einer Verdachtshypothese voraus, der sich in einem Willensakt manifestiert (vgl. BGH, Urte. v. 18.10.1956 – 4 StR 278/56, BGHSt 10, 8, 12). Wird gegen eine Person **förmlich ein Ermittlungsverfahren eingeleitet**, liegt darin ein solcher Willensakt.*

*Aber **auch ohne förmliche Verfahrenseröffnung** gegen die Person ist die konkludente Zuweisung der Rolle als Besch. möglich. Dies richtet sich danach, wie sich das Verhalten des ermittelnden Beamten bei seinen Aufklärungsmaßnahmen nach außen darstellt (vgl. BGH, Urte. v. 27.02.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt 38, 214, 228 [= StV 1992, 212]). Das **Strafverfahren ist eingeleitet**, sobald die **Ermittlungsbehörde eine Maßnahme trifft**, die nach ihrem **äußeren Erscheinungsbild** darauf abzielt, gegen jemanden **strafrechtlich vorzugehen** (vgl. BGH, Beschl. v. 28.02.1997 – StB 14/96, NJW 1997, 1591, 1592 [= StV 1997, 281]). Ist eine Ermittlungshandlung darauf gerichtet, den Vernommenen als Täter einer Straftat zu überführen, kommt es daher nicht mehr darauf an, wie der Ermittlungsbeamte sein Verhalten rechtlich bewertet (vgl. Rogall in Festschrift für Frisch, 2013, S. 1119, 1223; Roxin JR 2008, 16, 17).“* (BGH aaO.)

### III. Beschuldigtenstatus des Angekl. S.K.

Fraglich ist, ob der Angekl. S.K. nach diesen Maßstäben bei der Vernehmung am 14.08.2007 schon Beschuldigter war. Dies ist der Fall, wenn hierin eine auf Überführung des Angekl. S. K. als Täter eines Tötungsdelikts gerichtete Maßnahme vorlag.

*„Das wird aus dem vorangegangenen telefonischen **Auskunftersuchen** v. 03.08.2007 an das Jugendamt deutlich. Dies war eine **strafprozessuale Ermittlungshandlung** (§ 161 I 1 StPO). Aufgrund eines sich »verdichtenden Verdachts« wurde dabei die fremde Behörde um Mitteilung weiterer Verdachtsmomente gebeten. Dazu wurden die **bisherigen Verdachtsmomente genannt**. Der bestehende Verdacht war damit dem Jugendamt*

mitgeteilt worden, **um zusätzliche Erkenntnisse zu erhalten**. Die Relativierung im nachfolgenden Telefonat v. 06.08.2007 erfolgte, um die Geheimhaltung der bereits genannten Verdachtsgründe sicherzustellen; insoweit sollte ein »Datenschutz« gewahrt bleiben. Dies ändert aber nichts an der Qualität der vorher erfolgten Verdächtigung.

War das Ziel des Auskunftersuchens v. 03.08.2007 die gegen S.K. gerichtete **Vertiefung einer bestehenden Verdachtshypothese**, so durften bei folgenden Maßnahmen die Schutznormen aus § 163a IV 1 und § 163a IV 2 i.V.m. § 136 I 2 StPO nicht umgangen werden.

Wegen der bereits eingetretenen **Außenwirkung der Verdachtsmitteilung** an das Jugendamt spielt die verfahrensrechtliche Überlegung keine Rolle, dass im Allgemeinen nicht durch vorzeitige Inkulpatation unnötige Nachteile für den Beschuldigten verursacht werden sollen; sie waren für den Angekl. S.K. bereits bei dem in das Sorgerechtsverfahren eingebundenen Jugendamt eingetreten.“ (BGH aaO.)

Es bestand nach allem ein bereits geäußerter Verdacht gegen den Angekl. S.K. in einem auf strafrechtliche Ermittlungen gerichteten Verfahren. Das Ziel der Vernehmung bestand, ebenso wie das Ziel des vorangegangenen Auskunftersuchens an das Jugendamt, in der Suche nach weiteren Verdachtsmomenten gegen ihn.

#### IV. Rechtsfolgen

Die Durchführung der Maßnahme als Zeugenvernehmung war rechtsfehlerhaft, weil die Schutzbestimmungen aus § 163a IV i.V.m. § 136 I 2 StPO nicht beachtet wurden.

„Der Verfahrensmangel wurde nicht durch die Belehrung gem. § 55 II StPO kompensiert; denn diese Belehrung entspricht nicht dem Hinweis auf ein umfassendes Aussageverweigerungsrecht als Besch. (vgl. BGH, Urt. v. 26.05.1992 – 5 StR 122/92, BGHSt 38, 302, 303 f. [= StV 1992, 355]) und dessen Recht auf Verteidigerbeistand.“ (BGH aaO.)

Fraglich ist jedoch, ob sich dies auch auf die Verwertung seiner Aussagen bei der nachfolgenden Beschuldigtenvernehmung auswirkt.

„Die Unkenntnis darüber, dass die Zeugenvernehmung unverwertbar war, kann ferner dazu geführt haben, dass der Angekl. S.K. bei der **nachfolgenden Beschuldigtenvernehmung** nur Angaben gemacht hat, weil er meinte, seine Zeugenaussage ergänzen zu müssen. Auch dadurch wurde die Entscheidungsfreiheit des Angekl. S.K. darüber, ob er sich redend oder schweigend verteidigen will, berührt. Dies hätte durch eine **qualifizierte Belehrung** darüber, dass die **vorherige Aussage als Zeuge unverwertbar** ist, vermieden werden können (vgl. BGH, Urt. v. 03.07.2007 – 1 StR 3/07, BGHSt 51, 367, 376 [= StV 2007, 450]; Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, BGHSt 53, 112, 115 [= StV 2010, 1]). Eine solche Belehrung ist jedoch nicht erteilt worden.

Es kann offen bleiben, ob deshalb mit einer in der Lit. vertretenen Ansicht ein **Beweisverwertungsverbot auch für die Beschuldigtenvernehmung mangels qualifizierter Belehrung** anzunehmen ist (vgl. Gless/Wennekers, JR 2008, 383, 384; SK/Rogall, StPO, 4. Aufl., § 136 Rn. 87; Roxin, HRRS 2009, 186, 187) oder ob dies mit **der Rspr. des BGH von einer Abwägung des Strafverfolgungsinteresses mit dem Interesse des Besch.** an der Wahrung seiner Rechte abhängt (vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, BGHSt 53, 112, 116 [= StV 2010, 1]) und auch danach ein Beweisverwertungsverbot besteht. Der Senat kann nämlich hier ausschließen, dass das Urteil auf der Nichtbeachtung von Beweisverwertungsverböten bezüglich der Zeugenvernehmung oder – ggf. – bezüglich der Beschuldigtenvernehmung beruht. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)

#### V. Ergebnis

Es besteht ein Beweisverwertungsverbot.

(OVG Lüneburg in DÖV 2015, 580; Beschluss vom 20.04.2015 – 11 MS 298/14)

Stellt die Verbotsbehörde in der Verfügung, mit der der Verein sofort vollziehbar verboten und aufgelöst wird, fest, dass der Zweck und die Tätigkeit des Vereins den Strafgesetzen zuwider laufen und der Verein sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet, ist ein vorläufiger **Rechtsschutzantrag**, der darauf **beschränkt** ist, die aufschiebende Wirkung der Klage wiederherzustellen, soweit der Verein verboten wird, weil er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet, **wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig**.

**Fall:** Der Antragsteller begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen eine Verbotsverfügung des Antragsgegners.

Mit Verfügung vom 20.10.2014 stellte der Antragsgegner unter 1. fest, dass der Zweck und die Tätigkeit des Antragstellers, des Vereins „... MC Charter G.“, den Strafgesetzen zuwider laufen und die Vereinigung sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet. Der Antragsteller wurde unter Anordnung der sofortigen Vollziehung verboten und aufgelöst. Die Verfügung enthält Nebenanordnungen, deren sofortige Vollziehbarkeit teilweise angeordnet wurde. Gegen die Verfügung hat der Antragsteller am 12.11.2014 Klage vor dem Oberverwaltungsgericht erhoben (11 KS 272/14).

Mit Schriftsatz vom 25.11.2014 hat der Antragsteller beantragt, die aufschiebende Wirkung der Klage wiederherzustellen, soweit der Verein „Hells Angels MC Charter Göttingen“ verboten wird, weil er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet. Zur Begründung seines Antrages macht der Antragsteller geltend: Es bestehe ein rechtlich geschütztes Interesse an dem beschränkten Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage. Er verkenne nicht, dass die Sanktionierung des § 20 I 1 Nr. 1 und Nr. 5 VereinsG bereits bei einem vollziehbaren Verwaltungsakt greife, während die Strafschärfung für Mitglieder des Vereins, der verboten sei, weil er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richte, ein unanfechtbares Vereinsverbot voraussetze. Werde dem Antrag nicht stattgegeben, bestehe allerdings für jedes Vereinsmitglied die latente Gefahr, bereits vor der Unanfechtbarkeit der Verbotsverfügung der Strafschärfung der §§ 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 86 Abs. 1 Nr. 2 und 86 a Abs. 1 Nr. 1 StGB ausgesetzt zu sein, die sich mit einer Unanfechtbarkeit der Verbotsverfügung nachträglich realisieren.

Der Antragsgegner tritt dem Vorbringen des Antragstellers entgegen. Er hält das vorläufige Rechtsschutzbegehren aufgrund der eingeschränkten Antragstellung wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet.

Ist der Antrag zulässig?

## I. Zulässigkeit des Antrags

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

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Hier wird um ein Vereinsverbot auf der Grundlage des Vereinsgesetzes gestritten, dass als besonderes Polizei- und Ordnungsrecht dem öffentlichen Recht zugehört. Der Verwaltungsrechtsweg ist mangels Eingreifen von Sonderzuweisungen daher gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

### 2. Statthafte Antragsart

Fraglich ist, ob das Verfahren auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO hier die richtige Verfahrensart des einstweiligen Rechtsschutzes darstellt.

In Abgrenzung zum Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO ist nach § 123 V VwGO vorab stets zu prüfen, ob nicht der Eilrechtsschutz über § 80 V oder § 80 a VwGO zu suchen ist.

Das Verfahren nach § 80 V VwGO ist immer dann statthaft, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist und der Suspensiveffekt des Hauptsacherechtsbehelfs entfallen ist.

Gegen die Verbotsverfügung als den Antragsteller belastenden Verwaltungsakt ist die Anfechtungsklage die richtige Klageart. Auch würde nach § 80 I 1 Nr. 4 VwGO der Suspensiveffekt der Klage entfallen, dass die sofortige Vollziehung angeordnet wurde.

Das Verfahren nach § 80 V VwGO ist daher ausnahmsweise trotz des Eintritts der Bestandskraft die richtige Verfahrensart.

### 3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Der Antragsteller als Adressat des angegriffenen, belastenden Verwaltungsaktes ist nach der Adressatentheorie auch ohne weiteres antragsbefugt, da er jedenfalls in ihrem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt sein kann.

### 4. Rechtsschutzbedürfnis

#### a) Vorheriger Aussetzungsantrag

Nach § 80 VI VwGO ist ein vorheriger Antrag an die Behörde um Aussetzung der Vollziehung nur bei öffentlichen Abgaben und Kosten erforderlich, so dass dies hier keine Rolle spielt.

#### b) Vorherige Klageerhebung

Der Streit, ob vor Stellung des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage eine solche schon erhoben sein muss, kann dahinstehen, da die Klage bereits eingereicht ist.

#### c) Sonstige Aspekte

Das Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag nach § 80 V VwGO ist gegeben, wenn der Rechtsschutzsuchende **schutzwürdige Interessen verfolgt**. Hingegen fehlt es, wenn der vorläufige Rechtsschutz dem Rechtsschutzsuchenden im Falle seines Erfolges keinen rechtlichen oder tatsächlichen Vorteil bringt. Hier stellt der Antragsteller den Antrag hier **nur bezogen auf einen Verbotsgrund** stellt und damit im Ergebnis den Suspensiveffekt bezüglich des ausgesprochenen Verbotes nicht erlangen kann, da das Verbot auch wegen eines anderen Verbotsgrundes ausgesprochen und für sofort vollziehbar erklärt wurde.

*„Eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Verbotsverfügung vom 20.10.2014, **soweit der Antragsteller verboten wird, weil er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet**, hätte keinen Nutzen für den Antragsteller.*

Gemäß § 80 V 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag im Falle der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach Absatz II Nr. 4 die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise wiederherstellen. Aufgabe des Eilrechtsschutzverfahrens ist es, **über die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes bis zur Entscheidung über die Hauptsache zu beschließen** (Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl., § 80, Rn. 136). Wäre der beschränkte Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage zulässig und dem Antrag stattzugeben, bliebe das mit der Verfügung vom 20.10.2014 ausgesprochene **Vereinsverbot weiterhin vollziehbar**. Der Antragsgegner hat das Verbot auch darauf gestützt, dass der Zweck und die Tätigkeit des Antragstellers den Strafgesetzen zuwider laufen. Ob die Voraussetzungen für die Feststellung dieses Verbotsgrundes gegeben sind, ist nicht Gegenstand des vorliegenden vorläufigen Rechtsschutzverfahrens. Der Antragsteller hat zur Beschränkung seines Eilrechtsschutzantrages angeführt, er gebe sich nicht der prozessualen Illusion hin, dass es ihm vor dem Hintergrund der von dem Antragsgegner zur Rechtfertigung des Vereinsverbotes angeführten Gefährdung der öffentlichen Sicherheit gelingen könnte, das Aussetzungsinteresse über das Vollzugsinteresse zu stellen.

Für das vorliegende einstweilige Rechtsschutzverfahren ist unerheblich, dass der Antragsgegner in seiner Verfügung neben der Feststellung des Verbotsgrundes der Strafgesetzwidrigkeit des Zwecks und der Tätigkeit des Antragstellers auch festgestellt hat, dass sich der Antragsteller gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet. § 3 I 1 VereinsG bestimmt unter Hinweis auf Art. 9 II GG, dass ein Verein erst dann als verboten behandelt werden darf, wenn durch Verfügung der Verbotsbehörde festgestellt ist, dass seine Zwecke oder seine Tätigkeit den Strafgesetzen zuwider laufen oder dass er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richtet. **Jede staatliche Maßnahme** gegen eine nach Art. 9 II GG kraft Verfassung verbotene Vereinigung setzt damit eine vorgängige, **für alle und gegen alle wirkende Feststellung des Verbotenseins** der betreffenden Vereinigung **unter ausdrücklicher Bezeichnung des Verbotsgrundes** oder der Verbotsgründe voraus (BVerwG, Urt. v. 25.01.1978 - I A 3/76 -, BVerwGE 55, 175, juris, Rn. 38). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt dieser Rechtsgestaltung zugrunde, dass die rechtlichen Folgen, die die Tätigkeit in einer verbotenen Vereinigung auslöst, je nach dem durch die Verbotsbehörde festgestellten Verbotsgrund verschieden sind. Der Antragsgegner hat im vorliegenden Verfahren **zwei Verbotsgründe festgestellt**. Daraus folgt nicht, dass die festgestellten Verbotsgründe im vorläufigen Rechtsschutzverfahren isoliert angreifbar sind. Selbst bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des Verbotsgrundes der Gerichtetheit gegen die verfassungsmäßige Ordnung bliebe die Verfügung vollziehbar, weil der Antragsgegner festgestellt hat, dass der Zweck und die Tätigkeit des Antragstellers den Strafgesetzen zuwider laufen.

Ob die Gerichte verpflichtet sind, sämtliche von der Verbotsbehörde festgestellten Verbotsgründe zu prüfen und über ihr Vorliegen zu entscheiden (vgl. zum Meinungsstand Roth, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, § 3 VereinsG, Rn. 278 ff.), bedarf hier keiner Entscheidung. Diese Frage stellt sich nur im Hauptsacheverfahren.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Dieser Annahme steht auch nicht entgegen, dass mit der Feststellung des Verbotsgrundes der Gerichtetheit gegen die verfassungsmäßige Ordnung **weiterreichende Rechtsfolgen** verbunden sind als mit dem Verbotsgrund der Strafgesetzwidrigkeit des Zweckes oder der Tätigkeit der Vereinigung.

„Ob Zuwiderhandlungen gegen ein Vereinsverbot nach § 20 VereinsG oder nach den gegenüber der allgemeinen Strafnorm verschärften Vorschriften der §§ 85 I 1 Nr. 2, 86 I Nr. 2 und 86 a I StGB strafbar sind, hängt nach den genannten Bestimmungen des Strafgesetzbuches davon ab, ob die strafbare Tätigkeit eine Vereinigung betrifft, die **unanfechtbar verboten** ist, weil sie sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richtet. Mitglieder des Antragstellers setzen sich somit **gegenwärtig und auch zukünftig bis zur Rechtskraft der Verfügung** des Antragsgegners vom 20.10.2014 **nicht der Gefahr aus**, bei Zuwiderhandlungen gegen das Vereinsverbot nach den strafscharfenden Vorschriften der §§ 85 I 1 Nr. 2, 86 I Nr. 2 und 86 a I StGB bestraft zu werden. **Vor Unanfechtbarkeit der Verbotsverfügung** kommt **§ 20 VereinsG** zur Anwendung, der lediglich ein vollziehbares Vereinsverbot voraussetzt und gegenüber den genannten Normen des Strafgesetzbuches einen **Auffangtatbestand** darstellt. Der Einwand des Antragstellers, im Falle der Ablehnung des Eilrechtsschutzgesuches bestehe für jedes Vereinsmitglied die latente Gefahr, bereits vor der Unanfechtbarkeit der Verbotsverfügung der Strafschärfung der §§ 85 I 1 Nr. 2, 86 I Nr. 2 und 86 a I Nr. 1 StGB ausgesetzt zu sein, die sich mit einer Unanfechtbarkeit der Verbotsverfügung nachträglich realisiere, überzeugt nicht. Tathandlungen gegen das Vereinsverbot, die vor der Unanfechtbarkeit der Verbotsverfügung begangen werden, sind nach § 20 VereinsG und nicht nach den strafscharfenden Vorschriften des Strafgesetzbuches strafrechtlich zu würdigen.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Gegen die Zulässigkeit des Antrages des Antragstellers spricht zudem, dass eine stattgebende Entscheidung mit der beantragten Beschränkung im Ergebnis auf die **Feststellung eines einzelnen Rechtswidrigkeitsgrundes** hinausliefe.

„Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann im Verfahren auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes gemäß § 113 I 4 VwGO die **gerichtliche Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitsgrundes nicht verlangt** werden (Beschl. v. 05.09.1984 - 1 WB 131/82 -, BVerwGE 76, 258, 261, und Beschl. v. 16.10.1989 - 7 B 43/89 -, Buchholz 11 Art. 2 GG Nr. 59). Auch für das vorliegende Verfahren nach § 80 V VwGO ist die Befugnis des Antragstellers, den Streitgegenstand auf bestimmte rechtliche Gesichtspunkte zu begrenzen und damit das Gericht zu deren Prüfung zu verpflichten, zu verneinen (vgl. Geiger, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl., § 86, Rn. 6; Hess. VGH, Beschl. v. 15.09.2009 - 7 A 2550/08 -, juris, Rn.28, zu § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO).“ (OVG Lüneburg aaO.)

## II. Ergebnis

Der Antrag ist mangels Rechtsschutzbedürfnis unzulässig.

(VGH Kassel in DÖV 2015, 676; Beschluss vom 27.03.2015 – 3 B 153/15.N)

1. Die Antragsbefugnis eines obligatorisch Berechtigten im Normenkontrollverfahren setzt eine **verfestigte Rechtsposition** voraus, die derjenigen eines dinglich Berechtigten vergleichbar ist.
2. Bei **Kündigung** des der obligatorischen Berechtigung **zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses** ist die Rechtsposition derart in ihrem Bestand angegriffen, dass sie eine Antragsbefugnis nicht begründen kann.

**Fall:** Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin des im Außenbereich ihres Gemarkungsgebiets gelegenen Grundstücks Seelheim, Flur A, Flurstück B, das der Antragsteller seit 1968 von dieser gepachtet hat. Ausweislich des Vertragstextes vom 01.08.1968 (Blatt 64 Gerichtsakte - GA) wurde der (unentgeltliche) Pachtvertrag zunächst auf die Dauer von 18 Jahren geschlossen und sollte sich sodann stillschweigend nach Ablauf der Pachtzeit um jeweils ein Jahr verlängern. Durch den Pachtvertrag gestattete die Antragsgegnerin als Verpächterin dem Pächter, auf dem Pachtgrundstück einen Schießstand mit Schützenhalle sowie sanitären Anlagen zu errichten. Mit Schreiben vom 21.09.1989 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit, der Pachtvertrag vom 01.08.1968 werde rückwirkend bis zum 31.07.2006 verlängert und verlängere sich danach von Jahr zu Jahr, falls von keiner Seite eine Kündigung erfolge. Ein Pachtgeld werde (weiterhin) nicht erhoben. Unter dem 17.11.2014 wandte sich die Antragsgegnerin unter dem Briefkopf „Stadt Kirchhain, Der Magistrat“, unterschrieben durch den Bürgermeister mit folgendem Schreiben an den Antragsteller:

„Sehr geehrter Herr Vorsitzender X.,

zur Vermeidung gerichtlicher Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit der Frage des zivilrechtlichen Eigentums der baulichen Anlagen auf dem städtischen Grundstück Gemarkung Großseelheim, Flur A, Flurstück B, kündigen wir den bestehenden Pachtvertrag vom 01.08.1968, verlängert am 21.09.1989, fristgerecht zum 31.07.2015. Wir erklären ausdrücklich, dass sich das Pachtverhältnis über den 31.07.2015 hinaus nicht verlängert.

Zu gegebener Zeit beabsichtigen wir, Ihnen einen Mietvertragsentwurf zu überreichen, der die bisherigen Nutzungen des Schützenvereins sicherstellen kann. Nach der Umsetzung schallschutztechnischer Verbesserungen im Pistolenschießstand betrachten wir auch die Option einer Erbpachtregelung grundsätzlich positiv.“

Ebenfalls unter dem 17.11.2014 beschloss die Stadtverordnetenversammlung der Antragsgegnerin den Bebauungsplan „Nordwestlich E-straße“ als Satzung sowie über die eingegangenen Anregungen und Einwendungen. Durch den Bebauungsplan „Nordwestlich E-straße“ wird ein allgemeines Wohngebiet ausgewiesen, das an das von der Antragstellerin im Außenbereich gepachtete Grundstück mit Schützenhaus auf eine Distanz von ca. 60 m heranrückt. Die Entfernung zur nächstgelegenen Wohnbebauung im Gemarkungsgebiet der Antragsgegnerin betrug vormals ca. 150 m.

Gegen diesen Bebauungsplan erhob der Antragsteller Normenkontrollklage und beantragt, diesen außer Vollzug zu setzen. Seine Antragsbefugnis leitet er auch dem Pachtvertrag her, der seiner Auffassung nach wie vor gültig sei. Zudem sei die Kündigung allenfalls zum 31.12.2015 wirksam. Durch das Heranrücken des allgemeinen Wohngebietes an das Vereinsgelände entstehe für ihn, den Antragsteller, ein schwerer Nachteil im Sinne des § 47 VI VwGO, da unter diesen Umständen der Vereinszweck, nämlich der Betrieb des Schützenvereins mit Außenschießanlagen nicht mehr verwirklicht werden könne. Die Außervollzugsetzung des streitigen Bebauungsplanes sei auch aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten, da ausweislich des von ihm eingeholten Gutachtens der Ingenieurgesellschaft für Akustik, thermische Bauphysik, Immissionsschutz GSA A. die maßgeblichen Immissionsrichtwerte für ein allgemeines Wohngebiet nach der TA-Lärm im Plangebiet durch den Vereinsbetrieb um mehr als 10 dB(A) überschritten würden (Blatt 44 Gerichtsakte). Ist der Antrag zulässig?

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

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Hier wird um einen Bebauungsplan gestritten, der als Satzung nach dem § 10 I BauGB ergibt. Das BauGB regelt das öffentliche Baurecht und gehört damit zum öffentlichen Recht. Der Verwaltungsrechtsweg ist mangels Eingreifen von Sonderzuweisungen daher gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

## II. Zuständigkeit des Gerichts

Für die Entscheidungen nach § 47 I VwGO ist das Oberverwaltungsgericht zuständig. Allerdings kann nach § 184 VwGO das Land bestimmen, dass das Oberverwaltungsgericht die

bisherige Bezeichnung „Verwaltungsgerichtshof“ weiterführt, so dass hier der VGH zuständig ist.

### III. Statthaftigkeit des Antrags

Ein Normenkontrollantrag nach § 47 I VwGO entfaltet keine aufschiebende Wirkung. Daher kann nach § 47 VI VwGO kann derjenige, welcher einen solchen Normenkontrollantrag nach § 47 I VwGO gestellt hatte, auch nach § 47 VI VwGO den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragen. Diese wird erlassen, wenn sie zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.

Ein entsprechender Antrag ist daher statthaft.

### IV. Antragsbefugnis analog § 47 II VwGO

Für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gelten die Vorschriften über das Hauptsacheverfahren dann entsprechend. Der Antrag ist daher nur zulässig, wenn der Antragsteller die Antragsbefugnis gemäß § 47 II VwGO hat.

Nach § 47 II VwGO kann den Antrag auf Normenkontrolle jede natürliche oder juristische Person stellen, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden, sowie jede Behörde, innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift.

#### 1. Antragsbefugnis der dinglich Berechtigten

*„Grundsätzlich ist zunächst der **Eigentümer** eines von einer bauplanungsrechtlichen Festsetzung betroffenen Grundstücks - bzw. ein ihm gleich stehender „wechselnder Kreis von Personen“, die in der konkreten Situation einen Nachteil erleiden, antragsbefugt im Sinne des § 47 II VwGO (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25.01.2002 - 4 BN 2/02 -, juris). Eine **Rechtsverletzung** im Sinne von § 47 II Satz 1 VwGO kommt stets dann in Betracht, wenn sich der Eigentümer gegen eine bauplanerische Festsetzung wendet, die **unmittelbar sein im Plangebiet gelegenes Grundstück betrifft**. Da solche Festsetzungen Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Grundeigentums nach Art. 14 I 2 GG sind, muss der Eigentümer sie nur hinnehmen, wenn der Plan rechtmäßig ist. Ob dies der Fall ist, kann er im Normenkontrollverfahren überprüfen lassen (vgl. Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Kommentar, Loseblatt, Stand: 2005, § 47 Rn. 58 und 59 mit Rechtsprechungsnachweisen).“ (VGH Mannheim aaO.)*

Der Antragsteller ist allerdings nicht am Grundstück dinglich berechtigt.

#### 2. Antragsbefugnis obligatorisch Berechtigter

In bestimmten Fällen kann aber auch obligatorisch Berechtigten eine Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren zustehen (vgl. Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 6. Auflage 2014, § 47 Rn. 67 m.w.N.; Schoch/Schneider/Bier, aaO., § 47 Rn. 59a ff. mit differenzierenden Ausführungen). Allerdings sind hier nicht alle antragsbefugt, die sich darauf berufen können, in ihrem Eigentum nach Art. 14 GG betroffen zu sein, ohne Eigentümer zu sein. Dies gilt insbesondere für Mieter und Pächter.

*„Selbst wenn in der Rechtsprechung sowohl Pächtern als auch Mietern die Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren zugestanden wird (vgl. Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, aaO., § 47 Rn. 67 mit Rechtsprechungsnachweisen), handelt es dabei jedoch jeweils um Sachverhaltskonstellationen, in denen **gefestigte Rechtspositionen vergleichbar derjenigen einer dinglichen Berechtigung im Raume stehen**.“ (VGH Mannheim aaO.)*

Allerdings könnte die Rechtsposition des Antragstellers als Pächter des streitigen Grundstücks ist aufgrund der durch die Antragsgegnerin **ausgesprochen Kündigung** rechtlich derart in ihrem Bestand angegriffen sein, dass sie eine einer dinglichen Berechtigung angenäherte Rechtsposition mit der Folge der Antragsbefugnis im Normenkontrollrecht nicht begründen kann.

##### a) Wirksamkeit der Kündigung

Fraglich ist allerdings, ob die Kündigung überhaupt wirksam ist.

Das Pachtverhältnis zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin könnte durch Schreiben des Magistrats der Antragsgegnerin vom 17.11.2014 (wirksam gekündigt worden sein.

*„Soweit der Antragsteller meint, das Kündigungsschreiben sei **nicht wirksam**, da der **Bürgermeister** der Antragsgegnerin im Innenverhältnis seine **Kompetenzen** gemäß § 70 der Hessischen*

Gemeindeordnung (Hessische Gemeindeordnung in der Fassung vom 07.03.2005, GVBl. I S. 142 - HGO) überschritten habe, da der Kündigung weder ein Magistratesbeschluss noch ein Beschluss der Stadtverordnetenversammlung vorausgegangen sei, kann dem nicht gefolgt werden. Wie die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 25.02.2015 zutreffend angemerkt hat, kommt es auf die von dem Antragsteller behauptete Überschreitung der Kompetenzen des Bürgermeisters bereits deshalb nicht an, da **selbst bei Missbrauch der Vertretungsmacht dies auf die Wirksamkeit der abgegebenen Erklärung keine Auswirkungen** hat, sofern die Vertretungsregelung des § 71 HGO - wie hier - beachtet worden ist. **Gemäß § 71 I HGO vertritt der Gemeindevorstand die Gemeinde.** Erklärungen der Gemeinde werden in seinem Namen durch den Bürgermeister oder dessen allgemeinen Vertreter, innerhalb der einzelnen Arbeitsgebiete durch die dafür eingesetzten Beigeordneten, abgegeben. Nicht verpflichtende Erklärungen der Gemeinde im Sinne des § 71 I HGO sind insbesondere gegeben, wenn die Gemeinde Willenserklärungen abgibt, durch die unmittelbar ein Recht begründet, aufgehoben oder inhaltlich verändert wird, wie dies etwa bei einer Übereignung oder einer Kündigung der Fall ist (vgl. Rauber/Rupp/Stein/Schmidt/Bennemann/Euler/Ruder/Stöhr, Hessische Gemeindeordnung, Kommentar, 2. Auflage, 2014, § 71 Rn. 2.1).

Unter Anlegung dieser Maßstäbe ist die am 17.11.2014 durch die Antragsgegnerin erfolgte **Kündigung wirksam erfolgt**, wobei der Senat - ohne dass es entscheidungserheblich hierauf ankommt - darauf hinweist, dass nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gebotenen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung nichts darauf hinweist, dass der Bürgermeister der Antragsgegnerin außerhalb seiner Kompetenzen gehandelt haben könnte. Aus dem gesamten Verwaltungs- und Gerichtsvorgang ergibt sich nämlich, dass die Antragsgegnerin zum einen den Fortbestand des Schützenvereins zwar nicht grundsätzlich in Frage stellen will, dessen Betrieb aber gleichwohl durch die Errichtung von Schallschutzvorrichtungen mit dem heranrückenden allgemeinen Wohngebiet vereinbar gestalten und daher an dem bestehenden Pachtverhältnis nicht festhalten will. Hierfür spricht auch der zu den Gerichtsakten gereichte Kaufvertragsentwurf (Bl. 350 ff. GA), dessen Vollzug von der Umsetzung der nach Bundes-Immissionsschutzrecht für erforderlich gehaltenen Maßnahmen abhängig gemacht werden soll.“ (VGH Mannheim aaO.)

Die Kündigung ist damit wirksam erfolgt.

#### b) Maßgeblichkeit des Kündigungszeitpunktes

Es könnte jedoch darauf ankommen, dass die Kündigung erst zum 31.07.2015 oder – wie der Antragsteller meint – zum 31.12.2015 wirksam wird, also derzeit das Pachtverhältnis noch fortbesteht.

„In beiden Fällen ist nämlich das **obligatorische Recht** des Antragstellers **nur noch für einen überschaubaren Zeitpunkt** wirksam, so dass seine Rechtsposition mit derjenigen eines dinglich Berechtigten nicht auf eine Stufe gestellt werden kann. Steht fest, dass - wie hier - das **obligatorische Recht ausläuft**, verfügt der Antragsteller gerade nicht über eine derart gesicherte Rechtsposition, die ihm das Recht verleiht, diese im Normenkontrollverfahren zulässigerweise aufzurufen.

Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung des Antragstellers auch nicht daraus, dass die Antragsgegnerin nach unstreitiger Aktenlage kein Interesse daran hat, den **Betrieb des Schützenvereins dauerhaft zu unterbinden**. Maßgeblich ist, dass die Antragsgegnerin als Eigentümerin derjenigen Flächen, auf denen der Schützenverein u. a. den Außenschießstand betreibt, eine **Fortsetzung der Nutzung nur unter bestimmten Bedingungen**, nämlich nach Erfüllung der immissionsschutzrechtlichen Anforderungen wie Einhausung des Schießstandes etc., erlauben wird. Ist der Antragsteller nach wie vor nicht bereit, unter diesen Voraussetzungen einen neuen Vertrag mit der Antragsgegnerin zu schließen oder das Grundstück zu den genannten Bedingungen zu erwerben, verbleibt es bei der Kündigung.“ (VGH Mannheim aaO.)

### V. Ergebnis

Dem Antragsteller fehlt daher die Antragsbefugnis analog § 47 II VwGO, so dass der Antrag unzulässig ist.

## 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  
§§ 189, 167

### Zustellung an prozessunfähige Person Möglichkeit der Heilung

ZivilProzR

(BGH in MDR 2015, 535; Urteil vom 12.03.2015 – III ZR 207/14)

1. Die Unwirksamkeit der **Zustellung an eine prozessunfähige** Person (§ 170 I 2 ZPO) kann gem. § 189 ZPO dadurch geheilt werden, dass das zuzustellende Schriftstück dem gesetzlichen Vertreter der prozessunfähigen Person tatsächlich zugeht.
2. § 167 ZPO erfasst auch die erst durch eine – **insgesamt noch „demnächst“ erfolgende** – Heilung wirksam gewordene Zustellung.

**Fall:** Die Klägerin hat gegen die Beklagte eine Forderung geltend gemacht. Die Verjährungsfrist endete am 31.12.2008. Am 22.12.2008 ging beim zuständigen Mahngericht ein entsprechender Mahnantrag ein, der an die Beklagte zunächst vermeintlich zustellt wurde. Es stellte sich jedoch nach entsprechender Mitteilung des Betreuers heraus, dass diese seit 2005 im Wachkoma lag und somit prozessunfähig ist (§ 52 ZPO, § 104 Nr. 2 BGB) mit der Folge, dass die an sie gerichtete Zustellung des Mahnbescheids gem. § 170 I 2 ZPO unwirksam gewesen ist. Der Mahnbescheid wurde sodann dem Betreuer Anfang 2009 zugestellt. Dieser beruft sich für die Beklagte auf die Anspruchsverjährung. Zu Recht?

Die am 31.12.2008 endende Verjährungsfrist (§§ 195, 199 I BGB) könnte durch die auf den Eingang des Mahnantrags am 22.12.2008 zurück wirkende Zustellung des Mahnbescheids v. 23.12.2008 rechtzeitig gehemmt worden sein (§ 204 I 3 BGB, §§ 167, 189 ZPO).

#### I. Heilung des Zustellungsmangels

Die Zustellung war jedoch zunächst unwirksam. Fraglich ist, ob eine Heilung möglich ist. Dies ist umstritten.

„Eine Heilung gem. § 189 ZPO für **möglich** halten das **Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen** (Beschl. v. 22.08.2014 – L 13 SB 97/14, juris – Rn. 14 ff.) und **Teile des Schrifttums** (Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 189 Rn. 5, 6 ...). Ein anderer Teil des Schrifttums verneint demgegenüber eine Heilungsmöglichkeit nach § 189 ZPO (Thomas/Putzo/Hübstege, ZPO, 35. Aufl., § 170 Rn. 3 ...).“ (BGH aaO.)

Der BGH hat sich nunmehr der Auffassung angeschlossen, die eine Heilung für möglich hält

„Für diese Ansicht sprechen zunächst der **Wortlaut und die Systematik** von § 189 ZPO. Danach ergibt sich kein Anhalt für eine Einschränkung der Heilungsmöglichkeit, insbesondere nicht für einen Ausschluss der Anwendbarkeit auf die Unwirksamkeit der Zustellung an eine prozessunfähige Person gem. § 170 I 2 ZPO. Dass § 170 I 2 ZPO die Unwirksamkeit ausdrücklich anordnet, hat lediglich klarstellenden Charakter (s. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zustellungsreformgesetz, BT-Drucks. 14/4554, 17; so auch LSG NRW, aaO. – Rn. 16). Das Berufungsgericht weist ferner zutreffend darauf hin, dass eine Heilung gem. § 189 Alt. 2 ZPO auch dann eintreten kann, wenn der Empfänger des zuzustellenden Schriftstücks (s. § 182 II 2 ZPO) nicht mit der Person identisch ist, die auf dem Schriftstück beziehungsweise dessen Umschlag als Adressat der Zustellung angegeben ist (s. § 182 II 1 ZPO), sofern die Zustellung nach den gesetzlichen Bestimmungen an den tatsächlichen Empfänger hätte gerichtet werden können (oder sogar, wie hier, hätte gerichtet werden müssen).

Hinzu treten **Erwägungen des Gesetzgebers** und der **Zweck** der in Frage stehenden Vorschriften.

§ 189 ZPO soll **nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers für jede Zustellung** gelten (s. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zustellungsreformgesetz, aaO., S. 25; s.a. LSG NRW, aaO.). Dieser Norm liegt das Prinzip der Zweckerreichung zugrunde. **Gelangt das zuzustellende Schriftstück zum richtigen Empfänger**, so hat die Zustellung – mit Wirkung ex nunc – ihren Zweck erfüllt. Wollte man der Zustellung in diesem Falle gleichwohl die Wirksamkeit (durch Heilung) versagen, so wäre dies eine unnötige Förmerei. Vor diesem Hintergrund ist **§ 189 ZPO weit auszulegen** (s. dazu etwa BGH, Urt. v. 27.01.2011 – VII ZR 186/09 – Rn. 47, BGHZ 188, 128 [144] = MDR 2011, 417 m.w.N. ...).

Die besondere Schutzbedürftigkeit der prozessunfähigen Person steht der Heilungsmöglichkeit nach § 189 ZPO nicht entgegen. Zu Recht hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass der gesetzliche Vertreter, der eine an die von ihm vertretene prozessunfähige Person gerichtete Sendung erhält, hierauf in aller Regel nicht anders reagiert als auf ein Schriftstück, das an ihn in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter der prozessunfähigen Person adressiert ist. In beiden Fällen erkennt er, dass die Sendung der Sache nach die prozessunfähige Person betrifft und er als ihr gesetzlicher Vertreter gehalten ist, den Inhalt des Schriftstücks zur Kenntnis zu nehmen und die danach gebotenen Maßnahmen zu ergreifen.“ (BGH aaO.)

#### II. Rückwirkung der Heilung

„Zutreffend hat das Berufungsgericht auch die Rückwirkung des tatsächlichen Zugangs des Mahnbescheids beim Betreuer der Klägerin (spätestens) am 04.01.2009 auf den Zeitpunkt der Einreichung des Mahnantrags am 22.12.2008 gem. § 167 ZPO bejaht. **§ 167 ZPO erfasst auch die erst durch eine (insgesamt noch „demnächst“ erfolgende) Heilung wirksam gewordene Zustellung** (s. etwa Hübstege in Thomas/Putzo, aaO., § 167 Rn. 9; Zöller/Greger, aaO., § 167 Rn. 16 ...), da die Fiktion des § 189 ZPO sämtliche Rechtsfolgen einer wirksamen Zustellung herbeiführt.“ (BGH aaO.)

ZPO  
§ 72 I

## Zulässigkeit der Streitverkündung Ausgleichsansprüche unter Gesamtschuldnern

(BGH in MDR 2015, 667; Urteil vom 07.05.2015 – VII ZR 104/14)

ZivilVerfR

Die Entscheidung befasst sich mit der Frage, ob eine Streitverkündung zulässig ist unter Gesamtschuldnern.

### I. Zweck der Streitverkündung

„Nach § 72 I ZPO ist eine Streitverkündung u.a. dann zulässig, wenn die Partei im Zeitpunkt der Streitverkündung aus in diesem Augenblick naheliegenden Gründen für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt (vgl. BGH, Urt. v. 22.12.1977 – VII ZR 94/76, BGHZ 70, 187 [189]; ...). Die Streitverkündung ist ein in erster Linie den Interessen des Streitverkünders dienender **prozessualer Behelf**, der dazu bestimmt ist, **verschiedene Beurteilungen desselben Tatbestandes zu vermeiden**, das heißt den Streitverkünder durch die Bindungswirkung gem. §§ 74, 68 ZPO vor dem Risiko zu bewahren, dass er wegen der materiell-rechtlichen Verknüpfung der im Vor- und Folgeprozess geltend gemachten bzw. geltend zu machenden Ansprüche mehrere Prozesse führen muss, dabei aber Gefahr läuft, alle zu verlieren, obwohl er zumindest einen gewinnen müsste (vgl. BGH, Urt. v. 11.02.2009 – XII ZR 114/06 – Rn. 29, BGHZ 179, 361 = MDR 2009, 739; ...).“ (BGH aaO.)

### II. Relevanz des Vorprozesses bei Gesamtschuld

„**Unzulässig** ist eine Streitverkündung seitens des Klägers des Vorprozesses wegen solcher **Ansprüche**, die nach Lage der Dinge von vornherein gegenüber dem Beklagten des Vorprozesses als auch gegenüber dem Dritten geltend gemacht werden können, für die also **aus der Sicht des Streitverkünders schon im Zeitpunkt der Streitverkündung eine gesamtschuldnerische Haftung des Beklagten und des Dritten in Betracht kommt** (vgl. BGH, Urt. v. 06.12.2007 – IX ZR 143/06 – Rn. 16, BGHZ 175, 1 = MDR 2008, 281 f.; ...). In einem derartigen Falle kommt es auch im Zeitpunkt der Streitverkündung nicht mehr auf einen für den Streitverkünder ungünstigen Ausgang des Vorprozesses an (vgl. BGH, Urt. v. ... 18.12.2014 – VII ZR 102/14 – Rn. 17, MDR 2015, 350 = BauR 2015, 705).

Hingegen ist eine Streitverkündung zulässig, wenn der **Beklagte des Vorprozesses** (Streitverkünder) gegen einen Dritten (Streitverkündungsempfänger) aus im Zeitpunkt der Streitverkündung naheliegenden Gründen einen **Gesamtschuldnerausgleichsanspruch** erheben zu können glaubt (vgl. OLG Celle v. 12.03.2008 – 14 U 108/07, juris; ...). Hiervon ist der BGH bereits im Urteil v. 09.07.2009 (BFH v. 09.07.2009 – VII ZR 109/08 – Rn. 23 f., BauR 2009, 1609 = NZBau 2010, 45) ausgegangen. Ausgleichsansprüche unter Gesamtschuldnern sind Ansprüche auf Schadloshaltung i.S.d. § 72 I ZPO (vgl. Wiczo-rek/Schütze/Mansel, ZPO, 3. Aufl., § 72 Rn. 52 m.w.N.; Schultes in MüKo-ZPO, 4. Aufl., § 72 Rn. 11; ...). Ein Beklagter, der einen Gesamtschuldnerausgleichsanspruch gegen einen Dritten erheben zu können glaubt, ist dem vorstehenden genannten Risiko ausgesetzt, vor dem die mit der Streitverkündung verbundene Bindungswirkung gem. §§ 74, 68 ZPO bewahren soll.“ (BGH aaO.)

ZPO  
§ 260

## Unzulässigkeit der Verfahrensverbundung Urkundenverfahren und ordentliches Verfahren

(OLG Frankfurt in MDR 2015, 671; Urteil vom 12.02.2015 – 3 U 117/14)

ZivilVerfR

Verschiedene Zahlungsansprüche können **nicht gleichzeitig** im Urkundenverfahren und normalen Klageverfahren geltend gemacht werden. Ein insoweit ergangenes Vorbehalts-Teilurteil und Teilurteil ist verfahrensfehlerhaft.

„Das Verfahren des LG leidet grundlegend daran, dass es zugelassen hat, dass **zwei Zahlungsansprüche gleichzeitig in verschiedenen Verfahrensarten** – im Urkundenverfahren und normalen Klageverfahren – geltend gemacht werden. Dies ist **grundsätzlich unzulässig** (vgl. BGH, Urt. v. 07.12.1981 – II ZR 187/81, MDR 1982, 297; v. 03.05.1982 – II ZR 229/81, MDR 1982, 992; Zöller/Greger, ZPO, § 260 Rn. 2a) und führt – unabhängig von der materiellen Rechtslage – dazu, dass das angefochtene Urteil keinen Bestand haben kann. Die in der Berufung abgegebenen prozessualen Erklärungen der Klägerin können hieran nichts ändern. So wirkt sich die (bisher einseitige) Erledigungserklärung bezüglich des Klageantrags zu 2. nur dahin aus, dass sich die ursprüngliche Leistungsklage in einen Antrag auf Feststellung umwandelt, dass die ursprüngliche Leistungsklage zulässig und begründet war. Gerade an der Zulässigkeit der gewählten Verfahrensart mangelt es aber. Die Erklärung der Klägerin, **nunmehr auch den Klageantrag zu 3. im Wege des Urkundenprozesses geltend machen zu wollen**, ist nach der Rechtsprechung des BGH zwar **grundsätzlich zulässig** (vgl. Zöller/Greger, ZPO, § 593 Rn. 3), **analog § 263 ZPO** müssten aber die **Beklagten zustimmen**, was sie bisher nicht getan haben, oder die **Sachdienlichkeit bejaht** werden. Sachdienlich ist die Erklärung aber schon deshalb nicht, weil sich hierdurch das fehlerhafte Teilurteil des LG bezüglich des Klageantrags zu 3. nicht beseitigen lässt.

Das angefochtene Urteil war danach, soweit es mit der Berufung angegriffen wird, nach § 538 II Nr. 5 ZPO bzw. § 538 II Nr. 7 ZPO aufzuheben und an das LG zurückverweisen. Den für die Zurückverweisung nach § 538 II Nr. 5 ZPO erforderlichen Antrag hat der Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung gestellt, so dass offen bleiben kann, ob eine Zurückverweisung im vorliegenden Fall **zweier zwar isoliert zulässiger, aber zusammen unzulässiger Teilurteile** nicht ohnehin – ohne Antrag – nach § 538 II Nr. 7 ZPO hätte erfolgen müssen. Bei der erneuten Verhandlung wird das LG die in der Berufung abgegebenen weiteren Prozessanträge der Klägerin zu berücksichtigen haben. Als gangbarer Weg für das weitere Verfahren empfiehlt sich, dass die Klägerin insgesamt vom Urkundenverfahren Abstand nimmt.“ (OLG Frankfurt aaO.)

OWiG  
§ 51

## Unwirksamkeit einer Zustellung Herbeiführung des Irrtums durch Adressaten

(OLG Hamm in BeckRS 2015, 04175; Beschluss vom 27.01.2015 – 3 RBs 5/15)

StrafVerfR

Ein Betroffener kann sich **wegen Rechtsmissbrauchs nicht auf die Unwirksamkeit einer Ersatzzustellung** des gegen ihn ergangenen Bußgeldbescheides berufen, wenn er bei der Verwaltungsbehörde einen Irrtum über seinen tatsächlichen Lebensmittelpunkt bewusst und zielgerichtet unter Verstoß gegen die Meldegesetze der Länder herbeigeführt hat.

**Fall:** Mit Schreiben der Bußgeldbehörde vom 28.08.2013 wurde die Betroffene zu dem ihr vorgeworfenen Verstoß vom 16.08.2013 angehört. Das Anhörungsschreiben war adressiert an die Betroffene, I-Straße ... in ...28 11. Hierbei handelte es sich um die Anschrift unter der die Betroffene zu diesem Zeitpunkt amtlich gemeldet war und unter der ausweislich der Voreintragungen auch Bußgeldbescheide vom 21.10.2009 - rechtskräftig seit dem 24.02.2010 - und 20.04.2012 - rechtskräftig seit dem 19.10.2012 - jeweils rechtskräftig wurden.

Mit Schreiben vom 06.09.2013 meldete sich der Verteidiger für die Betroffene und bat um Akteneinsicht, ohne eine entsprechende Vollmacht vorzulegen. Eine Stellungnahme wurde auch nach erfolgter Akteneinsicht nicht abgegeben.

Daraufhin erließ die Bußgeldbehörde am 14.10.2013 einen Bußgeldbescheid gegen die Betroffene, in dem ihr zur Last gelegt wurde, am 16.08.2013 um 9.45 Uhr in der N-Straße in H die dort außerhalb geschlossener Ortschaften zulässige Höchstgeschwindigkeit von 70 km/h nach Toleranzabzug um 42 km/h überschritten zu haben. Festgesetzt wurden ein aufgrund Voreintragungen erhöhtes Bußgeld in Höhe von 200,00 € sowie ein Fahrverbot von einem Monat. Dieser Bußgeldbescheid vom 14.10.2013 wurde der Betroffenen am 16.10.2013 unter der Anschrift I-Straße ... in ...28 11 durch Einlegung in den Briefkasten zugestellt. Eine Abschrift des Bußgeldbescheides wurde formlos an ihre Verteidiger übersandt, wo dieses Schreiben ebenfalls am 16.10.2013 einging.

Das Amtsgericht Gütersloh hat die Betroffene wegen fahrlässiger Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit zu einer Geldbuße von 280,00 € verurteilt und ihr unter Gewährung von Vollstreckungsaufschub für die Dauer von einem Monat verboten, Kraftfahrzeuge jeder Art im öffentlichen Straßenverkehr zu führen. Nach den Feststellungen hat die Betroffene die der Verurteilung zugrunde liegende Tat am 16.08.2013 begangen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Betroffene mit ihrer Rechtsbeschwerde. Sie macht geltend, dass einer Verurteilung das Verfolgungshindernis der Verjährung entgegenstehe, weil ihr der Bußgeldbescheid nicht ordnungsgemäß zugestellt worden sei. Bei der Anschrift I-Straße ... in I1 handele es sich um die Wohnung ihrer Eltern. Tatsächlich habe sie zum Zeitpunkt der Zustellung in C gewohnt. Zuzugeben sei allerdings, dass sie es versäumt habe, sich umzumelden. Ist Verfolgungsverjährung eingetreten?

„Nach den Feststellungen des amtsgerichtlichen Urteils hat die Betroffene - nicht widerlegbar - mitgeteilt, dass sie seit dem 22.08.2010 in C wohne, so dass die am 16.10.2013 durch Einlegung des Bußgeldbescheides in den Briefkasten unter der Anschrift ihrer Eltern in I1 erfolgte **Ersatzzustellung unwirksam** war, weil die Ersatzzustellung nach den §§ 178-181 ZPO voraussetzt, dass eine Wohnung an dem Ort, an dem zugestellt werden soll, tatsächlich von dem Adressaten genutzt wird (vgl. BGH, NJW 2011, 2440 Rn. 13 m.w.N.).

In der Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass es eine **unzulässige Rechtsausübung** darstellt, wenn der Zustellungsadressat eine fehlerhafte Ersatzzustellung geltend macht, obwohl er einen **Irrtum über seinen tatsächlichen Lebensmittelpunkt bewusst und zielgerichtet herbeigeführt** hat (BGH, NJW 2011, 2440 Rn. 13; BVerfG, NJW-RR 2010, 421 Rn. 17; OLG Jena NStZ-RR 2006, 238, OLG Köln NJW-RR 2001, 1511, jeweils m.w.N.). Hierbei handelt es sich nicht um die Erleichterung einer wirksamen Zustellung im Wege der objektiven Zurechnung eines Rechtsscheins (BGH, NJW 2011, 2440 Rn. 13). Vielmehr wird dem Empfänger im Lichte des das gesamte Recht beherrschenden **Grundsatzes von Treu und Glauben** (§ 242 BGB) unter engen Voraussetzungen lediglich versagt, sich auf die Unwirksamkeit einer Zustellung zu berufen (BGH, NJW 2011, 2440 Rn. 13; BVerfG, NJW-RR 2010, 421 Rn. 18). Dies ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung etwa für die Fälle anerkannt, dass sich der Adressat nicht nur für diese Wohnung angemeldet hat, sondern sich dolos als dort wohnend geriert, seinen Schriftwechsel unter dieser Anschrift führt und seine Post dort abholt (vgl. OLG Jena, NStZ-RR 2006, 238; OLG Hamm, Beschluss vom 14.10.2003 - 2 Ss OWi 219/03 -, BeckRS 2003, 30330529; BayOLG, Beschluss vom 16.03.2004 - 2 ObOWi 7/04 -, BeckRS 2004 03759).“ (OLG Hamm aaO.)

Hier ist es allerdings nicht so, dass die Betroffene aktiv an dem Irrtum mitgewirkt hat. Sie hat nicht ihren Schriftwechsel unter der Anschrift in I1 aktiv geführt oder sich über die unterlassene Ummeldung hinaus als dort wohnend geriert. Fraglich ist daher, ob allein das Unterlassen der Ummeldung die Berufung auf die Unwirksamkeit der Zustellung rechtsmissbräuchlich erscheinen lässt.

„Aber auch wenn die Betroffene im vorliegenden Verfahren daher nicht aktiv einen Rechtsschein dahin gesetzt hat, an ihrer Meldeanschrift in I1 auch tatsächlich zu wohnen, war das Verhalten der Betroffenen insgesamt rechtsmissbräuchlich, so dass sie sich auf die Unwirksamkeit der Ersatzzustellung nicht berufen kann. Hierbei weist der Senat ausdrücklich darauf hin, dass die **hier vertretene Rechtauffassung nur für das Zustellungserfordernis in § 33 I Nr. 9 OWiG** unmittelbare Geltung hat. Die Ausdehnung der o.g. Rechtsprechung auch auf die Fälle, in denen ein Betroffener nicht durch Angabe einer falschen Anschrift selbst aktiv geworden ist, sondern im Wesentlichen lediglich die erforderliche Ummeldung unterlassen hat, beruht auf folgenden Erwägungen:

Es ist anerkannt, dass selbst im Strafprozess - und deswegen erst Recht im Ordnungswidrigkeitenverfahren - ein **allgemeines Missbrauchsverbot** gilt (vgl. BGH, NStZ 2007, 49 Rn. 2 m.w.N.). Nach der Definition des Bundesgerichtshofes ist ein Missbrauch prozessualer Rechte dann anzunehmen, wenn ein Verfahrensbeteiligter die ihm durch die Strafprozessordnung eingeräumten Möglichkeiten zur Wahrung seiner verfahrensrechtlichen Belange benutzt, um gezielt **verfahrensfremde oder verfahrenswidrige Zwecke** zu verfolgen (vgl. BGH, NStZ 2007, 49 Rn. 3 m.w.N.). Diese Definition kann auch auf das Ordnungswidrigkeitenrecht übertragen werden. Im vorliegenden Verfahren hat es die anwaltlich beratene Betroffene **ganz offensichtlich in Kenntnis der Rechtsprechung zu § 33 I Nr. 9 OWiG im Hinblick auf eine möglicherweise fehlerhafte Ersatzzustellung bewusst unterlassen**, ihren tatsächlichen Wohnsitz gegenüber der Bußgeldbehörde zu offenbaren, um auf diese Weise Verfolgungsverjährung eintreten zu lassen. Hierfür spricht bereits, dass die Betroffene die Änderung ihrer Anschrift nicht - wie es ansonsten regelmäßig üblich ist - mitgeteilt hat und sie sich durch Fax ihres Verteidigers vom 28.11.2013 - exakt 3 Monate nach der am 28.08.2013 erfolgten schriftlichen Anhörung - **erstmalig auf den Eintritt der Verfolgungsverjährung berufen hat.**“ (OLG Hamm aaO.)

Hinzu kommt, dass das Abstellen auf den Zeitpunkt der Zustellung in § 33 I Nr. 9 OWiG nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich bezwecken soll, die Bußgeldbehörden zu zügiger Erledigung der Zustellungen anzuhalten und nicht dazu dient, Betroffene, die gegen die landesrechtlichen Meldegesetze verstoßen, gegenüber anderen, die Meldegesetze beachtende Betroffene, zu bevorzugen (vgl. BT-Drs. 13/3691, Seite 6 i.V.m. BT-Drs. 13/8655, Seite 12).

„Im vorliegenden Verfahren hat die Bußgeldbehörde diesen vom Gesetzgeber verfolgten Zweck beachtet. Der am 14.10.2013 erlassene Bußgeldbescheid ist bereits 2 Tage später - nämlich am 16.10.2013 - unter der Meldeanschrift der Betroffenen in I1 zugestellt worden. Da die Betroffene unter dieser Anschrift gemeldet war, sie das zuvor ebenfalls an diese Anschrift gerichtete Anhörungsschreiben auch unzweifelhaft erhalten hat, was sich bereits aus der Verteidigungsanzeige ihres Verteidigers vom 06.09.2013 ergibt, und die Bußgeldbehörde somit **keine Anhaltspunkte für eine eventuell unwirksame Ersatzzustellung** hatte, würde es daher dem o. g. Gesetzeszweck widersprechen, Betroffene nur deswegen in den Genuss der Verfolgungsverjährung kommen zu lassen, weil diese in zudem ordnungswidriger Weise gegen die Meldegesetze der Länder verstoßen.

Bei der Beurteilung der Frage, ob das rechtsmissbräuchliche Verhalten der Betroffenen ihr das Berufen auf die unwirksame Ersatzzustellung verwehrt, hat der Senat auch in den Blick genommen, dass **durch das Zustellungserfordernis des § 33 I Nr. 9 OWiG keine** von der Betroffenen zu beachtenden **Rechtsmittelfristen in Gang gesetzt** werden, so dass hier eine effektive Rechtsausübung und das rechtliche Gehör nicht unterlaufen werden (vgl. BVerfG NJW-RR 2010, 421, Rn. 18). Da durch die o.g. Rechtsauffassung - wie erwähnt - **lediglich das Zustellungserfordernis des § 33 I Nr. 9 OWiG** betroffen ist und die Betroffene ohnehin innerhalb der Frist des § 67 I OWiG Einspruch gegen den Bußgeldbescheid eingelegt hat, brauchte nicht entschieden zu werden, ob das Berufen auf die unwirksame Ersatzzustellung auch unter dem Aspekt einer rechtzeitigen Einspracheinlegung (§ 61 I OWiG) rechtsmissbräuchlich gewesen wäre. Es spricht allerdings einiges dafür, selbst in den Fällen von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten auszugehen, in denen dies im Ergebnis zu einer Beschneidung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt. Denn dies ist sowohl im öffentlichen Recht als auch im Zivilrecht für ähnlich gelagerte Fälle bereits angenommen worden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 22.04.2004 - 6 B 8.04 - BeckRS 2004, 22567; BVerfG, NJW-RR 2010, 421; BVerwG, NVwZ 1991, 73).

Ohne dass es hierauf noch ankommt, bemerkt der Senat abschließend, dass auch das vorherige Verhalten sowie das weitere Verteidigungsverhalten der Betroffenen Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch darstellen. Obwohl die Betroffene nach ihren Angaben bereits seit August 2010 in C wohnt, ist auch der Bußgeldbescheid vom 20.04.2012 am 19.10.2012 unter der Anschrift in I1 rechtskräftig geworden. Zudem hat die Generalstaatsanwaltschaft in ihrer Antragsschrift vom 30.12.2014 ausgeführt, dass ein eventueller **Zustellungsmangel jedenfalls nachträglich gemäß § 8 LZG NRW geheilt** worden sei, da davon ausgegangen werden müsse, dass der Verteidiger den Einspruch nicht eingelegt hat, ohne dass die Betroffene selbst den Bußgeldbescheid zuvor nicht tatsächlich - sei es durch Vermittlung ihrer Eltern oder ihren Verteidiger - erhalten hatte. Auch wenn keine Pflicht bestand, zur Antragsschrift der Generalstaatsanwaltschaft Stellung zu nehmen, hat der Verteidiger in der unter I. zitierten Weise zu einer evtl. Heilung Stellung genommen, ohne den Zeitpunkt zu benennen, an dem der Bußgeldbescheid der Betroffenen tatsächlich zugegangen ist. Dies hätte aber nahegelegen, wenn der Bußgeldbescheid der Betroffenen bislang überhaupt nicht oder nach Eintritt der Verfolgungsverjährung zugegangen wäre, so dass die den Eintritt der Verfolgungsverjährung geltend machende Betroffene sich auch dadurch rechtsmissbräuchlich verhält, dass sie die Heilung eines eventuellen Zustellungsmangels in Abrede stellt, ohne zugleich einen tatsächlichen Zugang des Bußgeldbescheides entweder insgesamt in Abrede zu stellen oder den Zeitpunkt des Zugangs mitzuteilen.“ (OLG Hamm aaO.)

Die Betroffene kann sich unabhängig davon, ob ein eventueller Zustellungsmangel gemäß § 8 LZG NRW geheilt worden ist, wegen Rechtsmissbrauchs nicht auf eine fehlerhafte Ersatzzustellung nach § 51 I OWiG i.V.m. § 3 II LZG NRW i.V.m. § 180 ZPO berufen.

StPO  
§ 456a

## Nachholung der Strafvollstreckung Bei legaler Rückkehr

StrafVollstrR

(OLG Karlsruhe in BeckRS 2015, 09206; Beschluss vom 05.05.2015 – 2 Ws 158/15)

Keht ein ausgewiesener Verurteilter nach vorherigem Absehen von der Vollstreckung (§ 456a StPO) zurück, ist die Vollstreckung grundsätzlich auch dann nachzuholen, wenn die **Rückkehr aufenthaltsrechtlich erlaubt** erfolgt.

**Fall:** Durch Urteil des Landgerichts T. vom 27.01.1998, rechtskräftig seit 30.09.1998 (I Kls 26 Js 18393/96), wurde der wegen Einbruchsdiebstahl vorbestrafte S. T. wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in zwei Fällen unter Einbeziehung einer vorangegangenen Verurteilung zu der Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten sowie wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in zwei Fällen, Diebstahls in fünf Fällen und versuchten Diebstahls zu der weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Nach Teilverbüßung beider Strafen wurde mit Entschließung der Staatsanwaltschaft T. vom 30.01.2001 von der weiteren Strafvollstreckung gemäß § 456a StPO abgesehen und der Verurteilte, der durch bestandskräftige Verfügung des Regierungspräsidiums S. vom 30.11.1998 aus dem Bundesgebiet ausgewiesen worden war, am 7.06.2001 nach Kroatien abgeschoben.

Nach seiner Wiedereinreise in die Bundesrepublik Deutschland wurde der Verurteilte am 30.06.2012 festgenommen und verbüßt seither den Rest der siebenjährigen Freiheitsstrafe aus dem Urteil des Landgerichts T. vom 27.01.1998 in der Justizvollzugsanstalt F.; bezüglich der weiteren Strafe ist Vollstreckungsverjährung eingetreten.

Mit verschiedenen Schreiben hat der Verurteilte unter Berufung auf Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und Gesetzesänderungen geltend gemacht, dass für ihn kein Einreiseverbot mehr bestehe, und daraus die Unzulässigkeit der Strafvollstreckung abgeleitet. Trifft dies zu?

Auch unter Berücksichtigung der vom Verurteilten vorgetragenen Umstände erweist sich die Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft weder hinsichtlich der Anordnung der Nachholung der Vollstreckung noch hinsichtlich ihrer Entscheidung vom 23.02.2015, diese Anordnung aufrechtzuerhalten, als rechtsfehlerhaft.

### I. Entscheidungsgrundlagen

„Zunächst ist es nicht zu beanstanden, dass die **Vorweganordnung** nach § 456a II 3 StPO der Staatsanwaltschaft T. vom 01.02.2001 **keine Begründung** enthält. Zwar sind Ermessensentscheidungen grundsätzlich zu begründen, um dem Gericht eine Überprüfung auf Ermessensfehlergebrauch zu ermöglichen. Vorliegend war dies aber entbehrlich, weil die **Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung eindeutig** war. Insoweit ist von Bedeutung dass der der Staatsanwaltschaft durch § 456 II 3 StPO eingeräumte Ermessensspielraum durch § 17 II StVollstrO - wonach die Vollstreckung für den Fall der Rückkehr nachgeholt werden soll - dahingehend eingegrenzt wird, dass die **Nachholungsanordnung der Regelfall** ist.

Denn der ausländische Strafgefangene ist durch § 456a I StPO gegenüber anderen Strafgefangenen privilegiert, die nur unter den Voraussetzungen des § 57 StGB entlassen werden können. **Keht der ausgewiesene Verurteilte freiwillig zurück, unterwirft er sich wieder der deutschen Rechtsordnung und muss dann allen anderen abgeurteilten Straftätern in einer vergleichbaren Situation rechtlich gleichgestellt werden; dazu gehört auch die Gleichstellung hinsichtlich des bisher noch nicht verbüßten Teils der Strafe. Ohne besondere Umstände verdichtet sich deshalb das Vollstreckungsrecht zur Vollstreckungspflicht** (vgl. Senat Die Justiz 1999, 345; OLG Hamburg NSiZ-RR 1999, 123; OLG Oldenburg StraFo 2015, 84; Meyer-Gößner/Schmitt, StPO, 57. Aufl. 2014, § 456a Rn. 6; Graalman-Scheerer in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2010, § 456a Rn. 22). Solche besonderen Umstände, die angesichts der Art und Schwere der Taten und anderer berücksichtigungsfähiger Tatsachen ein Absehen von der danach regelmäßig zu treffenden Vorweganordnung als möglich erscheinen ließen und deshalb eine nähere Begründung der getroffenen Entscheidung erfordert hätten, sind vorliegend nicht ersichtlich (vgl. zum Ganzen OLG Stuttgart OLGSt StPO § 456a Nr. 4 und 5).“ (OLG Karlsruhe aaO.)

II. Anwendung auf den Fall

Die EntschlieÙung der Staatsanwaltschaft T. vom 23.02.2015, an der Nachholung der Vollstreckung festzuhalten, hält ebenfalls rechtlicher Überprüfung stand, da die vom Verurteilten vorgebrachten Einwendungen nicht geeignet sind, eine Durchbrechung der durch § 17 II StrVollstrO aufgestellten Regel zu begründen.

„Entgegen der vom Verurteilten vertretenen Auffassung ist nur die **Entscheidung über das Absehen von der Vollstreckung** gemäß § 456a I StPO insoweit **an die aufenthaltsrechtliche Beurteilung gekoppelt**, als dies eine bestandskräftige Ausweisung des Verurteilten voraussetzt. Dagegen ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 456 II StPO, das die **Nachholung der Vollstreckung allein an die Rückkehr** des Verurteilten in das Bundesgebiet anknüpft. Dementsprechend ist es anerkannt, dass die Nachholung der Vollstreckung auch dann zulässig ist, wenn der Verurteilte nach aufenthaltsrechtlichen Maßstäben erlaubt nach Deutschland zurückkehrt (OLG Köln OLGSt StPO § 456a Nr. 9; OLG Düsseldorf MDR 1991, 889; Graalmann-Scheerer aaO.). Im Hinblick darauf, dass die **Nachholung der Vollstreckung die Regel darstellt**, ist es danach nicht zu beanstanden, dass die Staatsanwaltschaft der auf der Grundlage des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 19.09.2013 (NJW 2014, 527) geänderten aufenthaltsrechtlichen Situation des Verurteilten keine durchgreifende Bedeutung beigelegt hat.

Soweit der Verurteilte erstmals gegenüber der Strafvollstreckungskammer beanstandet hat, nicht ordnungsgemäß über die Bedeutung der Entscheidung nach § 456a I StPO und insbesondere die Folgen einer Rückkehr nach Deutschland belehrt worden zu sein, kann dies nicht nachvollzogen werden. Der Bescheid der Staatsanwaltschaft T. vom 01.02.2001 enthielt den der Rechtslage entsprechenden und eindeutigen Hinweis, dass die **Vollstreckung bei der Rückkehr in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland nachgeholt** wird. Soweit dies dem Verurteilten nur in deutscher Sprache mitgeteilt wurde, war der Verurteilte nach Aktenlage der deutschen Sprache hinreichend mächtig. Im Übrigen ergibt sich aus der Einlassung des Angeklagten bei seiner Festnahme, dass ihm sich die aus § 456a II StPO ergebenden Folgen einer Rückkehr nach Deutschland bekannt waren, er seinerzeit auch keineswegs im Vertrauen auf einen geänderten aufenthaltsrechtlichen Status ins Bundesgebiet gekommen war, sondern sich schlicht im Irrtum über die Dauer der Ausschreibung zur Festnahme befunden hatte.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

VwGO  
§ 173 S. 1

**Streitverkündung**  
**Unzulässigkeit im Verwaltungsprozess**

VerwaltProzR

(OVG Weimar in LKV 2015, 285; Beschluss vom 10.10.2014 – 3 VO 593/14)

Das Institut der Streitverkündung findet **im Verwaltungsprozess keine Anwendung**.

**Fall:** Der Kl. begehrte im Verfahren vor dem VG die Einbeziehung eines weiteren Beteiligten im Wege der Streitverkündung. Die gegen den Ablehnungsbeschluss des VG zum OVG erhobene Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Fraglich ist, ob das Rechtsinstitut der Streitverkündung nach § 72 ZPO über § 173 S. 1 VwGO auch im Verwaltungsprozess Anwendung findet.

„Die Beschwerde scheidet bereits daran, dass der Beschwerdeführer das von ihm angestrebte Rechtsschutzziel, nämlich unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses des VG seinem Antrag auf Streitverkündung zu entsprechen, im Verwaltungsprozess nicht begehren kann. Das **Institut der Streitverkündung findet im Verwaltungsprozess keine Anwendung** (BVerwG, Beschl. v. 10.02.2009 – 8 B 21.09, juris, Rn. 3; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl., § 65 Rn. 3; Meissner, in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand 3/2014, § 173 Rn. 122 a. E.). Der Senat folgt insoweit der Begründung der Rechtsprechung des OVG Münster (Beschl. v. 27.05.2009 – 15 E 635/09, juris; vgl. auch VGH München, Beschl. v. 07.11.2001 – 12 C 01.2502, juris Rd. 6).

§ 65 VwGO regelt für den Bereich des Verwaltungsprozesses abschließend die **Einbeziehung Dritter** in ein gerichtliches Verfahren und verdrängt damit das Institut der Streitverkündung nach § 72 ZPO. Der Umstand, dass **Voraussetzung und Wirkung von Streitverkündung und Beiladung nicht identisch** sind, rechtfertigt nicht, die Streitverkündung über § 173 S. 1 VwGO im Verwaltungsprozess für zulässig zu halten. Diese Vorschrift erklärt die ZPO für entsprechend anwendbar, soweit die VwGO keine Bestimmung über das Verfahren enthält und wenn die grundsätzlichen **Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen**. Die Einbeziehung Dritter in das verwaltungsgerichtliche Verfahren wird jedoch durch das **speziell auf den Verwaltungsprozess zugeschnittene Institut der Beiladung** vollumfänglich abgedeckt. Es ist gerade Ausdruck dieser spezifischen Anpassung, dass bei der Beiladung im Gegensatz zur Streitverkündung die Dispositionsbefugnis der Parteien zurückgedrängt ist und die Beiladung nicht in das Belieben der Prozessparteien, sondern in die Entscheidung des Gerichts gestellt ist: Im Verwaltungsprozess geht es nicht um allein das Verhältnis zweier Privatpersonen betreffende Rechte und Pflichten, vielmehr spielt regelmäßig auch das öffentliche Interesse an einer rechtmäßig und effektiv handelnden Verwaltung eine Rolle. Deshalb ist es etwa im Zivilprozess Sache der Parteien, den Tatsachenstoff und die Beweise dem Gericht beizubringen, während im Verwaltungsprozess dies von Amts wegen geschieht (§ 86 I VwGO).

Dies bedeutet insgesamt, dass ein Verfahrensbeteiligter nicht verlangen kann, dass seine Rechtsstellung im Verwaltungsprozess in derselben Weise ausgestaltet wird wie im Zivilprozess.“ (OVG Weimar aaO.)

VwGO  
§ 132 II Nr. 3

**Wiederaufgreifen des Verfahrens**  
**Neue Beweismittel**

VerwaltProzR

(BVerwG in NVwZ-RR 2015, 357; Beschluss vom 26.01.2015 – 3 B 3/14)

Stützt sich der Adressat eines bestandskräftigen Verwaltungsaktes zur Begründung eines Anspruchs auf Wiederaufgreifen des Verfahrens auf das Vorliegen neuer Beweismittel i.S.d. § 51 I Nr. 2 VwVfG, kann er als Verfahrensfehler i.S.d. § 132 II Nr. 3 VwGO nicht geltend machen, dass das Verwaltungsgericht Ermittlungen unterlassen hat, die dem Auffinden weiterer Beweismittel dienen sollen.

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Korch:** Die 40-€-Mahnpauschale beim Verbrauchervertrag (in: NJW 2015, 2212)

Geht ein Verbraucher einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag oder einen Fernabsatzvertrag ein, steht ihm ein Widerrufsrecht gem. § 312 g I BGB zu. Übt er dieses Recht aus, ist der Unternehmer zur Rückerstattung der empfangenen Leistung (i.d.R. die Kaufpreiszahlung) verpflichtet. Seit dem 13.06.2014 hat der Unternehmer dieser Pflicht nach § 355 III unverzüglich, gem. § 357 I BGB jedenfalls spätestens 14 Tage nach Zugang des Widerrufs nachzukommen. Zusammen mit der Neufassung des § 288 BGB zur Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie 2011/7/EU erhält der bisher vorwiegend akademische Streit, ob es sich bei der Rückzahlungsverpflichtung um einen entgeltlichen Anspruch handelt, völlig neue Bedeutung, da nun gem. § 288 V BGB im Fall des Verzugs bezüglich einer Entgeltforderung pauschal 40 € Verzugsschaden zu ersetzen sind.

2. **Artz:** Die Mietpreisbremse (in: MDR 2015, 549)

Am 01.06.2015 ist das „Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten (...)“ in Kraft getreten (BGBl. I 2015, 610 v. 27.4.2015). Im folgenden Beitrag werden Konstruktion und Wirkungsweise der sog. Mietpreisbremse vorgestellt. Dabei soll der Versuch unternommen werden, die Praxis auf erste neuralgische Punkte des neuen Regelungsinstruments hinzuweisen.

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

Die Auswirkungen der neuen Verbraucherschutzvorschriften im Mietrecht – Ein Überblick über die wichtigsten Neuregelungen

4. **Niebling:** Aktuelle Entwicklungen bei einzelnen Vertragstypen und -klauseln (in: MDR 2015, 616)

Nach der Rechtsprechungsübersicht zum AGB-Recht in MDR 2015, 560 mit Schwerpunkt „Einbeziehung von AGB in den Vertrag, Inhaltskontrolle und Rechtsfolgen“ geht der folgende Beitrag auf die aktuellen Entwicklungen zur Wirksamkeit von AGB in einzelnen Vertragstypen ein und beleuchtet typische Klauseln.

5. **Pauly:** Unterbrechen Mängelrügen per E-Mail die Verjährung? (in MDR 2015, 681)

In der heutigen Zeit findet Kommunikation fast ausnahmslos auf elektronischem Wege, insbesondere per E-Mail oder SMS, statt. Diese zeitsparende Form der Nachrichtenübermittlung wird selbstverständlich auch am Bau praktiziert, zumal Zeitverzögerungen und Terminüberschreitungen dort fast schon die Regel sind.

Auch für die sog. Mängelrügen wird immer häufiger per E-Mail auf elektronische Kommunikationsmittel zurückgegriffen. Dabei stellt sich die Frage, ob per E-Mail übermittelte Mängelrügen dem Schriftformerfordernis des § 13 V Nr. 1 S. 2 VOB/B bzw. den gesetzlichen Formvorschriften der §§ 125 ff. BGB genügen. Im Einzelfall kann hiervon die Verjährung abhängen. Der Beitrag geht auf den Stand der Rechtsprechung ein und bietet Lösungsansätze außerhalb der gesetzlichen Formvorschriften.

### II. Strafrecht

1. **Sinn/Maly:** Zu den strafprozessualen Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation – Zugleich Besprechung von EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 (Furcht v. Germany) (in: NStZ 2015, 379)

Die Entscheidung des EGMR reiht sich in eine inzwischen gefestigte Rspr.2 des Gerichtshofs zur Konventionsrechtswidrigkeit der staatlich veranlassten Tatprovokation ein. Erstaunlich ist, dass die deutschen Gerichte diese Rspr. zwar zur Kenntnis genommen haben, ihr gegenüber aber eine nicht zu übersehende Zurückhaltung an den Tag legen<sup>3</sup>. Die vorliegende von Birkenstock erstrittene Entscheidung bietet sich an, auf dieses Defizit aufmerksam zu machen und eine Lösung anzubieten, die mit der Konvention, den Vorgaben des EGMR, aber auch mit den Besonderheiten des nationalen Prozessrechts in Einklang zu bringen ist.

2. **Effer-Uhe:** Rechtsschutz im Adhäsionsverfahren und nach dessen Abschluss unter besonderer Berücksichtigung zivilprozessualer Rechtsbehelfe (in: StV 2015, 510)

Der Beitrag stellt den Rechtsschutz im Adhäsionsverfahren und nach dessen Abschluss unter besonderer Berücksichtigung zivilprozessualer Rechtsbehelfe dar.

**3. Busching:** Der Begehungsort von Äußerungsdelikten im Internet - Grenzüberschreitende Sachverhalte und Zuständigkeitsprobleme (in: MMR 2015, 295)

Das Internet ist zu einem bedeutenden Teil unserer heutigen Kommunikationsgesellschaft geworden. Dies hat zur Folge, dass auch immer mehr Straftaten über das Internet begangen werden. Im Gegensatz zum nicht-virtuellen Raum treten hier besonders häufig grenzüberschreitende Sachverhalte und damit einhergehend spezifisch strafanwendungsrechtliche sowie Zuständigkeitsprobleme auf. Erst vor kurzem hat sich auch der BGH wieder mit der Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bei Sachverhalten mit Internetbezug befasst. Hierbei kommt es nach dem Territorialitätsprinzip darauf an, ob eine Tat im Inland begangen wurde. Im Folgenden werden mögliche territoriale Anknüpfungspunkte bei Äußerungsdelikten im Internet sowie grundsätzliche Bedenken hinsichtlich einer an einem „Begehungsort“ orientierten Herangehensweise bei derartigen Internetsachverhalten diskutiert.

### III. Öffentliches Recht

**1. Durner:** Reformbedarf in der Verwaltungsgerichtsordnung (in: NVwZ 2015, 841)

Bereits Konrad Redeker als einer ihrer ersten Kommentatoren identifizierte Lücken und Unzulänglichkeiten der Verwaltungsgerichtsordnung. Auch der folgende Beitrag ermittelt exemplarisch drei verwaltungsprozessuale Reformfelder: Schwächen in Aufbau und Systematik der VwGO, die durch einen Wildwuchs an prozessualen Vorschriften in Fachgesetzen verursachte Schwächung ihres Kodifikationsanspruchs sowie fragwürdige Sonderregelungen, die ihrerseits im Sinne einer Vereinheitlichung des Prozessrechts auf den Prüfstand gehören.

**2. Hyckel:** Grundlagen der Verwaltungsvollstreckung im Polizei- und Ordnungsrecht – Teil 1 (in LKV 2015, 300)

Die Bewährung des im öffentlichen Interesse geltenden Rechts erfordert – in der Diktion Luhmanns – dessen kontrafaktische Stabilisierung, sollten seine transportierten Erwartungen enttäuscht werden. Und so bleibt die effektive Gefahrenabwehr nicht bei der behördlichen Anordnung an den Ordnungspflichtigen stehen, die prognostizierte oder bestehende Gefahrenlage zu beseitigen. Kommt der Anordnungsadressat einer solchen Verfügung nicht nach, müssen die zur Wiederherstellung von öffentlicher Sicherheit und Ordnung erforderlichen Maßnahmen behördlich angestoßen oder eigens realisiert werden. Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der sodann bestehenden Handlungsoptionen sollen in dieser insgesamt zweiteiligen Abhandlung dargestellt werden, die als Rechtsgrundlagen die Vollstreckungsnormen des Freistaats Thüringen referiert.

**3. Rittig:** Wenn das Fernsehen anfragt – Grundrechtskollisionen bei der Mitwirkung der Eingriffsverwaltung an Real-Life-Dokumentationen (in DÖV 2015, S. 645)

Filmreportagen über den Berufsalltag in der Eingriffsverwaltung sind beliebt. Steht die Entscheidung über eine Drehanfrage bevor, steht das Thema im Raum: Ist das Filmen-Lassen von Szenen zulässig, bei denen die von den behördlichen Maßnahmen Betroffenen in womöglich unvorteilhafter Situation zu erkennen sein könnten? Der Aufsatz beleuchtet die Konfliktlage zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und den Medienfreiheiten auf verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Ebene unter Einbeziehung einer hierzu ergangenen kritischen Entschließung der Datenschutzbeauftragten und Aspekten des Kunsturheberrechts und des Polizei- und Ordnungsbehördenrechts. Der Beitrag soll bei der Beantwortung einer Drehanfrage auch als Entscheidungshilfe dienen.

**4. Wolff:** Die Nachhaltigkeit der politischen Ordnung unter dem Grundgesetz (in: BayVBl. 2015, 397)

Das Ziel der Nachhaltigkeit, als ein Gebot der Ausrichtung auf ein ressourcenschonendes staatliches Handeln, ist, bezogen auf die Herrschaftsordnung des Grundgesetzes selbst, von Anfang an prägend gewesen. Jüngeren Datums sind dagegen die Forderungen, dass das Grundgesetz auch die Nachhaltigkeit der Ergebnisse des staatlichen Willensbildungsprozess sicherstellen soll. Bei näherer Betrachtung schießen viele Reformvorschläge aber über das Ziel hinaus. Auch unter dem Gesichtspunkt der Nachhaltigkeit ist die demokratische Ordnung des Grundgesetzes besser als der Eindruck, der durch die Kritik hervorgerufen wird.

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

Dass Grundrechte Freiheit schützen, ist ein Allgemeinplatz. Das Vorverständnis von Freiheit ist jedoch wesentlich für die Lösung von grundrechtlichen Problemstellungen. Je nachdem, wie man die den Grundrechten zugrunde liegende Freiheit versteht, folgen daraus zwingende Ergebnisse für

nachgelagerte Fragen. Am Beispiel des Grundrechtseingriffs lässt sich zeigen, dass das heutige Verständnis von grundrechtlicher Freiheit dazu führt, dass kein Eingriffsmerkmal widerspruchsfrei aus dem Schutzzut heraus begründet werden kann.

**6. Milej:** Der „Kernbestand der Rechte“ eines Unionsbürgers in der neueren Rechtsprechung des EuGH – Potential und Grenzen des Konzepts (in: BayVBl 2015, 362)

Die post-Ruiz Zambrano Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft sorgt nicht nur für Diskussion über die unionsrechtliche Erweiterung des Aufenthaltsrechts für die Familienangehörigen eines Unionsbürgers, sondern wirft auch einige grundsätzliche Fragen auf. Inwiefern ist der Unionsbürger mehr als nur ein Marktbürger? Kann die Unionsbürgerschaft aus sich heraus Rechte begründen? Wird sie eher als Einfallstor für eine funktionswidrige Erweiterung der Kompetenzen der EU? Und schließlich: Was sagt die durch den EuGH prononcierte neue Funktion der Unionsbürgerschaft über die Qualität der Union selbst? Diesen Fragen wird im folgenden Beitrag nachgegangen.

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

**1. Weber:** Vom Freistellungsanspruch zum Zahlungsanspruch (in: NJW 2015, 1841)

Im Rahmen der Regulierung von Verkehrsunfällen wird auf Beklagtenseite (insbesondere von Versicherungen) häufig standardmäßig eingewendet, dass ein Zahlungsanspruch nicht bestehe, wenn und weil der Geschädigte seinerseits seine Verbindlichkeit gegenüber einer Werkstatt, einem Gutachter oder einem Mietwagenverleih noch nicht beglichen habe. Der Anspruch sei bis zur Zahlung lediglich auf Freistellung von dieser Verbindlichkeit gerichtet. Der Beitrag hinterfragt den primären Anspruchsinhalt sowie die Voraussetzungen und dogmatischen Hintergründe für den Übergang vom Freistellungsanspruch zum Zahlungsanspruch.

**2. Gaier:** Die Rolle der Anwaltschaft bei der Sicherung des Zugangs zum Recht (BRÄK 3/2015, 114)

Der dem Beitrag zugrundeliegende Vortrag wurde auf dem 2. Internationalen Anwaltsforum der BRÄK (IAF) am 27.03.2015 in Berlin gehalten. Das IAF versammelte dabei mehr als 100 Gäste, überwiegend Vertreter von Anwaltsorganisationen, aus fast 30 Ländern. In diesem Jahr wurde über Fragen und Probleme beim Zugang zum Recht diskutiert. Ein Themenblock war der Rolle der Anwaltschaft beim Zugang zum Recht gewidmet. Er wurde dabei auf dem Podium von malaysischer, russischer, französischer und von deutscher Seite beleuchtet. Das IAF findet alle zwei Jahre statt. Es dient einem intensiven Erfahrungsaustausch zu internationalen berufspolitischen Fragestellungen.

**3. Seibel:** Führt eine Klagerücknahme zum rückwirkenden Wegfall der Verjährungshemmung? (in: ZMR 2015, 491)

In der Rechtsprechung und im Schrifttum ist – auch in jüngerer Zeit – vereinzelt der Hinweis zu lesen, eine Klagerücknahme führe nach § 269 III 1 ZPO nicht nur zum rückwirkenden Wegfall der Rechtshängigkeit, sondern auch zum rückwirkenden Wegfall der Verjährungshemmung. Der folgende Beitrag verdeutlicht, dass die Annahme dieser Rechtsfolge im Anwendungsbereich von § 204 I BGB wegen § 204 II 1 BGB und des diesbezüglichen Gesetzgeberwillens unzutreffend ist. Folge einer Klagerücknahme ist insofern nicht das rückwirkende Entfallen der Hemmungswirkung, sondern gem. § 204 II 1 BGB das Ende der Hemmung nach Ablauf der dort genannten sechsmonatigen Nachfrist. Eine andere Beurteilung kann sich nur in absoluten Ausnahmefällen – insbesondere über eine Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) – ergeben.

**4. Born:** „Zeitbombe“ Schwiegermutter – Aktuelle Entwicklungen zum Elternunterhalt – Verteidigungsstrategien des pflichtigen Kindes – (in: MDR 2015, 613)

Der Beitrag knüpft an den Beitrag des Verfassers in MDR 2015, 554 zu den Besonderheiten beim Elternunterhalt an und behandelt im Schwerpunkt die Möglichkeiten einer Verteidigung des pflichtigen Kindes gegen die Inanspruchnahme auf Elternunterhalt.

## Die Streitverkündung, §§ 72 ff. ZPO

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

### I. Zulässigkeit der Streitverkündung

Die Streitverkündung ist zulässig, wenn

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

#### 1. Streitverkündungserklärung

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

#### 2. Streitverkündungsgrund

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

### II. Wirkung der Streitverkündung

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

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

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

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## REFERENDARPRÜFUNG

### STRAFRECHT

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

<b>Land:</b> Niedersachsen	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> MinRät'in Frau S.	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 23.06.2015
-------------------------------	---	--

#### Zur Person des Prüfers:

Frau S. war früher als Staatsanwältin tätig und ist mittlerweile Ministerialrätin. Ich lernte sie am Prüfungstag als ausgesprochen freundlich und den Prüflingen wohlgesonnen kennen. In einigen Protokollen wurde sie als distanziert und streng beschrieben. Diesen Eindruck kann ich nicht bestätigen. Während der Prüfung schaute Frau S. den befragten Prüfling freundlich und aufmerksam an. Sie nickt zwar nicht bei jeder richtigen Antwort, aber wirkt ruhig und souverän. Dies ist in der angespannten Prüfungsatmosphäre sehr angenehm.

Freut euch, dass ihr Frau S. als Prüferin bekommen habt!!

#### Zur Prüfung:

Frau S. schilderte uns einen Sachverhalt, der dem Fall vom „Todesschützen“ aus Anderten nachempfunden war:

TO lebt zusammen mit seiner Frau und einem Kind in einem Einfamilienhaus, in dessen Erdgeschoss sich eine Kfz-Werkstatt befindet. Eines Nachts vernimmt TO Klopfgeräusche und sieht aus dem Fenster. Er entdeckt drei Männer, von denen einer eine Waffe bei sich trägt. TO ist als Sportschütze Besitzer einer Waffe. Er holt diese und läuft nach unten. Auf dem Weg zur Tür entschert er die Waffe. Als er die Tür öffnet und die Männer ihn entdecken, richtet einer von ihnen seine Waffe auf TO. Ein anderer der Männer sagt diesem er solle schießen. TO gibt daraufhin einen ungezielten Schuss in die Gruppe ab, woraufhin die drei Männer flüchten. In 200 m Entfernung bricht einer der Männer zusammen. TO informiert die Polizei. Die zusammengebrochene Person verstirbt später im Krankenhaus. Die anderen beiden Männer sind verschwunden. Die Polizei nimmt TO fest.

Zu prüfen war die Strafbarkeit des TO wegen Totschlags gem. § 212 I StGB.

Im Anschluss beschäftigten wir uns mit der weiteren Vorgehensweise der Staatsanwaltschaft. Dabei sollte insbesondere erörtert werden, ob die Staatsanwaltschaft beim Ermittlungsrichter einen Haftbefehl beantragen würde.

Schließlich schilderte uns Frau S. noch eine Abwandlung des Falls:

Die Staatsanwaltschaft hat ein Ermittlungsverfahren gegen TO eingeleitet und ist bei einer Durchsuchung auf ein Video gestoßen, das zeigt, wie TO durch den Flur zur Tür geht und dabei die Waffe durchlädt. Anschließend sieht man ihn die Tür öffnen und bereits nach kurzem Umschauen einen Schuss abgeben. Der Obduktionsbericht der Leiche ergibt, dass der verstorbene Mann von hinten rechts in die Schulter getroffen wurde.

Zunächst war wieder die Strafbarkeit des TO wegen Totschlags gem. § 212 I StGB zu prüfen. Daran anschließend stellte Frau S. wieder strafprozessuale Fragen. Sie wollte wissen, ob bei Zugrundelegung dieses Sachverhalts ein Haftbefehl erlassen werden könnte. Schließlich fragte Frau S. noch, wie die Staatsanwaltschaft mit den zwei anderen Männern verfahren werde.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## ASSESSORPRÜFUNG

### ÖFFENTLICHES RECHT

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

<b>Land:</b> <b>Sachsen</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>VRi OLG Herr St.</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>18.05.2015</b>
--------------------------------	---	---

#### Zur Person des Prüfers:

Herr St. Ist ein sehr angenehmer, humorvoller, ruhiger Prüfer. Wenn man seine Fragen nicht versteht, formuliert er gerne um ohne dass es sich negativ auf die Bewertung ausübt. Will einen gerne hochprüfen. Man kann ruhig sagen, welche Ziele man mit der mdl Prüfung und welche Note verfolgt. Er macht gerne zwischendurch Witze und lockert die Atmosphäre ein wenig auf...ist sehr nett und väterlich. Gleichzeitig respektiert er den Nachwuchs und ist bemüht Ihnen zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen und die Prüfung so angenehm wie möglich zu machen.

#### Zur Prüfung:

Zuständigkeit. Bsp. für die Haftbeschwerde.

Wie viele Richter sind wo tätig - Besetzung der Strafkammern und Gerichte?

Danach alle rund um die Revision...aktuellen Entscheidungen?

OLG München ist 1.istanzlich für den NSU Fall zuständig. Hätte auch Sachsen treffen können.

Danach wurden Fragen rund um einen Fall gestellt. A steht Buntmetall auf einer Baustelle. B schuldet dem A Geld und schlägt daher vor ihm beim Verkauf der Buntmetalle helfen zu wollen. B will die Tat aber nicht als eigene. B ruft daher seinen Bruder C an, der ein Führerschein besitzt und daher den A und den B helfen möchte die Buntmetalle weiterzuverkaufen. Strafbarkeit des C? -- 259 StGB. Aber diskutieren, warum Hehlerei und nur absetzen helfen? Evtl. Beihilfe? Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme. Dann wird C verurteilt zu 60 TS. Wie kann man da mit einer Revision vorgehen? was ist besser Berufung oder Revision. was ist der Unterschied zwischen Verfahrenshindernissen und Prozessvoraussetzungen- keine! Verfahrenshindernisse nennen. Sachrügöglichkeiten nennen. Dann Berechnung BAK und was hat die Polizei für Möglichkeiten den Führerschein zu entziehen. Beschlagnahme nach 94, 98 StPO wenn die Voraussetzungen des 69 StGB vorliegen. Was macht der Polizist wenn er nicht den StA sondern nur Richter erreichen kann? Er braucht ja eine Anordnung. 165 StPO der Notstaatsanwalt.

Er macht gerne zwischendurch Witze und lockert die Atmosphäre ein wenig auf...ist sehr nett und väterlich. Gleichzeitig respektiert er den Nachwuchs und ist bemüht Ihnen zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen und die Prüfung so angenehm wie möglich zu machen.

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

Nach der erfolgreichen Registrierung auf unserer Plattform [www.juridicus.de](http://www.juridicus.de) tragt Ihr Eure Prüfung ein und erhaltet die Protokolle Eurer Prüfer aus den letzten Jahren. Im Gegenzug versprecht Ihr uns, von Eurer Prüfung ebenfalls entsprechende Protokolle abzuliefern. Euch stehen alle Protokolle von den jeweiligen Prüfern zum Download bereit. Falls Euer Prüfer sowohl im 1. als auch im 2. Staatsexamen prüft, habt Ihr die Möglichkeit beide Protokollmappen herunterzuladen.

## Was könnt Ihr sonst noch tun?

Zu empfehlen ist, die Zeitschriftenauswertung (ZA) der letzten Monate vor dem mündlichen Examenstermin durchzuarbeiten. Es gilt nämlich folgender Erfahrungssatz:

### Prüfungsstoff im Mündlichen



