



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

40. Jahrg.

Dezember 2015

Heft 12

Aus dem Inhalt

- BGH:** Haftung des Vereins für Gefälligkeitsfahrten
- OLG München:** Wirksamkeitsanforderungen bei Nottestament
- BGH:** Räuberischer Diebstahl bei Polizeiflucht
- BVerwG:** Bauen im unbeplanten Innenbereich
- OLG Hamm:** Gerichtsstand bei Rückabwicklung eines Kaufvertrages
- BVerfG:** Entkleidung eines Strafgefangenen
- BVerwG:** Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteurin:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Inhalt

Brandaktuell

BGH:	Mieterhöhung bei Wohnflächenabweichung (Beachtung der Kappungsgrenze).....	1
------	---	---

Zivilrecht

BGH:	Transport zu Sportveranstaltungen (Keine Haftung des Vereins für Gefälligkeitsfahrten).....	2
OLG München:	Nottestament (Wirksamkeitsanforderungen).....	5

Strafrecht

BGH:	Räuberischer Diebstahl bei Polizeiflucht (Zusammenhang Vortat/Nötigung).....	9
BGH:	Misshandlung von Schutzbefohlenen (Meditation statt medizinischer Versorgung).....	13

Öffentliches Recht

OVG Lüneburg:	Nichteinschreiten gegen Drogenhandel in Diskothek (Unzuverlässigkeit des Inhabers).....	17
BVerwG:	Bauen im unbeplanten Innenbereich (Bestimmung des Bebauungszusammenhangs).....	21

Kurzauslese I

BGH:	Reparaturkosten über Wiederbeschaffungswert (Vollständige und fachgerechte Reparatur).....	26
OLG Koblenz:	Überprüfung von Mängelrügen (Voraussetzungen für Kostentragungspflicht bei Unbegründetheit).....	26
BGH:	Schufa-Hinweis in Mahnung (Anforderungen an Rechtmäßigkeit).....	27
LG Frankfurt:	Haustür-Abschließpflichten zur Nachtzeit („Panikschloss“-System).....	28
BGH:	Außerordentliches Kündigungsrecht des Nacherben (Bestehendes Wohnraummietverhältnis).....	29
BGH:	Anspucken als Körperverletzung (Hervorrufen von Brechreiz).....	29
BGH:	Gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung (Anwesenheit einer weiteren Person).....	29
BGH:	Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit nach Alarmierung der Polizei).....	30
VGH Mannheim:	Zulässigkeit einer indirekten Steuer (Kommunale Übernachtungssteuer).....	30
OVG Münster:	Informationsfreiheit (Kein Anspruch auf Herausgabe richterlicher Durchwahlnummern).....	31
EuGH:	Grundsicherungsleistungen für EU-Ausländer (Ausschluss europarechtskonform).....	31

Zivilrecht

BGH:	Neuer Vortrag im Berufungsverfahren (Unechtes Versäumnisurteil).....	32
OLG Hamm:	Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Rückabwicklung eines Kaufvertrages).....	34

Strafrecht

BVerfG:	Entkleidung eines Strafgefangenen (Körperliche Durchsuchung).....	38
---------	--	----

Öffentliches Recht

OVG Berlin-Bbg.:	Leistungsurteil auf Gewährung und Zahlung (Vorläufige Vollstreckbarkeit).....	41
BVerwG:	Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren (Vorgaben im Regionalplan).....	43

Kurzauslese II

OLG Celle:	Auswechslung des Klagegrundes bei Klageänderung (Streitwertaddition).....	46
BGH:	Verjährungshemmung durch Demnächst-Zustellung (Gescheiterte Prozessfinanzierung).....	46
BGH:	Begriff der Wohnungseigentumssache (Zuständigkeit).....	46
BGH:	Plötzliche Krankheit des Prozessbevollmächtigten (Anforderungen an unverschuldete Säumnis).....	47
OLG Karlsruhe:	Einstellung des Ermittlungsverfahrens (Anfechtung durch Verletzten).....	48
BGH:	Besonderes öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung (Anklage wegen gefährlicher Körperverletzung).....	49
OLG Köln:	Grundsatz der Aktenwahrheit und -vollständigkeit (Entfernung von schuldpruch- oder rechtsfolgenrelevanten Schriftstücken).....	49
EGMR:	Angeklagte im Metallkäfig (Verstoß gegen das Folterverbot).....	50
OVG Bremen:	Fristverlängerungsantrag (Nicht verlängerbare Frist für Begründung des Berufungszulassungsantrags).....	50
VGH Mannheim:	Beschwerde gegen einstweilige Anordnung (Ausschluss bei befristeter Untersagung).....	51
BVerwG:	Anforderungen an Rechtsmittelbelehrung (Keine Pflicht zur Belehrung über die vor dem OVG zur Vertretung befugten Personen).....	51

Weitere Schrifttumsnachweise:	52
--	----

Überblick: Inzidentprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen.....	56
--	----

Aus der mündlichen Prüfung

Referendarprüfung:	Strafrecht.....	57
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	58

Brandaktuell

BGB
§§ 313, 558

Mieterhöhung bei Wohnflächenabweichung Beachtung der Kappungsgrenze

SR BT

(BGH in Pressemitteilung 189/2015; Urteil vom 18.11.2015 – VIII ZR 266/14)

1. Eine Mieterhöhung nach § 558 BGB darf **auf der Basis der tatsächlichen Wohnfläche** erfolgen, unabhängig davon, ob im Mietvertrag eine abweichende Wohnfläche angegeben und wie hoch die Abweichung von der tatsächlichen Wohnfläche ist.
2. Der Vermieter hat hierbei die **Kappungsgrenze** des § 558 III BGB zu beachten.
3. Aus einer unzutreffenden Wohnflächenangabe im Mietvertrag ergibt sich noch **kein Anwendungsfall eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB). Dem steht bereits entgegen, dass die zutreffende Ermittlung der tatsächlichen Wohnfläche regelmäßig in die **Risikosphäre des Vermieters** fällt.

Fall: Der Beklagte ist Mieter einer 5-Zimmer-Wohnung der Klägerin in Berlin. Im Mietvertrag sind die Wohnfläche mit 156,95 qm und die monatliche Miete mit 811,81 DM angegeben. Tatsächlich beträgt die Wohnfläche 210,43 qm.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten die Zustimmung zur Erhöhung der derzeitigen Bruttokaltmiete von 629,75 € auf insgesamt 937,52 €. Dies begründet sie damit, dass sie nach den allgemeinen Mieterhöhungsvorschriften zu einer Erhöhung der momentan geschuldeten Miete um 15 % (94,46 €) sowie darüber hinaus wegen einer Überschreitung der vertraglich vereinbarten Wohnfläche um 33,95 % zu einer entsprechenden weiteren Anhebung berechtigt sei. Der beklagte Mieter hat nur einer Mieterhöhung um 94,46 € zugestimmt. Hat die Vermieterin Anspruch auf die geltend gemachte Mieterhöhung?

Nach § 558 I BGB kann der Vermieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete in dem Zeitpunkt, zu dem die Erhöhung eintreten soll, seit 15 Monaten unverändert ist. Bei solchen Erhöhungen darf sich die Miete innerhalb von drei Jahren, von Erhöhungen nach den §§ 559 bis 560 abgesehen, nicht um mehr als 20 % erhöhen (Kappungsgrenze). Ist die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen in einer Gemeinde oder einem Teil einer Gemeinde besonders gefährdet ist und sind diese Gebiete in einer Rechtsverordnung bestimmt, so beträgt die Kappungsgrenze 15 %.

I. Maßgeblichkeit der tatsächlichen Wohnungsgröße

Es entspricht der Rechtsprechung des BGH, dass eine Wohnflächenabweichung nur erheblich ist, wenn sie mehr als 10 % ausmacht. Fraglich ist daher, welche Wohnfläche einem Mieterhöhungsverlangen des Vermieters zu Grunde gelegt werden kann.

*„Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat hat entschieden, dass es im Mieterhöhungsverfahren nach § 558 BGB nur auf die tatsächliche Wohnungsgröße ankommt. § 558 BGB soll es dem Vermieter ermöglichen, eine angemessene, am örtlichen Markt orientierte Miete zu erzielen. Für den Vergleich ist deshalb allein der **objektive Wohnwert** der zur Mieterhöhung anstehenden Wohnung maßgeblich, während etwaige Vereinbarungen der Mietvertragsparteien über die Wohnungsgröße im Mieterhöhungsverfahren keine Rolle spielen können, denn sonst würden nicht die tatsächlichen, sondern vertraglich fingierte Umstände berücksichtigt. **An seiner früheren Rechtsprechung**, dass der Vermieter sich an einer im Mietvertrag zu niedrig angegebenen Wohnfläche festhalten lassen muss, wenn die Abweichung nicht mehr als zehn Prozent beträgt, **hält der Senat deshalb nicht mehr fest**. Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall, dass die Wohnfläche im Mietvertrag zu groß angegeben ist; hier kann der Vermieter die Miete gemäß § 558 BGB ebenfalls nur auf der Grundlage der tatsächlichen (niedrigeren) Wohnfläche erhöhen.“ (BGH aaO.)*

II. Beachtung der Kappungsgrenze

*„Neben der Berücksichtigung der wirklichen Wohnungsgröße im Rahmen der allgemeinen Mieterhöhungsvorschriften (§ 558 BGB) – das heißt unter Beachtung der Kappungsgrenze - besteht für den Vermieter **keine weitere Möglichkeit der einseitigen Mietanpassung**. Insbesondere ergibt sich aus einer unzutreffenden Wohnflächenangabe im Mietvertrag noch kein Anwendungsfall eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB). Dem steht bereits entgegen, dass die zutreffende Ermittlung der tatsächlichen Wohnfläche regelmäßig in die Risikosphäre des Vermieters fällt.“ (BGH aaO.)*

Entscheidungen materielles Recht

BGB

Transport zu Sportveranstaltungen

SR BT

§§ 677, 683 S. 1, 670 Keine Haftung des Vereins für Gefälligkeitsfahrten

(BGH in NZV 2015, 483; Urteil vom 23.07.2015 – III ZR 346/14)

Wenn minderjährige Mitglieder eines Amateursportvereins **von ihren Familienangehörigen** oder Angehörigen anderer Vereinsmitglieder **zu Sportveranstaltungen gefahren** werden, handelt es sich grundsätzlich – auch im Verhältnis zum Sportverein – um eine **reine Gefälligkeitsfahrt**, die sich im außerrechtlichen Bereich abspielt, so dass Aufwendungsersatzansprüche gegen den Verein (hier: Ersatz eines Verkehrsunfallschadens) ausscheiden.

A. Prüfungswissen: Geschäftsführung ohne Auftrag

I. Echte berechnete GoA, §§ 677, 683 BGB

1. Besorgung eines fremden Geschäfts

a) Objektiv fremdes Geschäft:

Geschäft, das nach seinem **objektiven Inhalte** ausschließlich dem Pflichten- und Interessenkreis einer anderen Person zugewiesen ist (Reparatur seiner Sache).

b) Subjektiv fremdes Geschäft

Das **subjektiv fremde Geschäft** ist ein objektiv neutrales Geschäft, das allein durch die Willensrichtung des Geschäftsführers zu einem fremden Geschäft zu werden vermag. Damit müssen die Besorgung eines fremden Geschäfts und der Fremdgeschäftsführungswillen gemeinsam geprüft werden.

2. Fremdgeschäftsführungswille

Wird bei objektiv fremdem Geschäft vermutet; sonst äußerliche Erkennbarkeit erforderlich.

3. Ohne Auftrag

4. Berechnung zur Geschäftsbesorgung

a) Geschäftsführung liegt im Interesse oder wirklichen/mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, § 683 S. 2 BGB

b) Geschäftsführung entspricht einer Pflicht des Geschäftsherrn gem. § 679 BGB

- konkrete Belange der Allgemeinheit gefährdet oder beeinträchtigt (z.B. gesetzliche Unterhaltungspflichten, z.B. §§ 1360 ff.; 1601 ff, 1969 BGB)
- § 679 BGB analog, wenn der Wille des Geschäftsherrn gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt., z.B. Selbstmörder

c) Genehmigung unberechneter GoA, § 684 S. 2 BGB

5. Rechtsfolgen

Der Geschäftsführer hat **Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen** nach §§ 683 S. 1, 670 BGB, der Geschäftsführer, der Geschäftsherr hat Anspruch auf **Herausgabe** des durch die Geschäftsführung Erlangten nach §§ 681 S. 2, 667, 668 BGB, auf **Anzeige der Geschäftsführung nach § 681 S.1**, auf **Auskunft und Rechenschaft** nach §§ 681 S. 2, 666 BGB sowie Anspruch auf **Schadensersatz** nach § 823 BGB bei Verschulden des Geschäftsführers, aber Haftungsbeschränkung bei Gefahrenabwehr (§ 680 BGB).

II. Echte nichtberechtigte GoA, §§ 677, 684 BGB

Voraussetzungen wie unter I., aber die Berechtigung zur Geschäftsbesorgung fehlt. Der Geschäftsführer hat Anspruch auf **Herausgabe des Erlangten** (Aufwendungskondition), § 684 S. 1 BGB i.V.m. §§ 812 ff BGB (h.M. Rechtsgrundverweisung), der Geschäftsherr hat einen **Schadensersatzanspruch aus § 678 BGB** (Beschränkung nach § 680 BGB) sowie Ansprüche aus §§ 812 ff BGB und §§ 823 ff BGB, wobei auch hier § 680 BGB gilt.

III. Irrtümliche Eigengeschäftsführung, § 687 I BGB

1. Besorgung eines objektiv fremden Geschäfts
2. keine Kenntnis von der objektiven Fremdheit
3. Eigengeschäftsführungswille
4. Rechtsfolgen; §§ 987 ff, 823 ff, 812 ff BGB

IV. Geschäftsanmaßung, § 687 II BGB

1. Besorgung eines objektiv fremden Geschäfts
2. Kenntnis von der objektiven Fremdheit
3. Eigengeschäftsführungswille
4. Entscheidung desjenigen, dem Geschäft objektiv zuzurechnen ist, Rechte eines Geschäftsherrn der GoA geltend zu machen
5. Rechtsfolgen

Anspruch des Geschäftsführers gemäß §§ 687 II 2, 684 S. 1 BGB. Hierbei ist es entgegen dem Wortlaut nicht so, dass der Geschäftsherr das nach §§ 687 II, 681 S. 2, 667 BGB Erlangte nun seinerseits wieder herausgeben muss, sondern er ist lediglich zum Aufwendungsersatz verpflichtet, wenn er diesen Anspruch geltend macht, wobei dieser Aufwendungsersatz der Höhe nach durch die Bereicherung des Geschäftsherrn begrenzt ist. Bei den Ansprüchen aus Delikt und ungerechtfertigter Bereicherung besteht keinerlei Aufwendungsersatzanspruch des Geschäftsführers §§ 987 ff, 823 ff, 812 ff BGB. Der Geschäftsherr hat Anspruch auf **Schadensersatz** nach §§ 687 II, 678 BGB, auf **Herausgabe des** durch die Geschäftsbesorgung **Erlangten** nach §§ 687 II, 681 S. 2, 667 BGB sowie weitere Ansprüche nach §§ 823 ff, 812 ff, 987 ff BGB.

B. Kein Aufwendungsersatzanspruch gegen Verein bei Unfall auf dem Weg zu Sportveranstaltung (vgl. BGH in NZV 2015, 483)

Fall: Die Parteien streiten um den Ersatz von Schäden, die die Kl. bei einem Verkehrsunfall erlitten hat. Die Enkelin der Kl. spielt in der Mädchen-Fußballmannschaft des beklagten Vereins. Die Mannschaft nahm am 09.01.2011 in B. an der Hallenkreismeisterschaft teil. Die Kl., die ihre Enkelin zu dieser Veranstaltung bringen wollte, verunfallte mit ihrem Pkw auf der Fahrt von H. nach B. und zog sich dabei erhebliche Verletzungen zu. Die A-Versicherungs-AG, bei der der Bekl. eine Sportversicherung unterhält, lehnte die bei ihr angemeldeten Ansprüche der Kl. ab. Nach den Versicherungsbedingungen würden nur Vereinsmitglieder und zur Durchführung versicherter Veranstaltungen „offiziell eingesetzte“ Helfer Versicherungsschutz genießen; zu diesem Personenkreis gehöre die Kl. jedoch nicht. Die Kl. hat daraufhin den Bekl. auf Ersatz ihres materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch genommen. Zu Recht?

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Aufwendungsersatz aus echter, berechtigter GoA nach §§ 677, 683, 670 BGB haben.

I. Besorgung eines fremden Geschäfts mit Fremdgeschäftsführungswillen

1. Rechtslage bei (möglichen) vertraglichen Verhältnissen

„Im Bereich der rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse wird zwischen einem Auftrags- und einem Gefälligkeitsverhältnis unterschieden. Ob jemand für einen anderen ein Geschäft i.S.d. § 662 BGB besorgt oder jemandem nur eine (außerrechtliche) Gefälligkeit erweist, hängt vom Rechtsbindungswillen ab. Maßgeblich ist insoweit, wie sich dem objektiven Beobachter nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls mit Rücksicht auf die Verkehrssitte – das Handeln des

Leistenden darstellt. Eine **vertragliche Bindung** wird insbesondere dann zu bejahen sein, wenn erkennbar ist, dass für den Leistungsempfänger **wesentliche Interessen wirtschaftlicher Art** auf dem Spiel stehen und er sich auf die **Leistungszusage** verlässt oder wenn der Leistende an der Angelegenheit ein **eigenes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse** hat. Ist dies hingegen nicht der Fall, kann dem Handeln der Bet. nur unter besonderen Umständen ein rechtlicher Bindungswille zu Grunde gelegt werden. Ein **Bindungswille** wird deshalb in der Regel **beim so genannten Gefälligkeits-handeln des täglichen Lebens**, bei Zusagen im gesellschaftlichen Bereich oder bei Vorgängen, die diesen ähnlich sind, **zu verneinen** sein (vgl. Senat, NJW 1992, 498; zur Gefälligkeitsfahrt; s. auch Senat, BGHZ 88, 373 [382] = NJW 1984, 1533 und NJW 2012, 3366 Rn. 14 f.; BGHZ 21, 102 [106 f.] = NJW 1956, 1313; NJW 1968, 1874 = JZ 1969, 232 [233]; BGHZ 56, 204 [210] = NJW 1971, 1404 und NJW 2009, 1141 Rn. 7 f.).“ (BGH aaO.)

2. Übertragung dieser Grundsätze auf die Geschäftsführung ohne Auftrag

„Genauso muss, **um Wertungswidersprüche zu vermeiden**, im Bereich der gesetzlichen Schuldverhältnisse zwischen der Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677 ff. BGB und der (außerrechtlichen) Gefälligkeit ohne Auftrag unterschieden werden. Maßgeblich ist insoweit ebenfalls, wie sich dem objektiven Beobachter – nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls mit Rücksicht auf die Verkehrssitte – das Handeln des Leistenden darstellt. Die Abgrenzung erfolgt unter Berücksichtigung unter anderem der Art der Tätigkeit, ihrem Grund und Zweck, ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung für den Geschäftsherrn, der Umstände, unter denen sie erbracht wird und der dabei entstehenden Interessenlage der Parteien. **Gefälligkeiten des täglichen Lebens oder vergleichbare Vorgänge können insoweit regelmäßig den Tatbestand der §§ 677 ff. BGB nicht erfüllen**. Hierbei kann dahinstehen, ob die Wertungen, die über das Vorliegen des gesetzlichen Schuldverhältnisses der Geschäftsführung ohne Auftrag oder des Nichtschuldverhältnisses der „Geschäftsführung aus Gefälligkeit“ bestimmen, im Rahmen eines normativen Verständnisses des Begriffs des „Geschäfts“ i.S.d. § 677 BGB (so Staudinger/Bergmann, BGB, Neubearb. 2015, Vorb. zu §§ 677 ff. Rn. 111; s.a. Erman/Dornis, BGB, 14. Aufl. 2014, § 677 Rn. 3; Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rn. 1145 ff.) oder im Rahmen des „Geschäftsübernahmewillens“ (so Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl. 2015, Einf v § 677 Rn. 2; Gehrlein in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2013, § 677 Rn. 1; Beuthien in Soergel, BGB, 13. Aufl. 2012, § 677 Rn. 4 i.V.m. Rn. 20) berücksichtigt werden.“ (BGH aaO.)

3. Anwendung auf den Fall

Die Kl. hat ihre Enkelin nach B. fahren wollen, um dieser die Teilnahme an der Kreismeisterschaft zu ermöglichen. Dies geschah aus Gefälligkeit gegenüber ihrer Enkelin beziehungsweise deren sorgeberechtigten Eltern. An dem Charakter der Fahrt als Gefälligkeit ändert sich nichts dadurch, dass der Transport nicht ausschließlich im alleinigen Interesse der Enkelin und ihrer Eltern, sondern auch im Interesse der Mannschaft und damit des beklagten Sportvereins lag.

„Der „**Bringdienst**“ der **minderjährigen Spielerinnen** zu auswärtigen Spielen war nach den tatrichterlichen Feststellungen Sache der Eltern beziehungsweise anderer Angehöriger oder Freunde. Die Kl. hat im Rahmen ihrer Anhörungen vor den Instanzgerichten angegeben, die **Kinder seien immer privat gefahren** worden. Sie selbst habe viele Fahrten durchgeführt und dafür nie etwas bekommen. Wenn sie nicht gefahren wäre, hätte man den Transport innerhalb der Familie oder der übrigen Vereinsmitglieder so umorganisiert, dass eine andere Person ihre Enkelin gefahren hätte. Dieser übliche Ablauf spricht entscheidend dagegen, den auf freiwilliger Grundlage erfolgten Transport der Kinder zu Auswärtsspielen durch Personen aus ihrem persönlichen Umfeld als auf der Grundlage **eines mit wechselseitigen Rechten und Pflichten ausgestalteten Schuldverhältnisses** erbracht anzusehen. Vielmehr handelt es sich, wenn minderjährige Mitglieder eines Amateursportvereins von ihren Familienangehörigen oder Angehörigen anderer Vereinsmitglieder zu Sportveranstaltungen gefahren werden, grundsätzlich – auch im Verhältnis zum Sportverein – um eine **reine Gefälligkeit**, die sich im außerrechtlichen Bereich abspielt. Solange jedenfalls keine gegenteiligen Absprachen getroffen werden, scheiden damit Aufwendungsersatzansprüche aus.“ (BGH aaO.)

II. Ergebnis

Es liegt ein reines Gefälligkeitsverhältnis vor, so dass die Voraussetzungen für die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag fehlen. Die Kl. hat gegen den Verein keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 677, 683, 670 BGB.

(OLG München in FGPrax 2015, 178; Beschluss vom 12.05.2015 – 31 Wx 81/15)

Die Niederschrift eines Nottestaments ist auch dann wirksam errichtet, wenn die **von dem Erblasser allein unterschriebene und genehmigte Erklärung** zusammen mit der auf einem gesonderten Blatt von einem Testamentszeugen niedergelegten und von diesem unterschriebenen Erklärung eine einheitliche Urkunde bildet.

A. Prüfungswissen: Das Nottestament, §§ 2249 ff. BGB

Die ein Erblasser nicht mehr in der Lage, ein Testament als eigenhändiges Testament zu erreichen (handschriftlich geschrieben und unterschrieben) und ist auch ein Notar nicht verfügbar, so sehen die §§ 2249 ff. BGB Möglichkeiten zur Errichtung eines Nottestaments vor.

I. Nottestament vor dem Bürgermeister, § 2249 BGB

Ist zu besorgen, dass der **Erblasser früher sterben** werde, als die **Errichtung eines Testaments vor einem Notar möglich** ist, so kann er das Testament zur Niederschrift des Bürgermeisters der Gemeinde, in der er sich aufhält, errichten.

Dieses kann nach § 2249 BGB ein Testament durch mündliche Erklärung gegenüber dem Bürgermeister unter Hinzuziehung von zwei Zeugen errichtet werden. Der Bürgermeister muss dann eine Erklärung der Niederschrift anfertigen, die von den Zeugen zu unterzeichnen ist. Grundsätzlich soll auch der Erblasser unterzeichnen. Ist er hierzu jedoch nicht mehr in der Lage, so wird seine Unterschrift ersetzt.

II. Nottestament vor 3 Zeugen, § 2250 BGB

§ 2250 BGB sieht die Errichtung eines Nottestaments auch ohne Bürgermeister vor 3 Zeugen vor. Es ist zulässig, wenn

- Sich jemand an einem **Ort** aufhält, der **infolge außerordentlicher Umstände dergestalt abgesperrt** ist, dass die Errichtung eines Testaments **vor einem Notar nicht möglich oder erheblich erschwert** ist, kann das Testament in der durch § 2249 bestimmten Form oder durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichten.
- Wer sich **in so naher Todesgefahr** befindet, dass voraussichtlich auch die Errichtung eines Testaments nach § 2249 nicht mehr möglich ist, kann das **Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen** errichten.

III. Nottestament auf See, § 2251 BGB

Wer sich während einer Seereise an Bord eines deutschen Schiffes außerhalb eines inländischen Hafens befindet, kann ein Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen nach § 2250 III errichten.

B. Formanforderungen an ein Nottestament (vgl. OLG München in FGPrax 2015, 178)

Fall: Der ledige und kinderlose Erblasser ist am 26.07.2012 im Alter von 79 Jahren verstorben. Sein Bruder ist am 13.06.2007 kinderlos vorverstorben. Der Bet. zu 1 ist der langjährige Hausarzt des Erblassers, die Bet. zu 2 seine Lebensgefährtin.

Es liegen folgende schriftliche letztwillige Verfügungen des Erblassers vor:

1. Erbvertrag vom Jahr 1965 mit seinem Bruder, in dem jeder seine eigenen Kinder, ersatzweise den Bruder, wiederum ersatzweise die Abkömmlinge des Bruders als Erben einsetzte.
2. Handschriftliches Testament vom Jahr 2008, in dem er die Bet. zu 2 zu seiner Alleinerbin eingesetzt hat.

Vom 31.05.2012 bis zu seinem Tod befand sich der Erblasser im Krankenhaus. Am 24.07.2012 um 21:30 Uhr errichtete der Erblasser ein Nottestament, mit dem er den Bet. zu 1 zum Alleinerben einsetzte. Die Niederschrift wurde von dem Zeugen K. angefertigt, von diesem in Anwesenheit der Zeugen A. und B. sowie des Bet. zu 1 im Krankenzimmer des Erblassers vorgelesen und vom Erblasser durch ein mündliches „Ja“ genehmigt und sodann von diesem unterschrieben. Auf einem gesonderten Blatt, das die gleiche Beschaffenheit (kariert) und Perforierung wie die von dem Erblasser unterschriebene Erklärung aufweist und von dem Zeugen K. später in Abwesenheit des Erblassers und der Zeugen erstellt wurde, findet sich folgender Text:

„Der Text auf der ersten Seite wurde von K. geschrieben und zwar in Anwesenheit des Erblassers und der Zeugen A. und B. im Krankenzimmer des Erblassers, ihm davor vorgelesen und der Inhalt genehmigt durch deutliches „Ja“ und dann unterzeichnet im Klinikum am 24.07.2012 um 21 Uhr 30.

(Unterschrift des Zeugen K.)“.

Der Bet. zu 1 hat einen Erbschein beantragt, der ihn als Alleinerben ausweist. Hiergegen wendet sich die Bet. zu 2. Das NachlassG hat die Testamentszeugen im Rahmen eines Beweisaufnahmetermins vernommen, die Patientenakte über den Erblasser von dem Krankenhaus beigezogen, schriftliche Stellungnahmen der den Erblasser behandelnden Ärzte, der Krankenschwestern sowie ein psychiatrisches Gutachten zur Frage der Testierfähigkeit des Erblassers eingeholt. Wird das Gericht den von dem Bet. zu 1 beantragten Erbschein erlassen?

Das Gericht wird den beantragten Erbschein erlassen, wenn das Testament wirksam ist. Dazu müssen die Wirksamkeitsanforderungen vorliegen.

I. Testierfähigkeit, § 2229 BGB

Die Errichtung eines Testaments in jeder Form setzt zu ihrer Wirksamkeit die Testierfähigkeit voraus. Grundsätzlich ist jeder, der älter als 16 Jahre ist, auch testierfähig. Dies ist nach § 2229 IV BGB nur dann nicht der Fall, wenn jemand wegen **krankhafter Störung der Geistestätigkeit**, wegen **Geistesschwäche** oder wegen **Bewusstseinsstörung** nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.

1. Regel-Ausnahme-Verhältnis

„Nach der Konzeption des § 2229 BGB, wonach die Störung der Geistestätigkeit die Ausnahme bildet, gilt **jedermann**, der das 16. Lebensjahr (§ 2229 I BGB) vollendet hat, solange als **testierfähig, bis das Gegenteil zur vollen Überzeugung des Gerichts bewiesen ist** (vgl. Lauck in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 2. Aufl., § 2229 BGB Rn. 22 m.w.N.).

Testierunfähig ist derjenige, dessen **Erwägungen und Willensentschlüsse** nicht mehr auf einer dem allgemeinen Verkehrsverständnis entsprechenden Würdigung der Außendinge und der Lebensverhältnisse beruhen, sondern **durch krankhaftes Empfinden oder krankhafte Vorstellungen und Gedanken** derart beeinflusst werden, dass sie tatsächlich nicht mehr frei sind, sondern vielmehr von diesen krankhaften Einwirkungen beherrscht werden. Diese Unfreiheit der Erwägungen und der Willensbildungen braucht nicht darin zu Tage zu treten, dass der Erblasser sich keine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung eines Testaments und von dessen Inhalt oder von der Tragweite seiner letzten Anordnungen, insbesondere von der Auswirkung auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen zu machen vermag, sie kann sich vielmehr darauf beschränken, die **Motive für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung** entscheidend zu **beeinflussen**. Testierunfähig ist daher auch derjenige, der nicht in der Lage ist, sich über die für und gegen die letztwillige Verfügung sprechenden Gründe ein **klares, von krankhaften Einflüssen nicht gestörtes Urteil zu bilden** und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln. Hingegen kommt es nicht darauf an, ob die konkrete letztwillige Verfügung ihrem Inhalt nach besonders einfach oder schwierig ist (st. Rspr.; vgl. OLG München FamRZ 2007, 2009 (2011) m.w.N.) wie es auch nicht darum geht, den Inhalt letztwilliger Verfügungen auf seine Angemessenheit zu beurteilen, sondern nur darum, ob sie **frei von krankheitsbedingten Störungen gefasst** werden konnte (BayOLGZ 1999, 205 (210 f.)).“ (OLG München aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Der Sachverhalt lässt keine Umstände erkennen, die den Schluss darauf zulassen, dass der Erblasser im hier **allein maßgebenden Zeitpunkt der Testamenterrichtung** (24.07.2012) seine Entscheidungen krankheitsbedingt nicht mehr allein und unbeeinflusst treffen konnte und nicht mehr in der Lage war, sich ein klares Urteil über die Tragweite ihrer Anordnungen zu bilden.

II. Einhaltung der Formanforderungen an ein Nottestament

Die Voraussetzungen des § 2250 BGB für die Errichtung eines Nottestaments unter 3 Zeugen müssten vorliegen. Nach § 2250 II BGB kann ein Nottestament vor drei Zeugen errichten, wer sich in so naher Todesgefahr befindet, dass voraussichtlich weder die Errichtung eines Testaments vor einem Notar noch vor einem Bürgermeister nach § 2249 BGB möglich ist.

1. Bestehen einer Todesgefahr

„Eine **jederzeit drohende Testierunfähigkeit steht der Todesgefahr gleich**, wenn sie voraussichtlich durchgängig bis zum Tode fort dauert. Die derart nahe Gefahr des Todes oder der Testierunfähigkeit muss dabei entweder **objektiv vorliegen** oder **subjektiv nach der Überzeugung aller drei Testamentszeugen**

bestehen (BGHZ 3, 372 (377f). zu § 24 TestG; MüKo-BGB/Hagena, 6. Aufl., § 2250 Rn. 7f.; Staudinger/Baumann, BGB, Bearb. 2011, § 2250 Rn. 20; Voit in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2250 Rn. 4). Die **Besorgnis** muss nach dem pflichtgemäßen Ermessen der Zeugen auch angesichts der objektiven Sachlage **als gerechtfertigt angesehen** werden können (BGHZ 3, 372 (373); Staudinger/Baumann, BGB, Bearb. 2011, § 2250 Rn. 18). Auf die Einschätzung des Erblassers kommt es nicht an (BGHZ 3, 372, 378). Ist der Erblasser **nur körperlich zu schwach**, um ein eigenhändiges Testament errichten zu können, wird beim Fehlen der übrigen Voraussetzungen der Tatbestand des § 2250 BGB nicht erfüllt (MüKo-BGB/Hagena, BGB, 6. Aufl., § 2250 Rn. 9).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze teilt der Senat die Überzeugung des NachlassG, dass in dem hier allein maßgebenden Zeitpunkt der Errichtung des Nottestaments (24.07.2012; 20:30 Uhr) **jedenfalls aus der Sicht der Testamentszeugen K., A. und B. die Gefahr** bestand, dass der Erblasser **vor der Beiziehung eines Notars versterben** würde. [wird ausgeführt]. Der Senat teilt [zudem] die Auffassung des NachlassG, dass ... auch objektiv eine Todesgefahr für den Erblasser bestand, die sich letztendlich am 26.07.2012 verwirklicht hat.“ (OLG München aaO.)

2. Mündliche Erklärung vor 3 Zeugen und Niederschrift

Zu den zwingenden Erfordernissen für den Errichtungsakt gehört, dass der Erblasser sein Testament „durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen“ errichtet und hierzu eine Niederschrift aufgenommen wird (§ 2250 III 1 BGB).

Insoweit setzt die Errichtung des Nottestaments voraus, dass in **Anwesenheit dreier Zeugen** der Erblasser seine **letztwillige Verfügung erklärt**, die **Niederschrift** über die Erklärung des Erblassers diesem **vorgelesen** und **von ihm genehmigt** wird. Die genehmigte Niederschrift ist gemäß § 2250 III 2 BGB i.V.m. § 23 Satz 1 BeurkG vom Erblasser im Beisein der drei Zeugen zu unterschreiben.

a) Mündliche Erklärung

„Der letzte Wille ist auch dann im Sinne des § 2250 II BGB mündlich erklärt, wenn ein **Testamentsentwurf von einem Testamentszeugen auf der Basis früherer Äußerungen** des Erblassers zuvor schriftlich formuliert wird und der Erblasser zustimmt, so dass die **mündliche Erklärung** des letzten Willens **mit der Verlesung und Genehmigung** der Testamentsniederschrift **in einem Vorgang zusammengefasst** werden (BGHZ 37, 79 (84, 85)).

Diese Anforderungen erfüllt der von den Zeugen K., A. und B. übereinstimmend geschilderte Ablauf der Testamentserrichtung. [wird ausgeführt] Die **bloße Anwesenheit** des durch das Testament **bedachten Bg.** bei der Errichtung des Nottestaments führt nicht per se zur Unwirksamkeit des Nottestaments (§ 2250 III 2 BGB, § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG), da die Beteiligung der Testamentszeugen K., A. und B. rechtlich unbedenklich ist (BGH NJW 1991, 3210 (3212)).“ (OLG München aaO.)

b) Niederschrift

Hinsichtlich der Niederschrift ist problematisch, dass die vom Erblasser unterschriebene Testamentsurkunde nichts über den Vorgang der Erklärungsabgabe als solchen besagt (vgl. dazu BGH 37, 79 (85, 86)), die mitwirkenden Testamentszeugen nicht bezeichnet (vgl. §§ 9, 10 BeurkG), keine Angaben zur Testierfähigkeit des Erblassers oder der nahen Todesgefahr enthält (vgl. § 11 BeurkG).

„Der Senat teilt die Auffassung des NachlassG, dass diese **vermissten Formerfordernisse** die Abfassung der Niederschrift selbst, nicht aber den Errichtungsakt als solchen betreffen (auch MüKo-BGB/Hagena, 6. Aufl., § 2250 Rn. 19; Palandt/Weidlich, 74. Aufl., § 2250 Rn. 11; Soergel/J. Mayer, BGB, 13. Aufl., § 2250 Rn. 14; Voit in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2249 Rn. 11) und solche **Formverstöße nicht zwingend die Unwirksamkeit der Beurkundung bedingen** (vgl. § 2249 VI BGB i.V.m. § 2250 III 2 BGB).“ (OLG München aaO)

Ein gültiges Nottestament nach § 2250 II BGB liegt allerdings immer nur dann vor, wenn die **schriftliche Aufzeichnung** des vor drei Zeugen erklärten letzten Willens **bis zum Tod** des Erblassers **wenigstens von einem Bet. unterschrieben** ist (vgl. BayOLGZ 1979, 232 (240)).

„Haben neben dem Erblasser nur ein oder zwei Zeugen unterschrieben, ist dieser Mangel gemäß § 2250 III 2, § 2249 VI BGB **unschädlich**, wenn mit Sicherheit anzunehmen ist, dass das Testament die Erklärung zuverlässig wiedergibt (BGH NJW 1991, 3210 (3212) m.w.N.). Ob **zumindest einer der drei Zeugen** die Unterschrift geleistet haben muss oder ob es **genügt, wenn nur der Erblasser selbst** (so KG NJW 1966, 1661ff.; OLG Köln NJW-RR 1994, 777 (778); BayOLG NJW 1991, 928 (929) [obiter dictum]; Palandt/Weidlich, 74. Aufl., § 2250 Rn. 9 i.V.m. § 2249 Rn. 11) die Aufzeichnung unterschrieben hat, bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung.“ (OLG München aaO.)

Weiterhin ist hier problematisch, dass die die von dem Erblasser unterschriebene und genehmigte Erklärung und die von dem Zeugen K. niedergelegte und von diesem

unterschiedenen Erklärungen auf gesonderten Blättern erfolgen. Fraglich ist daher, ob überhaupt eine einheitliche Urkunde vorliegt.

„**Grundsätzlich** ist es **unschädlich**, wenn eine Niederschrift auf mehreren, miteinander nicht verbundenen Blättern erfolgt, sofern diese **inhaltlich zusammenhängen** (vgl. MüKo-BGB/Hagena, 6. Aufl., § 2247 Rn. 34; Staudinger/Baumann, BGB, Bearb. 2012, § 2247 Rn 54; OLG Köln NJW-RR 2014, 1035 (1036)). Besteht die Urkunde aus mehreren Blättern oder Texten, muss aber deren **Zusammengehörigkeit erkennbar gemacht** werden (BGHZ 136, 357 (368ff.); NJW 2003, 1248 (1249)). Dazu ist eine **körperliche Verbindung nicht erforderlich**; es genügt, dass sich die Einheit der Urkunde aus fortlaufender Paginierung, fortlaufender Nummerierung der Vorschriften, einheitlicher graphischer Gestaltung, inhaltlicher Zusammenhang oder vergleichbarer Merkmalen zweifelsfrei ergibt (Palandt/Ellenberger, 74. Aufl., § 126 Rn. 4 m.w.N.). Ein solcher Zusammenhang des von dem Erblasser unterschriebenen Schriftstücks mit dem von dem Zeugen K. gesondert erstellten und unterschriebenen Schriftstück ist insofern zweifelsfrei gegeben, als die schriftliche Erklärung des Zeugen K. sowohl das **Datum** wie auch die **Uhrzeit** des von dem Erblasser unterschriebenen Schriftstück aufweist, das **Schriftbild** sowie das **Schreibmaterial** (vgl. OLG Hamm FamRZ 2013, 907 (908)) **identisch** mit der vom Erblasser unterschriebenen Erklärung ist und **inhaltlich** an die (auf dem anderen Blatt) niedergelegte und genehmigte letztwillige Verfügung des Erblassers **anknüpft** („Der Text auf der anderen Seite wurde von K. geschrieben“). Der von dem Zeugen K. niedergelegte Text bekundet inhaltlich, dass der Erblasser die von ihm niedergelegte Erklärung nach mündlicher Verlesung in Anwesenheit der Testamentszeugen durch „deutliches Ja“ genehmigt und sodann unterschrieben hat. Insofern stellt sich der von dem Zeugen K. erstellte Text als Fortsetzung und damit Teil der von dem Erblasser (bereits) unterschriebenen Niederschrift betreffend seine letztwillige Verfügung dar. Indem der Zeuge K. darin auf diese Erklärung inhaltlich Bezug nimmt, umfasst seine Unterschrift (auch) die Richtigkeit der von dem Erblasser genehmigten Erklärung.

Dass der Zeuge K. die Fortsetzung der **Niederschrift nicht unmittelbar nach der Genehmigung und Leistung der Unterschrift durch den Erblasser im Klinikum**, sondern erst im zeitlichen Nachgang in Abwesenheit der weiteren Zeugen und des Erblassers erstellt und unterschrieben hat, ist **unschädlich**. Wenngleich **bei der Unterschrift des Erblassers die Zeugen anwesend** sein müssen, bedarf es zur Unterschrift der Zeugen, die auch nachgeholt werden kann, nicht der Anwesenheit des Erblassers (MüKo-BGB/Hagena, 6. Aufl., § 2247 Rn. 16 m.w.N.).“ (OLG München aaO.)

Die für die Errichtung des Testaments wesentliche Beurkundungsfunktion der drei Zeugen in ihrer Gesamtheit im Sinne des § 2250 II BGB ist damit gewahrt. Sie besteht in ihrer gleichzeitigen, ständigen Anwesenheit bei der mündlichen Erklärung des letzten Willens sowie bei dem Vorlesen der aufgezeichneten Erklärung aus der Niederschrift und deren Genehmigung durch den Erblasser.

„Die Unterschriften hingegen gehören – abgesehen von einer Unterschrift, die aus den in ihrer Anwesenheit vorgelesenen und genehmigten Aufzeichnungen begrifflich eine Niederschrift macht – nicht mehr zum Errichtungsakt selbst, sondern zur Abfassung der Niederschrift, so dass ihr Fehlen zu den heilbaren Formfehlern im Sinne des § 2249 VI BGB zählt (BayOLGZ 1979, 232 (241)). Der Senat teilt die Auffassung des NachlassG, dass die **in der Abfassung der Niederschrift unterlaufenen Formfehler der Wirksamkeit der Beurkundung im Sinne des § 2250 III 2 i.V.m. § 2249 VI BGB nicht entgegen stehen**, da mit Sicherheit anzunehmen ist, dass das Testament eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers enthält.

Die Testamentszeugen haben sowohl in dem **von ihnen gesondert erstellten „Protokoll über ein 3-Zeugen-Testament vom 25.07.2012“** als auch in ihrer **Aussage vor dem NachlassG** in dem Beweistermin vom 01.10.2013 den Ablauf der Errichtung des Nottestaments widerspruchsfrei geschildert. Anhaltspunkte, die Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Testamentszeugen begründen könnten, liegen nicht vor; solche wurden auch von der Bf. selbst nicht vorgebracht. Der Senat ist daher ebenfalls der Überzeugung, dass die Niederschrift vom 24.07.2012 den erklärten Willen des Erblassers zutreffend wiedergibt.“ (OLG München aaO).

III. Ergebnis

Die als sog. Nottestament durch den Erblasser errichtete letztwillige Verfügung vom 24.07.2012 ist wirksam im Sinne des § 2250 BGB. Damit hat er das Testament vom Jahr 2008 gemäß § 2258 BGB widerrufen. Das Gericht wird den Erbschein wie beantragt erteilen.

(BGH in NJW 2015, 3178; Beschluss vom 04.08.2015 – 3 StR 112/15)

1. Ein Täter ist auf frischer Tat betroffen, wenn er **noch in unmittelbarer Nähe zum Tatort und alsbald nach der Tatausführung wahrgenommen** wird, wenn also im Moment der Wahrnehmung noch ein **enger, sowohl örtlicher als auch zeitlicher Zusammenhang** mit der Vortat besteht.
2. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 252 StGB kommt es für die Tatbestandsverwirklichung **nicht** darauf an, ob sich die Gewaltanwendung **gegen gerade diejenigen** wendet, welche den Täter **auf frischer Tat angetroffen** haben.
3. Es genügt, dass die Nötigungshandlung Folge des Betroffenseins ist, mithin zu diesem in Bezug steht. Ein solcher ist auch gegeben, wenn das **Nötigungsmittel im Rahmen der so genannten Nacheile** angewendet wird, also während der sich unmittelbar an das Betreffen auf frischer Tat anschließenden Verfolgung.
4. Der Vorsatz muss erst bei Begehung der Tat, also bei Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung vorliegen. Es reicht aus, wenn der Angekl. in dem Moment des Gewährwerdens des Betroffenseins und der Entscheidung der Gewaltanwendung, jedenfalls erkannte und billigend in Kauf nimmt, dass er möglicherweise bereits in unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Nähe zum Diebstahl bemerkt wurde.

A. Prüfungswissen: Räuberischer Diebstahl (§ 252 StGB)

Wer, bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten, ist gleich einem Räuber zu bestrafen.

I. Tatbestand**1. Objektiver Tatbestand****a) Bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen**

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

BGH NJW 79, 726 = ZA 5/79 S. 11; BGH Holtz MDR 84, 981 = ZA 2/85 S. 27; BGH JZ 87, 52 = ZA 3/87 S. 55; BGH MDR 87, 775 = ZA 10/87 S. 19

aa) Vollendung des Diebstahls

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

bb) Beendigung des Diebstahls

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

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

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

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

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

Hier gelten keine Besonderheiten gegenüber § 240 StGB

c) Auf frischer Tat betroffen

Nötig ist ferner, dass der Täter "**auf frischer Tat betroffen**" wurde. Der Sinn der Strafbestimmung gegen den räuberischen Diebstahl liegt darin, dass die Gewaltanwendung oder Bedrohung in **ursächlichem Zusammenhang mit der Vollendung oder Ausnutzung des Diebstahls** steht (Motive zu § 227 StGB S. 168). Danach soll der Dieb, der nach Vollendung des Diebstahls und in unmittelbarem Zusammenhang mit ihm gegen eine Person Gewalt anwendet, um seinen unrechtmäßigen Gewahrsam zu sichern, wie ein Räuber bestraft werden, weil es **naheliegt, dass er dieselbe Gewalt angewendet hätte**, wenn er **vor der Vollendung des Diebstahls betroffen** worden wäre. Das Merkmal des "Betroffens auf frischer Tat" soll nur zeitlich und örtlich eingrenzen, um die Fälle auszuschneiden, in denen vollgesicherter Gewahrsam vorliegt (BGH NJW 75, 1177). Ein "Überraschen" oder "**Entdecken**" ist danach **nicht nötig**. § 252 StGB ist also auch dann erfüllt, wenn der Gewahrsamsinhaber der Tat von Anfang an beigezogen hat, ja selbst dann, wenn die Sache dem Gewahrsamsinhaber aus seinen Händen weggenommen wurde (BGH NJW 58, 1547; RGSt 73, 343).

2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz hinsichtlich des objektiven Tatbestandes
- b) Absicht, den Besitz des gestohlenen Guts zu erhalten

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

II. Rechtswidrigkeit / Schuld

Hier gelten keine Besonderheiten.

B. Räuberischer Diebstahl bei Polizeiflucht (vgl. BGH in NJW 2015, 3178)

Fall: Nach den landgerichtlichen Feststellungen drangen der Angekl. und zwei Mittäter in den frühen Morgenstunden des 05.01.2014 in eine Filiale der Kreissparkasse in B. ein, während ein weiterer Beteiligter zur Absicherung draußen verblieb. Sie öffneten unter Zuhilfenahme von Werkzeug um 5.35 Uhr den dort befindlichen Geldautomaten und entnahmen diesem 74.850 €, die sie in den Kofferraum eines Fluchtwagens luden. Sodann entfernten sich die vier Täter in zunächst drei Fahrzeugen, von denen nach kurzer Strecke eines zurückgelassen wurde. Der Angekl. befand sich zuletzt als Beifahrer in dem mit der Tatbeute beladenen Pkw. Bereits die Tatbegehung war durchgehend von Kräften des Landeskriminalamts observiert worden, die auch die Verfolgung der Täter aufnahmen. Etwa 35 km vom Tatort entfernt stoppten sodann um 6.06 Uhr Beamte des Mobilien Einsatzkommandos des Landeskriminalamts die Tatbeteiligten, indem sie mit zwei Wagen vor und hinter deren Fahrzeugen zum Stehen kamen. Die wegen der Aufdrucke „Polizei“ auf der Kleidung sowie auf den getragenen Sturmhauben vom Angekl. und den übrigen Tätern als solche erkannten Beamten umstellten mit gezogenen Waffen die Pkw. Der Angekl. und der in dessen Wagen als Fahrer agierende Mittäter kamen dennoch überein, einen Fluchtversuch zu unternehmen, um der Festnahme zu entge-

hen und um sich im Besitz der Beute zu erhalten. Sie vereinbarten durch entsprechende Gesten, auf einen der Beamten zuzufahren. Dieser erlitt durch den Zusammenstoß eine schmerzhafte Knieprellung, was beide Insassen des Wagens in Kauf nahmen. Beiden gelang zunächst die Flucht. Der Angekl. konnte jedoch gegen 8.30 Uhr festgenommen werden. Hat sie der Angekl. wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls strafbar gemacht?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen

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

BGH NJW 79, 726 = ZA 5/79 S. 11; BGH Holtz MDR 84, 981 = ZA 2/85 S. 27; BGH JZ 87, 52 = ZA 3/87 S. 55; BGH MDR 87, 775 = ZA 10/87 S. 19

aa) Vollendung des Diebstahls

Der Diebstahl ist vollendet, wenn neuer Gewahrsam begründet wurde. Für die Frage, wann die Wegnahme "vollendet", also neuer Gewahrsam begründet wurde, ist die **Verkehrsauffassung** maßgebend.

Mit dem Verbringen in die Fahrzeuge war neuer Gewahrsam begründet worden, so dass ein vollendeter Diebstahl gegeben ist.

bb) Beendigung des Diebstahls

Der Diebstahl ist er beendet, wenn der Täter den Gewahrsam an den entwendeten Gegenständen gefestigt und gesichert hat. Wann eine ausreichende Sicherung der Beute erreicht ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.

Beendigung ist daher regelmäßig anzunehmen, wenn der Täter die Sache in ein Versteck oder seine Räume verbracht hat. Ob im **Stadium des Abtransports** der Gewahrsam noch begründet wird oder bereits als gesichert angesehen werden kann, hängt von den **Umständen des Einzelfalles** ab. Da hier der Diebstahl polizeilich überwacht wurde und auch eine Verfolgung stattfand, zudem auch die Fluchtfahrzeuge gewechselt wurde, kann von einer Gewahrsamssicherung noch nicht Rede sein. Der Diebstahl war daher noch nicht beendet.

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

Gewalt ist jedenfalls anzunehmen, wenn der Täter durch körperliche Kraftentfaltung einen Zwang ausübt, indem er auf den Körper eines anderen einwirkt, um geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden. Dies ist bei dem Zufahren auf den Beamten mit einem Krafffahrzeug ohne weiteres der Fall.

c) Auf frischer Tat betroffen

Fraglich ist jedoch, ob der Angekl. noch auf frischer Tat betroffen war.

„Dies ist der Fall, wenn der Täter noch in unmittelbarer Nähe zum Tatort und alsbald nach der Tatausführung wahrgenommen wird, wenn also im Moment der Wahrnehmung noch ein enger, sowohl örtlicher als auch zeitlicher Zusammenhang mit der Vortat besteht (st. Rspr.; vgl. schon BGHSt 9, 255 [257] = NJW 1956, 1487; BGHSt 28, 224 [229 f.] = NJW 1979, 726). Danach war die Tat zwar im Moment des Zugriffs durch die Beamten des Mobilien Einsatzkommandos nicht mehr „frisch“; anders verhält es sich indes bei der Wahrnehmung durch die Observationskräfte. Dabei steht dem Betreffenden nicht entgegen, dass diese die Tat nicht erst nach ihrer Vollendung entdeckten, sondern sie bereits von Anfang an beobachteten (vgl. BGH, NJW 1958, 1547).

Gemäß dem eindeutigen Wortlaut des § 252 StGB kommt es für die Tatbestandsverwirklichung ferner **nicht darauf an**, dass sich die in dem Anfahren auf den Polizeibeamten liegende, dem Angekl. gem. § 25 II StGB zuzurechnende Gewaltanwendung **nicht gegen einen der Polizeibeamten richtete, der die Täter auf frischer Tat angetroffen hatte** (vgl. Schnarr, JR 1979, 314 [316 f.]). Es genügt, dass die Nötigungshandlung Folge des Betroffenseins ist, mithin zu diesem in Bezug steht. Ein solcher ist auch gegeben, wenn das Nötigungsmittel im Rahmen der so genannten Nacheile angewendet wird, also während der sich unmittelbar an das Betreffende auf frischer Tat anschließende Verfolgung (BGH, Urt. v. 17.04.1951 – 1 StR 134/51, BeckRS 1951, 31399788; NJW 1952, 1026; GA 1962, 145 = BeckRS 1961, 00097). Liegen diese Voraussetzungen vor, kommt es auf einen engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang zwischen Vorat und Gewaltanwendung nicht an, solange die Verfolgung – wie vorliegend – ohne Zäsur durchgeführt wird (ebenso NK-StGB/Kindhäuser, 4. Aufl., § 252 Rn. 18; Eser/Bosch in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 252 Rn. 5/6; a.A. Küper, BT, 5. Aufl., 94).“ (BGH aaO.)

Der Angekl. und die übrigen Beteiligten wurden bei dem von ihnen begangenen Diebstahl des Geldes auf frischer Tat betroffen.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz hinsichtlich des objektiven Tatbestandes

Der Angekl. hat auch mit Wissen und Wollen den Diebstahl verwirklicht verwirklicht und damit vorsätzlich gehandelt. Auch die Gewaltanwendung geschah vorsätzlich.

„[Zudem ist erforderlich, dass] sich der **Vorsatz** des Täters auch **auf sein eigenes Betroffensein** bezieht (vgl. LK-StGB/Vogel, 12. Aufl., § 252 Rn. 24, 60; SK-StGB/Sinn, 137. EL, § 252 Rn. 16). Da dieser Vorsatz jedoch gem. § 16 I 1 StGB erst bei Begehung der Tat, also bei Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung vorliegen muss, reicht es in der vorliegenden Konstellation aus, wenn der Angekl. in **dem Moment des Gewährwerdens der Polizeikräfte** und der Entscheidung, auf einen von ihnen zuzufahren, **jedenfalls erkannte und billigend in Kauf nahm**, dass er möglicherweise bereits in unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Nähe zum Diebstahl bemerkt worden war und dies zu der Polizeiaktion führte.

Das LG hat sich zwar nicht ausdrücklich zu dem Vorstellungsbild des Angekl. verhalten. Dabei handelt es sich indes um keinen durchgreifenden Darstellungsmangel, da sich der entsprechende **Eventualvorsatz auf Grund der Situation zwanglos erschließt**: Die Polizeibeamten bremsen mit ihren Fahrzeugen die Pkw der Täter aus; sie waren mit Sturmhauben bekleidet und traten dem Angekl. und den übrigen Beteiligten sofort mit gezogenen Waffen entgegen. Vor diesem Hintergrund ist auch angesichts einer zurückgelegten Entfernung von 35 km und einem Zeitablauf von rund 30 Minuten seit Öffnung des Tresors auszuschließen, dass der Angekl. aus diesen Umständen nicht den (zutreffenden) Schluss zog, die Aktion sei Folge einer Entdeckung bereits während des Diebstahls bzw. in unmittelbarem räumlichem und zeitlichem Zusammenhang mit diesem gewesen.“ (BGH aaO.)

b) Absicht, den Besitz des gestohlenen Guts zu erhalten

Der Täter muss aus der **Absicht** heraus gehandelt haben, sich den Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten. Auch dies ist hier ohne weiteres anzunehmen.

II. Rechtswidrigkeit / Schuld

Rechtswidrigkeit der Tat und Schuld liegen vor.

III. Ergebnis

Der Angekl. hat sich des räuberischen Diebstahls nach § 252 StGB strafbar gemacht.

(BGH in NJW 2015, 3047; Urteil vom 04.08.2015 – 1 StR 624/14)

1. Quälen bedeutet das **Verursachen länger andauernder oder sich wiederholender (erheblicher) Schmerzen oder Leiden**
2. Das Merkmal „quälen“ erfordert über den Vorsatz hinaus **keine besondere subjektive Beziehung des Täters zur Tat** im Sinne eines Handelns aus Lust an der Schmerzzufügung, **aus niedriger** Gesinnung oder aus Böswilligkeit. Es reicht eine Tatbegehung aus Gleichgültigkeit oder Schwäche.

A. Prüfungswissen: Misshandlung von Schutzbefohlenen, § 225 StGB (vgl. Rengier, StrafR BT II, § 17 und Beck-OK-StGB/Eschelbach, § 225 StGB)**I. Tatbestandsmäßigkeit****1. Objektiver Tatbestand****a) Tatobjekt**

Tatobjekt kann nur eine Person sein, die unter 18 Jahren alt oder wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlos ist, und einem der Schutzverhältnisse des Abs. 1 Nr. 1–4 untersteht.

aa) Unterstehen der Fürsorge oder Obhut des Täters

Fürsorge ist ein auf längere Dauer angelegtes Abhängigkeitsverhältnis, bei dem der Verpflichtete rechtlich für das leibliche und geistige Wohl der ihm unterstellten Person zu sorgen hat.

Obhut ist die Pflicht zur unmittelbaren körperlichen Beaufsichtigung, die – anders als die Fürsorge – nicht auf längere Dauer angelegt ist, aber eine enge räumliche Beziehung zwischen der Aufsichtsperson und dem Schützling voraussetzt.

bb) Zugehörigkeit zum Hausstand des Täters

Tatobjekt können alle Personen sein, die mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft leben, wie etwa Stiefkinder und Pflegekinder, ferner zur Erziehung im Haushalt untergebrachte Jugendliche, Hausangestellte oder Familienangehörige, die dort wohnen. Ausgenommen sind Personen, die einen eigenen Haushalt führen und nur zeitweise im Hausstand des Täters anwesend sind.

cc) Überlassung der Gewalt des Täters durch den Fürsorgepflichtigen

Das ist ein Auffangtatbestand gegenüber den Fällen des § 225 I Nr. 1 und 2 StGB, der auf einem **rein tatsächlichen Verhältnis** beruht. Erforderlich ist ein tatsächlicher Überlassungsakt, so dass ein eigenmächtiges Einschreiten eines Nachbarn oder Bekannten gegenüber dem Kind nicht zur Herstellung eines Gewaltverhältnisses im Sinne von § 225 I Nr 3 StGB führt. Eine kurzfristige Überlassung reicht im Einzelfall aus. Erforderlich ist andererseits die Überlassung gerade zum Zweck der Fürsorge und Obhut.

dd) Unterordnung unter den Täter im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses

Es geht um ein **Vorgesetzten- und Untergebenenverhältnis** aufgrund eines **öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses**, etwa beim Militär, sofern es wegen Verletzungen wehrlose (volljährige) Personen versorgen muss, oder aufgrund eines **privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses**. Entscheidend ist, dass der Täter ein **über den Einzelfall hinaus gehendes Weisungsrecht** hat und der Untergeordnete grundsätzlich den Weisungen folgen muss.

b) Tathandlungen**aa) Quälen**

Quälen bedeutet Verursachung länger dauernder oder sich wiederholender erheblicher Schmerzen oder Leiden (auch seelischer Art).

bb) Roh misshandeln

Die rohe Misshandlung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter das **körperliche Wohlbefinden des Opfers** (über § 223 hinausgehend) **erheblich beeinträchtigt** und aus einer gefühllosen Gesinnung handelt. Eine solche liegt vor, wenn der Täter das **Gefühl für das Leiden des Misshandelten verloren** hat. Trotz der subjektiven Komponente handelt es sich um ein **tatbezogenes Merkmal**.

cc) Schädigung der Gesundheit durch Vernachlässigung der Sorgspflicht

Diese Tatvariante stellt ein **Unterlassungsdelikt** dar. Böswillig handelt, wer die Sorgspflicht aus einem **besonders verwerflichen Motiv** (z. B. Bosheit, Sadismus, Hass, Geiz, Eigensucht), nicht aber aus Gleichgültigkeit oder Schwäche verletzt.

2. Subjektiver Tatbestand

Der Täter muss den objektiven Tatbestand vorsätzlich verwirklichen. Bei der Schädigung der Gesundheit muss jedoch zudem Böswilligkeit vorliegen. Die Böswilligkeit ist als **besonderes subjektives Tatbestandsmerkmal** anzusehen.

II. Rechtswidrigkeit / Schuld

Hier gelten keine Besonderheiten.

B. Meditation statt medizinischer Versorgung (vgl. BGH in NJW 2015, 3047)

Fall: Nach den Feststellungen des LG litt der 1987 geborene Geschädigte seit frühester Kindheit an der Erbkrankheit Mukoviszidose und bedurfte daher permanenter medikamentöser, krankengymnastischer und ärztlicher Behandlung sowie einer besonderen Ernährung, um ein Fortschreiten der Krankheit möglichst weitgehend zu verhindern. Ende 1999 zog der Geschädigte mit seiner allein sorgeberechtigten Mutter (der Angekl.) und zwei Geschwistern in den Hausstand des in den Medien als „Guru von Lonnerstadt“ bzw. „Guru von Ailsbach“ bezeichneten Angekl. Der Angekl. übernahm freiwillig die Fürsorgepflicht für den Geschädigten. Beide Angekl., denen die Behandlungsbedürftigkeit des Geschädigten im Einzelnen bekannt war, wirkten nicht auf eine Fortführung der bis zum Einzug aufwändig durchgeführten medizinischen Betreuung hin, sondern überließen dem Geschädigten selbst die Entscheidung, ob er die Behandlung fortsetzen wolle oder nicht. Notwendige Medikamente und Gerätschaften stellten sie ihm nur unzureichend oder überhaupt nicht zur Verfügung. Der Kontakt des Geschädigten zu seinem leiblichen Vater wurde von beiden Angekl. konsequent unterbunden. Der Geschädigte, dem die Tragweite seiner Entscheidung nicht bewusst war, war froh, ohne die aus seiner Sicht lästigen medizinischen Prozeduren leben zu können, und verlangte keine medizinische Behandlung. Der Angekl. stellte dem Geschädigten in Aussicht, dass seine (nicht kausal therapierbare) Erkrankung bis zum 18. Geburtstag geheilt werde, wenn der Geschädigte mehrmals täglich mit ihm meditiere. Dies glaubte der Geschädigte. Der Zustand des Geschädigten verschlechterte sich ohne die erforderliche Behandlung bis zu seinem Auszug im Dezember 2002 rapide, was die Angekl. erkannten. Auf Grund eines teilweise irreversiblen Verlustes der Lungenfunktion trat schließlich bei geringster körperlicher Betätigung Atemnot ein, er litt unter permanenten Kopfschmerzen, seine Bronchien waren stark verschleimt und er nahm trotz Wachstums in den drei Jahren nicht an Gewicht zu, so dass er massiv mangelernährt war. Sein Zustand war zuletzt potenziell lebensbedrohlich und hätte bei weiterer Nichtbehandlung innerhalb weniger Wochen zum Tode geführt. Wie haben sich die Angekl. strafbar gemacht?

Die Angekl. könnten sich wegen (schwerer) Misshandlung von Schutzbefohlenen nach § 225 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit**1. Objektiver Tatbestand****a) Tatobjekt**

Tatobjekt kann nur eine Person sein, die unter 18 Jahren alt oder wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlos ist, und einem der Schutzverhältnisse des Abs. 1 Nr. 1–4 untersteht.

„Der minderjährige Nebenkl. befand sich nach seinem Einzug in A. i.S.v. § 225 I Nr. 1 StGB in der Fürsorge und der Obhut der sorgeberechtigten Angekl. B als seiner Mutter und des Angekl. L, der im Einvernehmen mit der Angekl. B tatsächlich die Erziehung und Sorge für den in seinem Haushalt lebenden Nebenkl. übernommen hatte (vgl. auch BGH, Urt. v. 20.10.1993 – 2 StR 109/93, BeckRS 1993, 31090562).“ (BGH aaO.)

Ein taugliches Tatobjekt ist daher gegeben.

b) Tathandlungen

aa) Quälen

Als Tathandlung kommt hier das Quälen in Betracht.

„Quälen bedeutet das **Verursachen länger andauernder oder sich wiederholender (erheblicher) Schmerzen oder Leiden** (st. Rspr.; vgl. nur RG, JW 1938, 1879; BGH, Urt. v. 12.09.1961 – 5 StR 329/61, BeckRS 1956, 15731; BGHSt 41, 113 [115] = NJW 1995, 2045 = NStZ 1996, 35; BGH, NStZ-RR 1996, 197; NStZ 2004, 94; NStZ-RR 2007, 304 [306]; NStZ 2013, 466; Beschl. v. 24.02.2015 – 4 StR 11/15, BeckRS 2015, 06440; Fischer, StGB, 62. Aufl., § 225 Rn. 8 a; LK-StGB/Hirsch, 11. Aufl., § 225 Rn. 12; Stree/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, 29. Aufl., § 225 Rn. 11; MüKo-StGB/Hardtung, 2. Aufl., § 225 Rn. 11; Momsen/Momsen-Pflanz in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl., § 225 Rn. 13; Eschelbach in v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl., § 225 Rn. 16). Erfasst hiervon sind **auch seelische Leiden**, denn neben der körperlichen Unversehrtheit wird von § 225 I StGB auch die psychische Integrität einer unter besonderen Schutzverhältnissen stehenden Person geschützt (vgl. BGH, Urt. v. 16.04.2014 – 2 StR 608/13, BeckRS 2014, 06452; Beschl. v. 28.10.2010 – 5 StR 411/10, BeckRS 2010, 27958; LK-StGB/Hirsch, 11. Aufl., § 225 Rn. 1; Fischer, § 225 Rn. 2; MüKo-StGB/Hardtung, § 225 Rn. 1).“ (BGH aaO.)

Das Unterlassen **der gebotenen medikamentösen, therapeutischen und ärztlichen Behandlung** hat beim Nebenkl. zu fortschreitendem Leistungsabbau, erheblicher Abnahme der Lungenfunktion, massiver Mangelernährung, anhaltenden Kopfschmerzen und schließlich sogar blauen Fingerkuppen infolge Sauerstoffmangels geführt, wobei Beschwerden und Schmerzen spätestens ab Mitte 2001 auftraten und sich kontinuierlich steigerten. Die zunehmende Verschleimung der Bronchien mit immer weiter abnehmender Sauerstoffsättigung, die massive Mangelernährung und der hierdurch bewirkte Abbau seiner Leistungsfähigkeit stellten ein erhebliches Leiden für den Nebenkl. dar. Zudem litt er auf Grund der unzureichenden Sauerstoffsättigung permanent an Kopfschmerzen, hatte also erhebliche Schmerzen im Sinne der oben genannten Definition; zuletzt bereitete ihm zudem jede körperliche Anstrengung erhebliche Schmerzen.

bb) Tatbegehung durch Unterlassen

Hier haben die Angekl. jedoch nicht aktiv auf die Verursachung von länger andauernden oder sich wiederholenden Schmerzen oder Leiden hingewirkt, sondern Maßnahmen unterlassen. Fraglich ist, ob ein Quälen insofern auch durch Unterlassen möglich ist.

(1) Quälen durch Unterlassen

„Quälen kann nach **heute nahezu allgemeiner Meinung auch durch Unterlassen begangen** werden (st. Rspr.; vgl. Senat, Urt. v. 01.04.1969 – 1 StR 561/68, BeckRS 1969, 00123; BGH, NStZ 1991, 234; BGHSt 41, 113 [117] = NJW 1995, 2045 = NStZ 1996, 35; BGH, NStZ-RR 1996, 197; NStZ 2004, 94; BGHSt 52, 153 [156] = NJW 2008, 2199; BGH, Beschl. v. 28.10.2010 – 5 StR 411/10, BeckRS 2010, 27958; vgl. auch BGH, Urt. v. 04.07.2002 – 3 StR 64/02, BeckRS 2002, 06260 für die Variante des rohen Misshandelns; ebenso Fischer, § 225 Rn. 8; LK-StGB/Hirsch, 12. Aufl., § 225 Rn. 17; Stree/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, § 225 Rn. 11; MüKo-StGB/Hardtung, § 225 Rn. 2, 15; Momsen/Momsen-Pflanz in Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 225 Rn. 12; BeckOK StGB/Eschelbach, § 225 Rn. 16; NK-StGB/Paeffgen, § 225 Rn. 18). Insbesondere wer es unterlässt, für sein Kind leidensvermindernde ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, kann dieses durch Unterlassen quälen (vgl. Senat, Urt. v. 01.04.1969 – 1 StR 561/68, BeckRS 1969, 00123; BGH, NStZ-RR 1996, 197; BGHSt 52, 153 [159] = NJW 2008, 2199; OLG Düsseldorf, NStZ 1989, 269). Für die Unterlassungstäterschaft im Rahmen des § 225 StGB reicht – wie auch sonst – bedingter Vorsatz aus (BGH, NStZ 2004, 94).

(2) Vorliegen der Voraussetzungen für Unterlassungsstrafbarkeit

Das Unterlassen der Angekl. müsste i.S.v. § 13 I StGB der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch ein Tun entsprechen.

*„Voraussetzung hierfür ist, dass das **Unterlassen im konkreten Fall dem Unrechtsgehalt aktiver Tatbestandsverwirklichung** so nahe kommt, dass es sich dem Unrechtstypus des Tatbestands einfügt (sog. Modalitätenäquivalenz, vgl. Fischer, § 13 Rn. 83 f. m.w.N.). Eine Gleichstellung des Unterlassens mit der Verwirklichung des Handelns durch aktives Tun kommt insbesondere dann nicht in Betracht, wenn dem **Unterlassen der Erfolgsunwert fehlt** (vgl. Senat, BGHSt 28, 300 [307] = NJW 1979, 1466) oder es an begehungstäterbezogenen Qualifikationsmerkmalen mangelt (ausführlich hierzu Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 239 ff. m.w.N.). Bei reinen Erfolgsdelikten wie etwa § 212 StGB kommt der Entsprechensklausel dagegen keine eigenständige Bedeutung zu (vgl. Fischer, § 13 Rn. 86 m.w.N.; LK-StGB/Weigend, 12. Aufl., § 13 Rn. 77; ausführlich hierzu Roxin, § 32 Rn. 218 ff. m.w.N.; vgl. auch BGHSt 48, 77 [96] = NJW 2003, 522 = NSZ 2003, 141).*

*Bei § 225 I StGB handelt es sich in der **Variante des „Quälens“ um ein reines Erfolgsdelikt in Form eines Verletzungsdelikts** (vgl. MüKo-StGB/Hardtung, § 225 Rn. 2). Der Taterfolg besteht in der Verursachung von Schmerzen und Leiden des Tatopfers, den Qualen. Anders als bei der Variante der „rohen Misshandlung“ (vgl. hierzu im Kontext von § 13 StGB auch LK-StGB/Weigend, 12. Aufl., § 13 Rn. 77) oder der „böswilligen Vernachlässigung“ ist eine besondere Begehungsweise nicht vorausgesetzt (vgl. BGH, NSZ-RR 1996, 197).“ (BGH aaO.)*

Vorliegend entsprach deshalb das Unterlassen der gebotenen Behandlung einer Tatbegehung durch aktives Tun. Das Unterlassen war auch kausal für die eingetretenen Schmerzen und Leiden.

*„Durch die **objektiv gebotenen Handlungen** der Angekl. – Fortführen der notwendigen ständigen Behandlung durch Zurverfügungstellung der notwendigen Medikamente und Hilfsmittel, ärztliche und therapeutische Betreuung und Kontrolle, Angebot hochkalorischer Nahrung, notfalls Erzwingen der Behandlung – wären ...die gravierende Verschlechterung des Gesundheitszustands und die damit einhergehenden erheblichen Leiden und Schmerzen des Nebenkl. vermieden worden (hypothetische Kausalität).“ (BGH aaO.)*

Die Vornahme der rechtlich gebotenen Handlungen war den Angekl. auch möglich und zumutbar. Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

Der Täter muss den objektiven Tatbestand vorsätzlich verwirklichen. Die Angekl. haben das Leiden des Nebenkl. zumindest billigend in Kauf genommen.

*„Das Merkmal „quälen“ erfordert über den Vorsatz hinaus **keine besondere subjektive Beziehung des Täters zur Tat** im Sinne eines Handelns aus Lust an der Schmerzzufügung, **aus niedriger Gesinnung** oder aus Böswilligkeit; es reicht eine Tatbegehung aus Gleichgültigkeit oder Schwäche (vgl. BGH, Urt. v. 12.09.1961 – 5 StR 329/61, BeckRS 2015, 15731; Senat, Urt. v. 01.04.1969 – 1 StR 561/68, BeckRS 1969, 00123; BGH, NSZ 1991, 234; NSZ-RR 1996, 197). Der **BGH** lässt – wie die herrschende Auffassung in der Literatur – für die Tathandlung „quälen“ ausreichen, dass der Täter dem Schutzbefohlenen vorsätzlich länger andauernde oder sich wiederholende (erhebliche) Schmerzen oder Leiden zufügt (s. oben). Demgegenüber verlangt eine **andere Auffassung** in der Literatur für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „quälen“, dass die Tat aus einer **gefühllos-unbarmherzigen Gesinnung** begangen wird (NK-StGB/Paeffgen, 4. Aufl., § 225 Rn. 13; SK-StGB/Wolters, § 225 Rn. 10).“ (BGH aaO.)*

II. Rechtswidrigkeit / Schuld

Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit. Die Angekl. haben auch schuldhaft gehandelt.

III. Ergebnis

Die Angekl. sind wegen Misshandlung von Schutzbefohlenen gem. § 225 I Nr. 1 StGB strafbar.

GewO
§ 35 I**Nichteinschreiten gegen Drogenhandel in Diskothek
Unzuverlässigkeit des Inhabers**

POR

(OVG Lüneburg in GewA 2015, 414; Beschluss vom 29.06.2015 – 7 ME 32/15)

1. Ein Gastwirt ist u.a. dann **unzuverlässig**, wenn er im Rahmen seines Betriebes **strafbare Handlungen anderer duldet**, also notwendige Maßnahmen gegen solche Handlungen unterlässt.
2. Der Betreiber einer Diskothek muss **erforderliche Maßnahmen treffen**, um die in der von ihm betriebenen Diskothek aufgetretenen **Verstöße gegen Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes** zu unterbinden.

A. Prüfungswissen: Die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nach § 35 GewO**I. Begriff der Unzuverlässigkeit**

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

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

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

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

II. Fallgruppen von Unzuverlässigkeit**1. Straftaten und Ordnungswidrigkeiten**

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

2. Verletzung steuerlicher Pflichten

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

Die öffentliche Hand ist auf den Eingang von Steuern und Abgaben angewiesen, um ihren Verpflichtungen gegenüber der Allgemeinheit genügen zu können. Die Entziehung von steuerlichen Verpflichtungen, schädigt nicht nur die Allgemeinheit, sondern führt auch zur unlauteren Verschaffung eines Vorsprungs im Wettbewerb mit denjenigen, die ihre Steuerpflichten in redlicher Weise erfüllen (BVerwG Gew-Archiv 82, 233).

3. Nichtentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen

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

4. Mangel wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit

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

III. Unzuverlässige Personen

1. Inhaber des Betriebes ist eine natürliche Person.

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

2. Juristische Person/Personenmehrheiten

Es kommt auf die gesetzlichen Vertreter an, also den Vorstand oder den Geschäftsführer. Bei juristischen Personen wird die Unzuverlässigkeit der Vertretungsberechtigten insofern der juristischen Person zugerechnet.

3. Strohmannverhältnisse u.ä.

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

B. Unzuverlässigkeit wegen Nichteinschreiten gegen Drogenhandel und – Konsum im eigenen Betrieb (vgl. OVG Lüneburg in GewA 2014, 414)

Fall: In der Diskothek „B.“ ist es nach den polizeilichen Ermittlungen zu nicht unerheblichen Verstößen gegen das BTMG gekommen. Nach den Feststellungen der Polizeistation F. hat es seit der Betriebsübernahme durch den Ast. am 01.01.2014 bis zum Erlass des Gewerbeuntersagungsbescheides am 03.11.2014 – und darüber hinaus bis in die jüngste Vergangenheit hinein (vgl. den aktuellen Polizeibericht v. 16.06.2015) – eine Vielzahl von tatsächlichen Hinweisen auf Anbahnung und auch Abschluss von Drogengeschäften und Fälle von Drogenkonsum gegeben, welche zum Teil in den Räumen der Diskothek „B.“ selbst stattfanden oder jedenfalls dort ihren Ausgangspunkt hatten.

Mit Gewerbeuntersagungsverfügung der Ag'in v. 03.11.2014 ist dem Ast. die selbständige Ausübung des Betriebes der Gaststätte (Diskothek) „B.“ in der C. D. in E. sowie die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes Beauftragter für diese Gaststätte untersagt worden (erweiterte Gewerbeuntersagung). Hiergegen hat der Ast. Klage erhoben. Ist diese begründet?

Die Klage ist begründet, wenn die Voraussetzungen des § 35 GewO für eine erweiterte Gewerbeuntersagung vorliegen.

„Nach § 35 I 1 GewO ist die Ausübung eines Gewerbes von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderl. ist. Nach § 35 I 2 GewO kann die Untersagung auch auf die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person sowie auf einzelne andere oder auf alle Gewerbe erstreckt werden, soweit die festgestellten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Gewerbetreibende auch für diese Tätigkeiten oder Gewerbe unzuverlässig ist.“ (OVG Lüneburg aaO.)

I. Betrieb eines Gewerbes

Der Ast. müsste ein Gewerbe betrieben haben. Gewerbe ist jede **auf Dauer angelegte, selbständige Tätigkeit**, welche der **Gewinnerzielung dient**. Dies ist bei dem Betrieb einer Diskothek ohne weiteres der Fall.

II. Unzuverlässigkeit

Der Ast. müsste auch unzuverlässig sein.

1. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt

„**Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung ist der Erlass der letzten Verwaltungsentscheidung** (vgl. BVerwG, Ur. v. 02.02.1982 – 1 C 17.79 –, BVerwGE 65, 9, u. – 1 C 146.80 –, BVerwGE 65, 1 = GewArch 1982, 294 ff.). § 35 VI GewO verbietet die Berücksichtigung einer späteren positiven Entwicklung im Anfechtungsstreit, wenn die Untersagungs Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung gegeben waren (vgl. BVerwG, Ur. v. 02.02.1982, aaO.).“ (OVG Lüneburg aaO.)

2. Begriff der Unzuverlässigkeit

Gewerberechtlich unzuverlässig ist, wer **nicht die Gewähr** dafür bietet, sein **Gewerbe ordnungsgemäß**, insbesondere unter Einhaltung der rechtlichen Vorgaben zu führen. Fraglich ist, ob ein Gewerbetreibender dadurch unzuverlässig wird, dass in seinem Betrieb Straftaten verübt werden, welche er nicht unterbindet.

„**Ein Gastwirt ist u.a. dann unzuverlässig, wenn er im Rahmen seines Betriebes selbst strafbare Handlungen begeht oder strafbare Handlungen anderer duldet, also notwendige Maßnahmen gegen solche Handlungen unterlässt** (vgl. BVerwG, Ur. v. 13.12.1988 – 1 C 44.86 –, BVerwGE 81, 74 = GewArch 1989, 138 ff.; Ur. v. 28.07.1978 – I C 43.75 –, BVerwGE 56, 205 = GewArch 1978, 340). Auch ohne Beteiligung an strafbaren Handlungen und Ordnungswidrigkeiten verletzt der Gaststättenbetreiber die zur Annahme seiner gaststättenrechtl. Unzuverlässigkeit führende **Aufsichtspflicht**, wenn solche Missstände eintreten, die bei gehöriger Aufsicht nicht hätten vorkommen können (vgl. Hess. VGH, Beschl. v. 22.03.1991 – 14 TH 369/91 –, NVwZ 1992, 192 = GewArch 1991, 311 f.).

Zu den an den Betreiber einer Diskothek zu stellenden Anforderungen gehört es, die notwendigen Maßnahmen gegen die Begehung strafbarer Handlungen in seinen Räumen zu ergreifen. Er muss insbes. alle erforderl. Maßnahmen treffen, um die in der von ihm betriebenen Diskothek aufgetretenen **Verstöße gegen die Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes (BTMG)** zu unterbinden. Er ist zur Zusammenarbeit mit der Polizei verpflichtet, um den Umgang mit Betäubungsmitteln und damit strafbare Handlungen in seiner Gaststätte zu unterbinden (vgl. BVerwG, Ur. v. 28.07.1978, aaO.). **Art und Umfang** der zu treffenden Maßnahmen bestimmen sich **nach der jeweiligen Gefahrenlage**; sie können von der Verhängung von Lokalverboten oder der Intensivierung der Zusammenarbeit mit der Polizei über erhebliche Umgestaltung der Betriebsräume bis zur Schließung des Lokals reichen (vgl. Bay. VGH, Beschl. v. 23.01.2001 – 22 ZS 00.3666 –, GewArch 2001, 172). Das Ergreifen solcher Maßnahmen setzt allerdings voraus, dass der Gastwirt **von den strafbaren Handlungen Kenntnis hat** oder diese bei Beachtung der ihm obliegenden besonderen Aufsichtspflicht **hätte haben müssen**. Fehlt es daran, können die strafbaren Handlungen Dritter nicht die Unzuverlässigkeit des Gastwirts begründen (vgl. BVerwG, Ur. v. 13.12.1988, aaO.).“ (OVG Lüneburg aaO.)

Dies ist hier der Fall. Der Ast. hatte von den Verstößen gegen das BTMG in der Diskothek „B.“ bereits in einem frühen Stadium der polizeilichen Ermittlungen Kenntnis bzw. hätte bei Beachtung der ihm obliegenden Aufsichtspflichten hiervon Kenntnis haben müssen. Spätestens durch die Razzia v. 13.04.2014 ist der Ast. auf die Drogenproblematik in seiner Gaststätte hingewiesen worden. Er hat am Tag der Razzia überdies gegenüber der Polizei angegeben, dass er das Security-Personal ausgetauscht und angewiesen habe, schärfer zu kontrollieren und bei Betäubungsmittelfunden die Polizei zu verständigen. Die Drogenproblematik ist dem Ast. danach bewusst gewesen. Gleichwohl hat er keine entsprechenden Maßnahmen unternommen. Fraglich ist jedoch, ob es hierfür auf ein persönliches Verschulden des Gastwirts ankommt.

„**Die Frage, ob den Gastwirt ggf. ein persönliches Verschulden an einem mangelhaften Verhalten trifft, ist unerheblich** (vgl. Bay. VGH, Beschl. v. 23.01.2001, aaO.). Die gewerberechtl. Unzuverlässigkeit ist stets unabhängig von einem etwaigen Verschulden des Gewerbetreibenden **objektiv zu beurteilen** (vgl. Hamb. OVG, Beschl. v. 18.11.1993 – Bs VI 99/93 –, GewArch 1994, 294). Den Gewerbetreibenden trifft ausschließl. der **Vorwurf, die betreffende Gaststätte überhaupt noch zu betreiben**. Von einem sein Gewerbe ordnungsgemäß ausübenden Gastwirt ist es im Hinblick auf die mit dem Drogenmissbrauch verbundenen Gefahren zu erwarten, dass er seinen Betrieb nicht nur etwa durch Änderung des Betriebskonzeptes so umgestaltet, dass er als Anlaufstelle für Drogenkonsumenten und

*Drogenhändler unattraktiv ist. Er muss ihn **äußerstenfalls** – wenn andere Maßnahmen nicht gegriffen haben – **als ultima ratio sogar (vorübergehend) schließen** und sein Gewerbe ggf. an anderer Stelle wieder aufnehmen, damit auf diese Weise die „Szene“ ihr Interesse verliert (vgl. Hamb. OVG, Beschl. v. 18.11.1993, aaO., m.w.N.; Bay. VGH, Beschl. v. 23.11.2001, aaO.)*

Für die zutage getretenen Umstände hat der Ast. daher einzustehen, und zwar auch angesichts seiner – allerdings erfolglos gebliebenen – Anstrengungen, des Problems durch das Auswechseln von Personal Herr zu werden.

*„In einer Diskothek wie dieser, in deren Umfeld es in der Vergangenheit wiederholt zu Auffälligkeiten im Bereich des Besitzes und Austausches von Betäubungsmitteln gekommen ist, sind besonders **hohe Anforderungen an die Aufsichtspflicht des Betreibers** zu stellen. Unter diesen Umständen muss der Diskothekenbetreiber seine Bediensteten sorgfältig auswählen und überwachen. Ferner muss sich der Diskothekenbetreiber selbst **nachhaltig um eine Zusammenarbeit mit der Polizei bemühen**. Insbes. muss er zu eigenen konkreten Angaben zu Vorfällen in seiner Diskothek bereit sein (Anweisungen an die Türsteher, die Gäste zu durchsuchen, um das Hereinschmuggeln von Drogen zu verhindern, genügen nicht, wenn ihre Befolgung nicht effektiv überwacht wird.) Wie die Berichte der Polizeistation F. nach der Razzia bis zum heutigen Tag belegen, ist die **Attraktivität der Diskothek „B.“ für den Drogenhandel und -konsum unverändert groß**. Eine Änderung dergestalt, dass das Lokal von der „Szene“ gemieden wird, ist auf der Grundlage der von dem Ast. getroffenen Maßnahmen nicht zu erwarten. Der Ast. ist offenbar nicht in der Lage, der von ihm betriebenen Diskothek „B.“ deren Attraktivität als Treffpunkt für Drogenhandel und -konsum nachhaltig zu nehmen.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

Nach diesen Maßstäben liegt eine **gewerberechtliche Unzuverlässigkeit** des Ast. vor, die die Untersagung der selbständigen Ausübung des Betriebes der Gaststätte (Diskothek) „B.“ in der G.-Straße in H. sowie die **Tätigkeit als Vertretungsberechtigter** eines Gewerbetreibenden oder als mit der **Leitung eines Gewerbebetriebes** Beauftragter für diese Gaststätte rechtfertigt.

III. Erforderlichkeit

Die Gewerbeuntersagung muss auch zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich sind.

Hier geht es vor allem um dem Schutz der Allgemeinheit vor der Begehung von Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Allerdings muss die Gewerbeuntersagung zur Erreichung dieses Ziels das mildeste Mittel sein. Da die vom Ast. ergriffenen Maßnahmen nicht zielführend waren, kommen andere Mittel, als die Schließung der Diskothek, welche gleich geeignet wären, nicht in Betracht. Die Gewerbeuntersagung ist daher auch erforderlich.

IV. Voraussetzungen für die erweiterte Gewerbeuntersagung

Nach § 35 I 2 GewO kann die Untersagung auch auf die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person sowie auf einzelne andere oder auf alle Gewerbe erstreckt werden, soweit die festgestellten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Gewerbetreibende auch für diese Tätigkeiten oder Gewerbe unzuverlässig ist.

*„[Die] erweiterte Gewerbeuntersagung nach § 35 I 2 Var. 1 GewO ... kommt in Betracht, wenn der Gewerbetreibende auch für diese Tätigkeit unzuverlässig, die Untersagung erforderl. und ein Ausweichen des Gewerbetreibenden in eine leitende unselbständige Tätigkeit zu erwarten ist. Letzteres wird man insbes. dann annehmen können, wenn sich die **Ausübung einer leitenden unselbständigen Tätigkeit** für den Gewerbetreibenden aufgrund seines berufl. Werdeganges und persönlichen Lebenszuschnitts, der Erstreckung der Untersagung auf einzelne andere oder sogar alle Gewerbe usw. **als einzig akzeptable Alternative** darstellt (vgl. Marcks in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 68. Erg.-Lfg. Aug. 2014, § 35 Rn. 94, beck-online). Vorliegend ist aufgrund des berufl. Werdeganges des Ast. ein **Ausweichen in eine leitende unselbständige Tätigkeit nicht fernliegend**: Der Ast. war bereits im Jahr 2013 als Mitarbeiter der Diskothek „B.“ tätig. Im Übrigen hat die Ag'in ihr Ermessen zugunsten des Ast. dahingehend ausgeübt, dass ihm lediglich die selbständige Ausübung des Betriebes der Diskothek „B.“ sowie die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes Beauftragter für diese konkrete Gaststätte – Diskothek „B.“ – untersagt worden ist. Die Ag'in richtet sich damit allein gegen den konkreten Gefahrenherd der Diskothek „B.“ und ermöglicht es dem Ast., in einem anderen Betrieb gewerbl. tätig zu werden.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

V. Ergebnis

Die erweiterte Gewerbeuntersagung ist rechtmäßig. Die Klage ist unbegründet.

Bauen im unbeplanten Innenbereich
Bestimmung des Bebauungszusammenhangs

(BVerwG in ZfBR 2015, 778; Urteil vom 30.06.2015 – 4 C 5.14)

1. „Die Tatbestandsmerkmale „**im Zusammenhang bebaut**“ und „**Ortsteil**“ gehen nicht ineinander auf, sondern sind **kumulativer Natur**.
2. „**Ortsteil**“ im Sinne von § 34 I 1 BauGB ist jeder **Bebauungskomplex** im Gebiet einer Gemeinde, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein **gewisses Gewicht** besitzt und **Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur** ist.
3. Ein „**Bebauungszusammenhang**“ ist gegeben, soweit die aufeinanderfolgende Bebauung trotz vorhandener Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit.
4. Dem im Zusammenhang bebauten Ortsteil im Sinne des § 34 I 1 BauGB können nur solche Bauwerke zugerechnet werden, die für eine nach der vorhandenen Siedlungsstruktur angemessene **Fortentwicklung der Bebauung maßstabsbildend** sind.
5. Welche Fortentwicklung angemessen ist, ist mit Blick auf das im Begriff des Ortsteils anklingende **Ziel einer organischen Siedlungsstruktur** zu bestimmen.

A. Prüfungswissen: Planungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich, § 34 BauGB

Liegt das Grundstück im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, so richtet sich die Zulässigkeit gem. § 30 BauGB nach den Festsetzungen des Bebauungsplans. Fehlt ein solcher, so beurteilt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 34 BauGB, wenn das Grundstück sich innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils befindet. Anderenfalls handelt es sich um ein Außenbereichsgrundstück, bei welchem sich die Zulässigkeit von Bauvorhaben nach § 35 BauGB richtet.

I. Bebauungszusammenhang

Da ein Bebauungsplan im vorliegenden Fall fehlt, könnte es sich um ein Grundstück handeln, welches § 34 BauGB unterfällt. Dann muss es sich innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils befinden. Hier ist eine einzelfallbezogene Prüfung vorzunehmen. Dabei ist maßgebend, ob eine **tatsächlich aufeinander folgende, zusammenhängende Bebauung** besteht (BVerwGE 31, 20). Entscheidend ist hierbei letztlich die Verkehrsauffassung.

II. Zulässigkeit der Art der Nutzung

Entspricht der festgestellte Bebauungszusammenhang von seinem Charakter her einem der in der BauNVO in §§ 2-11 festgelegten Baugebiete, so beurteilt sich die planungsrechtliche Zulässigkeit der Vorhabens bezüglich der Art der Nutzung nach § 34 II BauGB allein nach der BauNVO.

1. Bebauungszusammenhang entspricht einem der Baugebiete der BauNVO

In diesem Fall ist nach den Vorschriften der §§ 2-15 BauNVO zu prüfen, ob das Vorhaben die Vorgaben einhält. Ist dies nicht der Fall, so können nach § 34 II 2. HS BauGB auch Ausnahmen und Befreiungen nach § 31 BauGB zugelassen werden, so dass auch die in der BauNVO geregelten Ausnahmen zu den jeweiligen Baugebieten innerhalb des unbeplanten Innenbereichs Anwendung finden.

2. Bebauungszusammenhang entspricht keinem der Baugebiete der BauNVO

Dann ist im Rahmen des § 34 I BauGB einzelfallbezogen zu prüfen, ob sich das Vorhaben von der Art der Nutzung her in die nähere Umgebung einfügt (s.u.)

III. Zulässigkeit des Maßes der Nutzung und Einhaltung der überbaubaren Grundstücksflächen sowie sonstige Merkmale der baulichen Anlage (z.B. Gestaltung)

Bezüglich aller anderen Merkmale einer baulichen Nutzung kommt es dann darauf an, ob sich ein Vorhaben in die nähere Umgebung einfügt.

Als „**nähere Umgebung**“ kommen zunächst, aber nicht nur die unmittelbaren Nachbargrundstücke in Betracht (BVerwG, NJW 1975, 460). Vielmehr muss die nähere Umgebung insoweit berücksichtigt werden, als sich die Ausführung des Vorhabens auf sie auswirken kann und soweit die Umgebung ihrerseits den bodenrechtlichen Charakter des Baugrundstücks prägt oder doch beeinflusst (BVerwGE 55, 369/380).

Die „**Eigenart**“ der näheren Umgebung wird vor allem durch die vorhandene Bebauung geprägt. Es ist somit auf die städtebauliche Eigenheit abzustellen, durch die die Umgebung gekennzeichnet ist, also auf alles „Vorhandene“, sofern es nur prägende Wirkung hat (vgl. Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr, 10. Auf. 2007, § 34 BauGB Rn. 13/14).

IV. Ausnahmen

1. Unzulässigkeit trotz Einfügens, § 34 III BauGB

Trotz Einfügen in die nähere Umgebung ist ein Vorhaben im unbeplanten Innenbereich dann planungsrechtlich unzulässig, wenn es schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche der Gemeinde oder anderer Gemeinden hat (sog. Einkaufszentren auf der grünen Wiese).

2. Zulässigkeit trotz Nichteinfügens, § 34 IIIa BauGB

Zur Erweiterung von zulässigen Gewerbe- und Handwerksbetrieben, sofern dies städtebaulich vertretbar und unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist (Vgl. § 31 II BauGB). Dies gilt jedoch nicht für Einzelhandelsbetriebe, die die verbrauchernahe Versorgung der Bevölkerung beeinträchtigen oder schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden haben können.

V. Sicherung der Erschließung

Schließlich setzt die planungsrechtliche Zulässigkeit stets voraus, dass die Erschließung gesichert ist. Hierzu gehört zumindest

- der Anschluss an das öffentliche Verkehrsnetz
- Versorgung mit Energie
- Versorgung mit Wasser
- Entsorgung der Abwässer. (vgl. BVerwGE 64, 186)

Gesichert ist die Erschließung, sobald nach den objektiven Kriterien nach aller Erfahrung damit gerechnet werden kann, dass die Erschließungsanlagen spätestens bis zur Fertigstellung der baulichen Anlage zur Verfügung stehen (vgl. BVerwG, DVBl. 1977, 41 [43]; DVBl. 1986, 685).

B. Bestimmung des Bebauungszusammenhangs im unbeplanten Innenbereich (vgl. BVerwG in ZfBR 2015, 778)

Fall: Die Kl. begehrte einen bauplanungsrechtlichen Vorbescheid für die Errichtung von zwei Einfamilienhäusern und zehn Doppelhaushälften in zweigeschossiger Bauweise für ein Grundstück in NRW. Die Vorhabengrundstücke liegen in einem Straßengeviert, das straßenseitig überwiegend mit ein- bis dreigeschossigen Wohnhäusern, landwirtschaftlichen Hofstellen sowie gartenbaulich oder gewerblich genutzten Gebäuden in offener Bauweise bebaut ist. Im Inneren des Gevierts befinden oder befanden sich großflächige Gewächshäuser, die sich an die Straßenrandbebauung anschließen, sowie gartenbaulich oder landwirtschaftlich genutzte Freiflächen. Ein Bebauungsplan existierte zunächst nicht.

Die Bekl. lehnte den beantragten Bauvorbescheid ab mit der Begründung, dass es in der von der Kl. geplanten Bautiefe bislang nur unbebaute Flächen oder Bebauung mit Gewächshäusern gebe, die für den Außenbereich prägend seien. Das nicht privilegierte Vorhaben beeinträchtige öffentliche Belange. Es

widerspreche den Darstellungen des Flächennutzungsplans und lasse zudem die Entstehung einer Splittersiedlung befürchten. Die hiergegen gerichtete Klage wurde vom VG mit der Begründung abgelehnt, das Hintergelände nehme trotz der vorhandenen Gewächshäuser nicht am Bebauungszusammenhang der Straßenrandbebauung teil, weil die dort vorhandenen Gewächshäuser nicht dem ständigen Aufenthalt von Menschen dienten. Im Berufungsverfahren hat das OVG Münster dieses Urteil aufgehoben und der Klage stattgegeben. Zu Recht?

Nach § 71 I BauO NW kann vor Einreichung des Bauantrages zu Fragen des Bauvorhabens ein Bescheid (**Vorbescheid**) beantragt werden. Hier geht es um die planungsrechtliche Zulässigkeit der Vorhaben.

Die **planungsrechtliche Zulässigkeit** von Vorhaben ist, sofern ein **Bebauungsplan** erlassen wurde, gem. § 30 BauGB nach dessen Festsetzungen zu prüfen. Ein solcher liegt hier nicht vor. Insofern stellt sich die Frage, ob die betreffenden Grundstücke im **unbeplanten Innenbereich** liegen und sich die planungsrechtliche Zulässigkeit nach § 34 BauGB richtet oder ob es sich um **Außenbereichsgrundstücke** handelt, für welche § 35 BauGB einschlägig ist.

Die Anwendung des § 34 BauGB setzt nach § 34 I 1 BauGB voraus, dass sich die Grundstück in einem **im Zusammenhang bebauten Ortsteil** befinden.

I. Begriff des Bebauungszusammenhangs

Fraglich ist, wie dieser Bebauungszusammenhang zu bestimmen ist.

*„Die Tatbestandsmerkmale „im Zusammenhang bebaut“ und „Ortsteil“ gehen nicht ineinander auf, sondern sind **kumulativer Natur** (BVerwG Ur. v. 19.04.2012 – 4 C 10.11, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 386 Rn. 13 m.w.N.).*

*„Ortsteil“ im Sinne von § 34 I 1 BauGB ist jeder **Bebauungskomplex** im Gebiet einer Gemeinde, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein **gewisses Gewicht** besitzt und **Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur** ist.*

*Ein „**Bebauungszusammenhang**“ ist gegeben, soweit die aufeinanderfolgende Bebauung trotz vorhandener Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt (zusammenfassend BVerwG Ur. v. 06.11.1968 – 4 C 2.66, BVerwGE 31, 20, 21 f.; siehe auch Ur. v. 01.12.1972 – 4 C 6.71, BVerwGE 41, 227, 233).“ (BVerwG aaO.)*

II. Bestimmung des Bebauungszusammenhangs

Die straßenseitig errichteten Wohn- und Betriebsgebäude stehen ohne weiteres in einem Bebauungszusammenhang stehen und haben Ortsteilqualität hat. Fraglich ist jedoch, ob die Vorhabengrundstücke dem Bebauungszusammenhang der Straßenrandbebauung zuzurechnen sind, mithin, ob sie „innerhalb“ dieses im Zusammenhang bebauten Ortsteils liegen.

*„Ein Grundstück fällt nicht bereits deshalb unter § 34 I BauGB, weil es von einer zusammenhängenden Bebauung umgeben ist. Erforderlich ist vielmehr, dass das **Grundstück selbst einen Bestandteil des Zusammenhangs** bildet, selbst also an dem Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit teilnimmt (BVerwG Ur. v. 01.12.1972 – 4 C 6.71, BVerwGE 41, 227, 234). Fehlt es hieran, so liegt das Grundstück zwar geographisch, nicht jedoch auch im Sinne des § 34 I BauGB „innerhalb“ eines Bebauungszusammenhangs. Mögliche **Bestandteile eines Bebauungszusammenhangs** sind nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. BVerwG Ur. v. 01.12.1972 – 4 C 6.71, aaO. S. 233 m.w.N.)*

- *erstens **bebaute Grundstücke**, soweit die darauf befindliche Bebauung geeignet ist, den Bebauungszusammenhang selbst herzustellen oder an seiner Entstehung mitzuwirken.*
- *Zweitens können auch **unbebaute Grundstücke** dem Bebauungszusammenhang angehören, wenn es sich um eine **Baulücke im engeren Sinne des Wortes** handelt, d.h. um ein zwar unbebautes, aber bebauungsfähiges Grundstück, das trotz der fehlenden Bebauung den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit der umgebenden Bebauung nicht stört; dem Fall eines unbebauten Grundstücks gleichzustellen sind Grundstücke mit baulichen Anlagen, die selbst nicht geeignet sind, den Bebauungszusammenhang herzustellen oder an seiner Entstehung mitzuwirken (BVerwG Beschl. v. 02.08.2001 – 4 B 26.01, ZfBR 2002, 69). Bestandteil des Bebauungszusammenhangs können*
- *drittens auch **freie Flächen** sein, die **wegen ihrer natürlichen Beschaffenheit** oder wegen ihrer **besonderen Zweckbestimmung** einer Bebauung entzogen sind.“ (BVerwG aaO.)*

1. Herstellung des Bebauungszusammenhangs durch die bebauten Grundstücke selbst

a) Anzuwendende Kriterien

Fraglich ist, nach welchen Kriterien zu beurteilen ist, welche vorhandene Bebauung geeignet ist, den Bebauungszusammenhang selbst herzustellen oder an seiner Entstehung mitzuwirken.

„[Diese Maßstäbe] sind in der Rechtsprechung des Senats im Grundsatz geklärt (BVerwG Beschl. v. 02.04.2007 – 4 B 7.07, ZfBR 2007, 480). Maßgeblich ist die **tatsächlich vorhandene Bebauung**. Die Gründe für deren Genehmigung sind unerheblich (BVerwG Beschl. v. 23.11.1998 – 4 B 29.98, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 192 und v.02.04.2007 – 4 B 7.07, ZfBR 2007, 480 = juris Rn. 4). Deshalb können **auch Gebäude**, die nach § 35 I Nr. 1 BauGB **im Außenbereich privilegiert** zulässig oder zugelassen worden sind, zur Entwicklung eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils beitragen. Es kommt **weder** auf die **Zweckbestimmung noch** auf die **Entstehungsgeschichte** der vorhandenen Bebauung an.

„**Bebauung**“ im Sinne des § 34 I 1 BauGB ist indes **nicht jede beliebige bauliche Anlage**. Den Bebauungszusammenhang selbst herstellen oder zu seiner Entwicklung beitragen können nur Bauwerke, die **optisch wahrnehmbar** sind und ein **gewisses Gewicht** haben, so dass sie geeignet sind, ein Gebiet als einen Ortsteil mit einem bestimmten Charakter zu prägen (BVerwG Ur. v. 14.09.1992 – 4 C 15.90, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 152 S. 67). Der Senat hat hieraus gefolgert, dass zur „Bebauung“ im Sinne des § 34 I 1 BauGB grundsätzlich nur **Bauwerke** gehören, die dem **ständigen Aufenthalt von Menschen** dienen (BVerwG Beschl. v. 02.03.2000 – 4 B 15.00, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 198 S. 16 und v. 02.04.2007 – 4 B 7.07, ZfBR 2007, 480 = juris Rn. 5 sowie Ur. v. 19.04.2012 – 4 C 10.11, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 386 Rn. 13 m.w.N.). Baulichkeiten, die **nur vorübergehend genutzt** werden oder in einem weiteren Sinne **„Nebenanlagen“** zu einer landwirtschaftlichen, (klein-)gärtnerischen oder sonstigen Hauptnutzung sind, sind **in aller Regel keine Bauten**, die für sich genommen ein für die Siedlungsstruktur prägendes Element darstellen (BVerwG Ur. v. 17.02.1984 – 4 C 55.81, Buchholz 406.11 § 34 BBauG Nr. 97 S. 34 und Beschl. v. 10.07.2000 – 4 B 39.00, Buchholz 406.11 BauGB § 34 Nr. 201 und v. 11.07.2002 – 4 BN 30.02, ZfBR 2002, 808; zuletzt Ur. v. 19.04.2012 aaO.) Darüber, wo die Grenze des Bebauungszusammenhangs verläuft, ist nicht nach geographisch-mathematischen Maßstäben, sondern aufgrund einer umfassenden, die gesamten örtlichen Gegebenheiten erschöpfend würdigenden Wertung und Bewertung des konkreten Sachverhalts zu entscheiden.“ (BVerwG aaO.)

b) Anwendung auf den Fall

Es kommt daher für den vorliegenden Sachverhalt darauf an, ob die Gewächshäuser geeignet sind, dem Gebiet ein bestimmtes Gepräge zu verleihen.

„Der Senatsrechtsprechung (BVerwG Beschl. v. 02.04.2007 – 4 B 7.07, ZfBR 2007, 480 = juris Rn. 5 f.) lässt sich zwar die Formulierung entnehmen, dass **auch landwirtschaftlichen oder erwerbsgärtnerischen Zwecken dienende Betriebsgebäude** zu den Bauwerken gehören können, die dem ständigen Aufenthalt von Menschen dienen.“ (BVerwG aaO.)

Fraglich ist, ob hierunter auch Gewächshäuser gefasst werden können.

„Der Senat hat [Gewächshäuser] ...den landwirtschaftlich oder erwerbsgärtnerisch genutzten Betriebsgebäuden gegenübergestellt. Bereits daraus lässt sich ersehen, dass **Gewächshäuser** – unabhängig davon, in welcher Intensität die in den Gewächshäusern stattfindende gartenbauliche Produktion einer Pflege und Kultivierung durch Menschen bedarf – als von Menschen **nur vorübergehend genutzte Baulichkeiten** einzustufen sind mit der Folge, dass sie für sich genommen in aller Regel **kein für die Siedlungsstruktur prägendes Element** darstellen.

Gewächshäuser [sind] nur **Nebenanlagen zur erwerbsgärtnerischen Hauptnutzung** sind und auch aus diesem Grunde für den Bebauungszusammenhang **grundsätzlich nicht maßstabsbildend** sein können. Gewächshäuser, die nur eine der erwerbsgärtnerischen Hauptnutzung dienende Hilfsfunktion aufweisen, scheiden auch aus diesem Grunde in aller Regel als maßstabsbildende und damit den Bebauungszusammenhang selbst herstellende Bebauung aus.“ (BVerwG aaO.)

Die Berücksichtigung der Gewächshäuser, räumt man ihnen prägenden Charakter ein, würde zudem zu nicht hinnehmbaren Ergebnissen führen.

„[Die] Siedlungsstruktur der Straßenrandbebauung [verlore] jedenfalls hinsichtlich des **Maßes der baulichen Nutzung**, der **Bauweise** und der **überbaubaren Grundstücksfläche** jede Kontur, wenn die vorhandenen Gewächshäuser mit einer Länge von bis zu 95 m für den städtebaulichen Charakter des Gebiets als prägend erachtet würden und deshalb für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit künftiger Bauvorhaben maßstabsbildend wären.

Mit den Begriffen der „Bauwerke, die dem ständigen Aufenthalt von Menschen dienen“ und der „Hauptanlagen“ hat der Senat lediglich Hilfskriterien formuliert, anhand derer die maßstabsbildende Kraft eines Bauwerks „in aller Regel“ beurteilt werden kann. **Letztmaßgeblich** bleiben aber die **Umstände des Einzelfalls**. Zutreffend hat sich das OVG deshalb mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Gewächshäuser geeignet sind, dem Gebiet ein bestimmtes städtebauliches Gepräge zu verleihen. Indes lässt das bei dieser Prüfung gewonnene Ergebnis wiederum auf eine Verkennung bundesrechtlicher Maßstäbe schließen. Das **Erfordernis der prägenden Wirkung** erklärt sich aus der planerisierenden Maßstabsfunktion der vorhandenen Bebauung für die Zulässigkeit von Vorhaben im unbeplanten Innenbereich: Was sich im Sinne des § 34 I 1 BauGB nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die **Eigenart der näheren Umgebung** einfügt, lässt sich im unbeplanten Innenbereich mangels planerischer Festsetzungen nur anhand eines durch die Umgebungsbebauung gebildeten Rahmens beurteilen. Der **innere Grund** für die Rechtsfolge des § 34 BauGB liegt darin, dass die nach der Siedlungsstruktur **angemessene Fortentwicklung der Bebauung eines Bereichs** zugelassen werden soll (BVerwG Urt. v. 14.09.1992 – 4 C 15.90, Buchholz 406.11 § 34 BauGB S. 67 sowie Beschl. v. 02.03.2000 – 4 B 15.00, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 198 S. 16). Folglich können auch **nur solche Bauwerke** dem im Zusammenhang bebauten Ortsteil im Sinne des § 34 I 1 BauGB **zugerechnet** werden, die für eine nach der vorhandenen Siedlungsstruktur **angemessene Fortentwicklung** der Bebauung **maßstabsbildend** sind.“ (BVerwG aaO.)

Die Annahme des OVG, das Vorhaben liege innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils im Sinne des § 34 I BauGB, weil die sich an die straßenseitig errichteten Wohn- und Betriebsgebäude an schließenden großflächigen Gewächshäuser in Höhe der Vorhabengrundstücke einen Gebäudekomplex bildeten, der den Eindruck einer durchgehenden Bebauung zwischen den beiden das Geviert nach Osten und Westen begrenzenden Straßen vermittele, verletzt Bundesrecht.

2. Bebauungszusammenhang durch unbebaute Grundstücke oder Freiflächen

„Die tatsächlichen Feststellungen des OVG reichen nicht aus, um beurteilen zu können, ob sich das Berufungsurteil aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 144 IV VwGO). Auf der Grundlage dieser Feststellungen kann der Senat auch nicht in der Sache selbst entscheiden. Das angegriffene Berufungsurteil war deshalb, soweit mit der Revision angegriffen, aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 144 III 1 Nr. 2 VwGO).“ (BVerwG aaO.)

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
§ 249 II 1

Reparaturkosten über Wiederbeschaffungswert Vollständige und fachgerechte Reparatur

SR BT

(BGH in NJW 2015, 2958; Urteil vom 02.06.2015 – VI ZR 387/14)

Fall: Die Kl. macht Schadensersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall vom 02.10.2012 geltend, für den die Instandspflicht der Bekl. außer Streit steht. Der vorgerichtlich mit der Schätzung des Sachschadens an dem Pkw der Kl., einem Mercedes Benz C 200 D, beauftragte Sachverständige S ermittelte die Reparaturkosten mit 2.973,49 € brutto, den Wiederbeschaffungswert mit 1.600 € und den Restwert mit 470 €. Die Kl. ließ den Pkw in der Zeit vom 04. bis 13.10.2012 reparieren. Die Reparatur, bei der auch Gebrauchteile verwendet wurden, kostete 2.079,79 €. Die Bekl. zu 2 regulierte den Schaden als wirtschaftlichen Total Schaden auf der Grundlage des Wiederbeschaffungsaufwands und zahlte an die Kl. einen Betrag von 1.130 €. Die Kl. verlangt weitere 949,79 €. Zu Recht?

I. Rechtsprechung des BGH zum Anspruch auf Ersatz von Reparaturkosten über Wiederbeschaffungswert

„Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats kann in Abweichung von dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 249 II 1 BGB Ersatz des Reparaturaufwands (Reparaturkosten zuzüglich einer etwaigen Entschädigung für den merkantilen Minderwert) **bis zu 30 % über dem Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs nur verlangt werden, wenn die Reparatur fachgerecht und in einem Umfang durchgeführt wird, wie ihn der Sachverständige zur Grundlage seiner Kostenschätzung gemacht hat** (vgl. Senat, BGHZ 162, 161 [167 ff.] = NJW 2005, 1108; BGHZ 181, 242 = NJW 2009, 3022 Rn. 15; NJW 2007, 2917 = VersR 2007, 1244 Rn. 7; NJW-RR 2010, 377 = VersR 2010, 363 Rn. 6; NJW 2011, 669 = VersR 2011, 282 Rn. 8; NJW 2011, 1435 = VersR 2011, 547 Rn. 7 und NJW 2012, 52 = VersR 2012, 75 Rn. 5).

Die Instandsetzung eines beschädigten Fahrzeugs ist **in aller Regel wirtschaftlich unvernünftig**, wenn die (voraussichtlichen) Kosten der Reparatur – wie hier – mehr als 30 % über dem Wiederbeschaffungswert liegen (vgl. Senat, NJW 2011, 1435). In einem solchen Fall, in dem das Kraftfahrzeug nicht mehr reparaturwürdig ist, kann der Geschädigte vom Schädiger **grundsätzlich nur Ersatz der für die Beschaffung eines gleichwertigen Fahrzeugs erforderlichen Kosten**, also den Wiederbeschaffungswert abzüglich des Restwerts, verlangen. Lässt der Geschädigte sein Fahrzeug dennoch reparieren, so können die Kosten nicht in einen vom Schädiger ausgleichenden wirtschaftlich vernünftigen (bis zu 130 % des Wiederbeschaffungswerts) und einen vom Geschädigten selbst zu tragenden wirtschaftlich unvernünftigen Teil aufgespalten werden (vgl. Senat, BGHZ 115, 375 [378 ff.] = NJW 1992, 305; NJW 2007, 2917 und NJW 2011, 1435 Rn. 6).“ (BGH aaO.)

II. Maßstab für Höhe der Reparaturkosten zur Berechnung der 130 %-Grenze

Die Reparaturkosten laut Gutachten liegen mehr als 30 % über dem Wiederbeschaffungswert. Die Grenze wäre ein Betrag von 2.080,00 €, die bei den kalkulierten Reparaturkosten überschritten wird. Allerdings liegen die tatsächlichen Reparaturkosten geringfügig unter dieser Grenze. Fraglich ist, ob dies maßgeblich ist.

„[Der] erkennende Senat [hat] entschieden, dass jedenfalls in Fällen, in denen die vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten über der 130 %-Grenze liegen, es **dem Geschädigten aber – auch unter Verwendung von Gebrauchteilen – gelungen ist, eine nach Auffassung des sachverständig beratenen BerGer. fachgerechte und den Vorgaben des Gutachtens entsprechende Reparatur durchzuführen, deren Kosten unter Berücksichtigung eines merkantilen Minderwerts den Wiederbeschaffungswert nicht übersteigen**, dem Geschädigten aus dem Gesichtspunkt des Wirtschaftlichkeitsgebots eine Abrechnung der konkret angefallenen Reparaturkosten nicht verwehrt werden kann (Senat, NJW 2011, 669).“ (BGH aaO.)

III. Anwendung auf den Fall

„Denn nach den Feststellungen des BerGer. ist die Reparatur im Streitfall bereits nicht vollständig nach den Vorgaben des Sachverständigen S erfolgt. Zwar stünde die **Verwendung altersentsprechender und funktionsfähiger Gebrauchteile** einer vollständigen und fachgerechten Reparatur nach der vorgenannten Senatsrechtsprechung nicht grundsätzlich entgegen. Nach den getroffenen Feststellungen ist jedoch der vom Sachverständigen S vorgesehene **Austausch weiterer Zierleisten und des Kniestücks hinten links nicht erfolgt**. Insoweit hilft es der Kl. auch nicht, dass nach dem Gutachten des Gerichtssachverständigen C „**keine optischen Mängel**“ vorhanden waren. Denn es kommt nicht darauf an, ob die verbliebenen Defizite optisch nicht stören. Vielmehr kommt es im Rahmen der Vergleichsbetrachtung allein auf den erforderlichen, das heißt nach objektiven Kriterien zu beurteilenden und deshalb auch unschwer nachzuprüfenden Reparaturaufwand an (vgl. Senat, NJW 2007, 2917 = VersR 2007, 1244 Rn. 10 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Es besteht daher kein weiterer Zahlungsanspruch.

BGB
§§ 633 II 1, 634 Nr. 1

Überprüfung von Mängelrügen Voraussetzungen für Kostentragungspflicht bei Unbegründetheit

SR BT

(OLG Koblenz in NJW 2015, 1967; Hinweisbeschluss vom 04.03.2015 – 3 U 1042/14)

Fall: Die Kl., ein Fachbetrieb für Elektroinstallation wird im Rahmen von Mängelansprüchen vom Auftraggeber in Anspruch genommen. Auf die Mängelrüge erklärt er sich bereit, eine örtliche Überprüfung vorzunehmen, kündigt jedoch an, dass bei Nichterweislichkeit von Mängeln die Überprüfungskosten in Rechnung gestellt werden. Widerspreche der Kunde nicht binnen 3 Tagen, gehe man von seinem Einverständnis aus.

Bei der Überprüfung werden keine Mängel festgestellt. Muss der Auftraggeber die Überprüfungskosten tragen?

I. Grundsätzliche Kostenfreiheit für Nacherfüllung

„Grundsätzlich hat der Auftragnehmer, wenn der Auftraggeber die Mängelbeseitigung verlangt, den Auftrag kostenlos auszuführen. Denn der Auftraggeber kann die **Beseitigung des Mangels gem. §§ 633 II 1, 634 Nr. 1 BGB** verlangen, wenn der

Auftragnehmer eine Werkleistung mangelhaft erbracht hat (BGH, NJW 2010, 3649 = NZBau 2011, 27 = ZfBR 2011, 33 Rn. 23). Die **Überprüfung** bzw. Mängelbeseitigung wird der Auftragnehmer in der Regel schon **im eigenen Interesse vornehmen**, um beispielsweise ansonsten drohenden Ansprüchen aus einer Ersatzvornahme zu entgehen.“ (OLG Koblenz aaO.)

II. Kein Abschluss der Kostentragungspflicht

„Das bedeutet jedoch nicht, dass der Auftragnehmer in jedem Falle auch die Kosten der Überprüfungsmaßnahme zu tragen hat. Ergibt die Überprüfung ... die **Mangelfreiheit des Werks**, kann diese Kostentragungspflicht nach Auffassung des Senats nicht schlechthin den Auftragnehmer treffen. Will der Auftragnehmer für diese Arbeiten eine Vergütung, weil er sich für den Mangel nicht verantwortlich sieht und deshalb eine Mängelbeseitigungsverpflichtung nicht anerkennt, muss er aber **unzweideutig zum Ausdruck bringen**, dass er die **Arbeiten nicht als kostenlose Mängelbeseitigung** durchführt (OLG Celle, BauR 2003, 265 = BeckRS 2002, 15183).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass es **nach der Abnahme grundsätzlich Aufgabe des Auftraggebers** ist, eine Mangelhaftigkeit der Werkleistung aufzuklären. Der Auftragnehmer muss ihn dabei zwar unterstützen, wenn er auf Grund einer Mängelanzeige mit der Prüfung seines Werks beauftragt worden ist. Stellt sich dann aber heraus, dass die Mangelursache nicht im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers liegt, kann ein **Aufwendungsersatzanspruch aus einem bedingt erteilten Auftrag oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag** in Betracht kommen (vgl. Kniffka, FS Heiermann, 1995, 201 [205 f.]).“ (OLG Koblenz aaO.)

III. Anwendung auf den Fall

„Vorliegend steht der Kl. ein **vertraglicher Vergütungsanspruch** für ihre Arbeiten zur Feststellung der Gründe für die gerügten Mängel ... zu, nachdem sie der Bekl. gegenüber zuvor in den jeweils auf die Mängelrügen folgenden Schreiben **klar zum Ausdruck** gebracht hat, dass sie eine **Kostenerstattung für die Überprüfung** einschließlich der Fahrtkosten in Rechnung stellt, falls sich herausstellen sollte, dass die gerügten Mängel nicht vorhanden sind oder aber auf von ihr nicht zu vertretenden Gründen beruhen.

Die Bekl. hat auf diese Schreiben nicht geantwortet. Die Berufung weist zwar zu Recht darauf hin, dass ein **Schweigen grundsätzlich keine Zustimmung** darstellt. Die Bekl. hat aber die Überprüfungen durch die Kl. vornehmen lassen. Sie hat damit in schlüssiger Weise zu erkennen gegeben (§§ 133, 157 BGB), dass sie den in dem Begehren der Kl. liegenden **Antrag auf Abschluss eines (bedingten) Werkvertrags** annehmen wollte. Gegenteiliges hat sie auch während der Überprüfungsarbeiten an den verschiedenen Terminen nicht zum Ausdruck gebracht. Es liegt daher ein konkludenter Vertragsschluss vor (OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.05.2003 – 17 U 193/02, BeckRS 2003, 30318179; allgemein zur Frage, welche Ansprüche einem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber zustehen, wenn er zu Unrecht auf Mängelbeseitigung in Anspruch genommen wird und ihm dadurch Kosten entstanden sind: OLG Celle, BauR 2003, 265 = BeckRS 2002, 15183; LG Hamburg, NJW-RR 1992, 1301; Kniffka, FS Heiermann, 201; Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, Neubearb. 2008, § 635 Rn. 5; Voit in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 635 Rn. 6).“ (OLG Koblenz aaO.)

UWG
§ 4 Nr. 1

Schufa-Hinweis in Mahnung Anforderungen an Rechtmäßigkeit

ZivilR

(BGH in BB 2015, 2579; Urteil vom 19.03.2015 – I ZR 157/13)

Ein in der Mahnung eines Mobilfunkunternehmens erfolgter Hinweis auf die **bevorstehende Übermittlung der Daten des Schuldners an die SCHUFA** steht nur im Einklang mit der Bestimmung des § 28a I 1 Nr. 4 BDSG, wenn **nicht verschleiert** wird, dass ein **Bestreiten der Forderung durch den Schuldner selbst ausreicht**, um eine Übermittlung der Schuldnerdaten zu verhindern.

Nach § 4 Nr. 1 UWG handelt unlauter, wer geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher durch Ausübung von Druck oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen. Hier könnten die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher einer aggressiven Geschäftspraktik vorliegen, indem der Tatbestand einer Nötigung verwirklicht wird.

I. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit eines Verbrauchers

„Nach der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung der Bestimmung liegt eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher nur vor, wenn der Handelnde diese Freiheit gemäß Art. 8 und 9 der Richtlinie 2005/29 EG über **unlautere Geschäftspraktiken durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung** im Sinne des Art. 2 Buchst. j der Richtlinie erheblich beeinträchtigt. Bei der Feststellung, ob im Rahmen einer Geschäftspraxis das Mittel der unzulässigen Beeinflussung eingesetzt wird, ist darauf abzustellen, ob **drohende oder beleidigende Formulierungen** oder Verhaltensweisen verwendet werden oder der Gewerbetreibende die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers bewusst dadurch beeinflusst, dass er **konkrete Unglückssituationen oder Umstände von solcher Schwere ausnutzt**, die das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen. Dies setzt voraus, dass die beanstandete geschäftliche Handlung geeignet ist, die Rationalität der Entscheidung der angesprochenen Verbraucher vollständig in den Hintergrund treten zulassen (vgl. BGH, Urteil vom 03.04.2014 - I ZR 96/13, GRUR 2014, 1117 Rn. 26 f. = WRP 2014, 1301 Zeugnisaktion, m.w.N. [K&R 2014, 730]).“ (BGH aaO.)

II. Nötigung

„Die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Nötigung (vgl. auch Ressmann/Serr, NJOZ 2013, 481, 483 f. m.w.N.) und damit einer aggressiven Geschäftspraktik im Sinne von Art. 8 und Art. 9 der Richtlinie 2005/29/EG liegen vor. Das Berufungsgericht ist ... zutreffend davon ausgegangen, dass die **Übermittlung von für die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers relevanten Daten an die SCHUFA** erhebliche Nachteile für den Verbraucher mit sich bringen kann und daher ein empfindliches Übel darstellt. Dadurch, dass das von der Beklagten beauftragte Inkassounternehmen für den Fall einer nicht fristgerechten Zahlung eine Übermittlung solcher Daten ankündigt, **stellt sie ein künftiges Übel in Aussicht, auf dessen Eintritt sie Einfluss zu haben vorgibt**.“ (BGH aaO.)

Das Risiko eines Eintrags bei der SCHUFA steht in den Augen des Betroffenen außer Verhältnis zu den vergleichsweise kleinen Forderungen der Beklagten. Es ist die Gefahr gegeben, dass Verbraucher **ausschließlich aus Furcht vor der SCHUFA-Eintragung** zahlen würden.

III. Ausschluss der Unangemessenheit der Beeinflussung wegen § 28a I BDSG

Nach dieser Bestimmung ist die Übermittlung personenbezogener Daten über eine Forderung an Auskunftsteilnehmer nur zulässig, soweit die geschuldete **Leistung trotz Fälligkeit nicht erbracht** ist, die **Übermittlung** zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle oder eines Dritten **erforderlich** ist und die **weiteren** in § 28a I 1 Nr. 1 bis 5 BDSG geregelten **Voraussetzungen** vorliegen.

„Die Bestimmung des § 28a I 1 Nr. 4 Buchst. a bis d BDSG die vorliegend allein in Betracht kommt verlangt, dass der Betroffene nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung **mindestens zweimal schriftlich gemahnt** worden ist (Buchst. a), zwischen der ersten Mahnung und der Übermittlung **mindestens vier Wochen** liegen (Buchst. b), die verantwortliche Stelle den Betroffenen rechtzeitig vor der Übermittlung der Angaben, jedoch frühestens bei der ersten Mahnung über die bevorstehende Übermittlung unterrichtet hat (Buchst. c) und der **Betroffene die Forderung nicht bestritten hat** (Buchst. d).

[Der] mit der dem Datenschutz **dienenden Hinweispflicht** gemäß § 28a I 1 Nr. 4 Buchst. c BDSG [ist] dem Gläubiger **kein Druckmittel** in die Hand gegeben worden, Schuldner zur Begleichung von eventuell sogar fragwürdigen Forderungen zu veranlassen (vgl. Bull. ZRP 2008, 233, 236). Mit den in § 28a I 1 Nr. 4 BDSG geregelten Anforderungen an die Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten wollte der Gesetzgeber vielmehr sicherstellen, dass der Betroffene vor der Meldung der Forderung an eine Auskunftsteilnehmer ausreichende Gelegenheit erhält, die Forderung zu begleichen oder das Bestehen der Forderung zu bestreiten (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/10529, S. 14). Die **Unterrichtung des Betroffenen** soll deshalb nicht nur die erforderliche Transparenz im Hinblick auf die bevorstehende Datenübermittlung herstellen. Sie **dient auch dazu**, dem Betroffenen, der die geltend gemachte Forderung für unbegründet hält und deshalb keine Veranlassung sieht, auf die Mahnungen zu reagieren, **an seine Obliegenheit zu erinnern, die Forderung zu bestreiten, um eine Datenübermittlung zu verhindern** (vgl. Kamp in BeckOK, Datenschutzrecht, Stand 01.02.2015, § 28a Rn. 91).“ (BGH aaO.)

Diesen Anforderungen wird nur eine Unterrichtung gerecht, mit der nicht verschleiert wird, dass ein Bestreiten der Forderung durch den Schuldner selbst ausreicht, um eine Übermittlung der Schuldnerdaten an die SCHUFA zu verhindern. Eine solche Unterrichtung ist jedoch nicht erfolgt.

„Die in dem Mahnschreiben verwendete Formulierung, wonach die Beklagte verpflichtet sei, der SCHUFA **„die unbestrittene Forderung“** mitzuteilen, ist nicht ausreichend, um dem in der Regel juristisch nicht vorgebildeten Adressaten zu verdeutlichen, **er habe es in der Hand, durch ein einfaches Bestreiten** der Forderung den angedrohten SCHUFA-Eintrag zumindest zunächst abzuwenden. Für erhebliche Teile des Verkehrs werde mit der Wendung **„unbestrittene Forderung“** nicht eine Forderung beschrieben, die der Schuldner selbst nicht bestritten habe. Der Verbraucher müsse nicht wissen, wann eine Forderung **„unbestritten“** sei. Der Begriff könne von einem juristischen Laien dahingehend verstanden werden, die Berechtigung der Forderung sei aus Sicht der Beklagten nicht bestreitbar oder die Forderung sei von einer wie auch immer gearteten Aufsichtsbehörde nicht beanstandet worden.“ (BGH aaO.)

WEG
§§ 13, 14

Hautür-Abschließpflichten zur Nachtzeit „Panikschloss“-System

SR BT

(LG Frankfurt am Main in NJW-RR 2015,968; Urteil vom 12.05.2015 – 2-13 S 127/12)

Fall: Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. In der Eigentümerversammlung vom 21.05.2011 haben die Wohnungseigentümer beschlossen, § 4.7 der Hausordnung wie folgt zu ändern:

TOP 10. Im allgemeinen Interesse ist die Haustür in der Zeit von 22 Uhr abends bis 6 Uhr morgens verschlossen zu halten.

A ist hiermit nicht einverstanden und hat gegen den Beschluss geklagt.

Mit dem angefochtenen Beschluss wurde die Hausordnung geändert. Er müsste ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen.

„Eine **Hausordnung** enthält im Wesentlichen **Verhaltensvorschriften**, mit denen der **Schutz des Gebäudes**, die Aufrechterhaltung von **Sicherheit und Ordnung** und die **Erhaltung des Hausfriedens** sichergestellt werden soll, wobei insbesondere die §§ 13, 14 WEG, das öffentliche Recht und die Verkehrssicherungspflichten zu beachten sind. Dabei müssen die Regelungen der Hausordnung ordnungsgemäßer Verwaltung i.S.d. § 21 III WEG und einem ordnungsgemäßen Gebrauch i.S.d. § 15 II WEG entsprechen (vgl. nur LG München I, ZWE 2013, 413 = BeckRS 2013, 09835 m.w.N.).“ (LG Frankfurt aaO.)

Bei einer Ergänzung der Hausordnung sind die schutzwürdigen Belange der Wohnungseigentümer zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen (Merle in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 21 Rn. 81).

„Diese Abwägung führt dazu, dass auch unter **Berücksichtigung des Sicherheitsbedürfnisses** der beklagten übrigen Wohnungseigentümer die angefochtene Regelung nicht ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht. **Das Abschließen der Hauseingangstür führt zu einer erheblichen Gefährdung der Wohnungseigentümer und ihrer Besucher.** Durch das Abschließen der Haustür ist ein **Verlassen des Gebäudes im Brandfalle oder in einer anderen Notsituation** nur möglich, wenn ein Schlüssel mitgeführt wird. Dieses schränkt die Fluchtmöglichkeit erheblich ein, da es auf der Hand liegt, dass **gerade in Paniksituationen nicht sichergestellt** ist, dass jeder Wohnungseigentümer und jeder Besucher der Wohnungseigentumsanlage bei der Flucht einen **Haustürschlüssel griffbereit** mit sich führt, so dass sich eine abgeschlossene Haustür im Brand- oder in einem sonstigen Notfall als tödliches Hindernis erweisen kann. Demzufolge wird auch **überwiegend in Rechtsprechung und Literatur** – zu der vergleichbaren mietrechtlichen Thematik – eine Regelung dahingehend, dass die Haustür verschlossen ist, **in Mietverträgen als unzulässig angesehen** (vgl. Eissenschmid in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl. 2013, § 535 Rn. 382; Ziebarth, NZM 2014, 621 [622]; AG Frankfurt a. M., NJW 2005, 2628 = NZM 2005, 617; a.A. LG Köln, ZMR 2014, 541 = BeckRS 2014, 02641).

Diesem Interesse steht zwar das Interesse der übrigen Wohnungseigentümer gegenüber, aus Sicherheitsgründen die Haustür geschlossen zu halten. Insoweit steht auch für die Kammer außer Frage, dass dem Sicherheitsbedürfnis durch eine geschlossene Haustür in höherem Maße als durch eine nicht verschlossene Haustür Rechnung getragen wird. Entgegen der Ansicht des AG bedarf es insoweit einer Abwägung dieser Interessen – bei der sich schon die Frage stellen dürfte, ob sie gleichwertig sind – allerdings nicht, denn diese beiden **Interessen stehen bezüglich eines Verschlusses der Haustür nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis.** Es gibt – auch dieses war Gegenstand der Eigentümerversammlung, auf welcher der angefochtene Beschluss gefasst wurde – **Haustürschließungssysteme, welche beide Interessen vereinigen, die nämlich ein Verschluss des Hauseingangs zulassen, auf der anderen Seite ein Öffnen durch flüchtende Bewohner aber ohne einen Schlüssel ermöglichen.**

Angesichts dieser Möglichkeit entspricht es jedenfalls nicht ordnungsgemäßer Verwaltung, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft beschließt, in den Nachtstunden die Haustür verschlossen zu halten und dadurch in Notsituationen Fluchtmöglichkeiten – mit gegebenenfalls tödlichem Risiko – erschwert.“ (LG Frankfurt aaO.)

Ein derartiger Beschluss überschreitet das Ermessen der Wohnungseigentümer bei der Beschlussfassung über die Hausordnung deutlich, so dass auf die Anfechtung der angefochtene Beschluss für ungültig zu erklären ist.

BGB **Außerordentliches Kündigungsrecht des Nacherben** **SR BT**
§ 573 I 1, 573d I **Bestehendes Wohnraummietverhältnis**

(BGH in FamRZ 2015, 1712; Urteil vom 01.07.2015 – VIII ZR 278/13)

1. Das Recht des Nacherben, ein vom Vorerben über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück abgeschlossenes und bei Eintritt der Nacherbfolge noch bestehendes Wohnraummietverhältnis außerordentlich unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist nach §§ 2135, 1056 II BGB zu kündigen, setzt ein berechtigtes Interesse des Nacherben an der Beendigung des Mietverhältnisses voraus (§ 573d I, § 573 I 1 BGB).
2. Dem vorgenannten Kündigungsrecht des Nacherben steht ein im Wohnraummietvertrag zwischen dem Vorerben und dem Mieter vereinbarter Ausschluss des Rechts des Vermieters zur ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses grundsätzlich nicht entgegen.
3. Dem Nacherben ist nach Treu und Glauben eine Kündigung nach §§ 2135, 1056 II BGB allerdings verwehrt, wenn er entweder unabhängig von §§ 2135, 1056 I BGB persönlich an den Mietvertrag gebunden ist oder er dem Abschluss des Mietvertrags durch den Vorerben zugestimmt hat oder der Abschluss eines für den Vermieter unkündbaren Mietvertrags über den Nacherbfall hinaus einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses entsprechen hat, so dass der Nacherbe gegenüber dem Vorerben verpflichtet gewesen wäre, dem Mietvertrag zuzustimmen.

StGB **Anspucken als Körperverletzung** **StrafR BT**
§ 223 **Hervorrufen von Brechreiz**

(BGH in FD-StrafR 2015, 372700; Beschluss vom 18.08.2015 – 3 StR 289/15)

1. Eine **körperliche Misshandlung** ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt.
2. **Seelische Beeinträchtigungen** als solche genügen nicht; nötig sind vielmehr körperliche Auswirkungen.
3. Die bloße **Erregung von Ekelgefühlen** erfüllt dieses Tatbestandsmerkmal nicht. Wird jedoch ein Brechreiz hervorgerufen, ist der Tatbestand erfüllt.

Fall: Der Angeklagte am 12.12.2014 titulierte den Kriminalhauptkommissar S. zunächst unter anderem mit den Worten "Arschloch" und "Wichser" und spuckte sodann zweimal in dessen Richtung, wobei der zweite Auswurf diesen im Gesicht traf. Dies erzeugte beim Beamten starke Ekelgefühle und Brechreiz, die bis in die Abendstunden anhielten. Das Gericht ist davon ausgegangen, dass der Angeklagte bei seinem Handeln den Zeugen [...] in dessen Ehre herabsetzen und ihn erniedrigen wollte, wobei er die bei diesem eingetretenen Ekelgefühle billigend in Kauf nahm. Liegt eine Körperverletzung vor?

*„Eine körperliche Misshandlung ist jede **üble, unangemessene Behandlung**, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 23.01.1974 - 3 StR 324/73, BGHSt 25, 277). **Seelische Beeinträchtigungen** als solche **genügen nicht**; nötig sind vielmehr körperliche Auswirkungen (vgl. BGH, Beschluss vom 11.07.2012 - 2 StR 60/12, NStZ-RR 2012, 340). Danach erfüllt vorliegend zwar nicht die bloße Erregung von Ekelgefühlen (a. A. RG, Urteil vom 30.05.1910 - 3 D 359/10, GA 58, 184, 185; dagegen schon OLG Zweibrücken, Beschluss vom 18.06.1990 - 1 Ss 238/89, NJW 1991, 240, 241), jedoch das **Hervorrufen von Brechreiz** das Tatbestandsmerkmal (vgl. zu durch Angst hervorgerufene Magenschmerzen BGH, Urteil vom 15.10.1974 - 1 StR 303/74, MDR 1975, 22; insgesamt S/S-Eser, StGB, 29. Aufl., § 223 Rn. 4).*

*Einen auf die Verursachung von Brechreiz bezogenen **Vorsatz** des Angeklagten hat die Strafkammer indes **nicht festgestellt**, weshalb die Verurteilung wegen (vorsätzlicher) Körperverletzung keinen Bestand haben kann. Den entsprechenden Schuldspruch gemäß dem Vorschlag des Generalbundesanwalts entfallen zu lassen, kommt allerdings nicht in Betracht. Selbst wenn weitere Feststellungen zu einer zumindest billigenden Inkaufnahme nicht zu erwarten wären, stünde jedenfalls eine **fahrlässige Körperverletzung** im Raum (§ 229 StGB).“ (BGH aaO.)*

StGB **Gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung** **StR BT**
§ 224 I Nr. 4 **Anwesenheit einer weiteren Person**

(BGH in FD-StrafR 2015, 372007; Beschluss vom 21.07.2015 – 3 StR 261/15)

1. Zur Erfüllung des Qualifikationstatbestandes des § 224 I Nr. 4 StGB ist die **eigenhändige Mitwirkung jedes Einzelnen** an der Verletzungshandlung **nicht erforderlich**.
2. Vielmehr genügt es, dass ein am Tatort anwesender Tatgenosse die Wirkung der Körperverletzungshandlung des Täters **bewusst in einer Weise verstärkt**, welche die **Lage des Verletzten zu verschlechtern geeignet** ist.

Fall: A und B entschlossen sich den Taxifahrer K zu überfallen. Aus diesem Grunde ließen sie sich von diesem an einen von dem A vorgegeben Ort fahren. Als das Taxi am Ziel zum Stillstand gekommen war, griff der A dem gemeinsamen Tatplan

entsprechend und seine Sitzposition hinter dem Geschädigten ausnutzend mit seinem rechten Arm von hinten um den Fahrersitz und den Geschädigten. Dabei führte er seinen Arm um dessen rechten Arm sowie die Brust herum und zog seine rechte Hand linksseitig am Hals des Geschädigten über dessen linke Schulter zu sich heran. Er zog dabei so kräftig, dass er den Geschädigten mit seinem Unterarm am Hals würgte und dieser sich nicht mehr bewegen konnte. Im weiteren Verlauf entnahm die auf dem Beifahrersitz befindliche B aus dem Portemonnaie des Geschädigten insgesamt 30 € und steckte dessen Mobiltelefon ein. Sodann entfernten sich die Angeklagten. Das LG hat A und die nicht revidierende Mitangeklagte B jeweils wegen Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt. Zur Recht?

Eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 I Nr. 4 StGB setzt die gemeinschaftliche Tatbegehung hinsichtlich der Körperverletzung voraus. Fraglich ist, ob dies hier der Fall ist.

„Zur Erfüllung dieses Qualifikationstatbestandes ist zwar die **eigenhändige Mitwirkung jedes Einzelnen** an der Verletzungshandlung **nicht erforderlich**. Vielmehr kann es genügen, dass ein am Tatort anwesender Tatgenosse die **Wirkung der Körperverletzungshandlung des Täters bewusst in einer Weise verstärkt**, welche die **Lage des Verletzten zu verschlechtern geeignet** ist (BGH, Beschluss vom 17.07.2012 - 3 StR 158/12, BGHR StGB § 224 I Nr. 4 Gemeinschaftlich 4). **Allein die Anwesenheit einer zweiten Person, die sich passiv verhält**, erfüllt die Qualifikation jedoch noch nicht (BGH, Urteil vom 20.03.2012 - 1 StR 447/11, juris Rn. 12; MüKo-StGB/Hardtung, 2. Aufl., § 224 Rn. 34 m.w.N.). Lediglich ein solches passives Verhalten ist aber festgestellt. Die Urteilsgründe zeigen weder auf, dass die bloße Präsenz der Mitangeklagten in besonderer Weise den Geschädigten in seiner Lage beeinträchtigte, noch, dass die Mitangeklagte hinsichtlich der körperlichen Misshandlung überhaupt unterstützungsbereit war und hierdurch eine erhöhte Gefährlichkeit der konkreten Tatsituation begründete.

Da ergänzende Feststellungen nicht zu erwarten sind, hat der Senat den Schuldspruch selbst geändert und die Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung entfallen lassen. Eine Abänderung des Schuldspruchs gegen den Angeklagten auf **tateinheitlich verwirklichte Körperverletzung** (§ 223 I StGB) kommt nicht in Betracht, da die gemäß § 230 I 1 StGB erforderlichen **Verfolgungsvoraussetzungen nicht vorliegen**. Weder hat der Geschädigte einen Strafantrag gestellt noch die Staatsanwaltschaft das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejaht. Eine solche (konkludente) Erklärung ist auch nicht der Anklage zu entnehmen, da diese nur den Vorwurf einer tateinheitlich zum Raubtatbestand verwirklichten gefährlichen Körperverletzung zum Gegenstand hatte (vgl. BGH, Beschluss vom 07.05.2015 - 2 StR 108/15, juris Rn. 4).“ (BGH aaO.)

StGB
§§ 22, 24, 224

Rücktritt vom Versuch
Freiwilligkeit nach Alarmierung der Polizei
(BGH in StV 2015, 688; Beschluss vom 28.01.2015 – 4 StR 574/14)

StR AT

Unfreiwillig ist in Fällen des Herbeirufens der Polizei das Nicht-Weiterhandeln nur dann, wenn der Täter sich auf Grund äußerer Zwänge oder psychischer Hemmungen **zur Tatvollendung nicht mehr in der Lage gesehen** hat, was voraussetzt, dass er **dieses „Hindernis“ wahrnimmt** und es seine Willensentschließung zumindest mitbestimmt.

Fall: Nach den vom LG hierzu getroffenen Feststellungen liefen die Angekl. und der – nicht revidierende – Mitangekl. nach dem Diebstahl eines Handys durch den Mitangekl. zunächst weg, jedoch drehte sich die Angekl. plötzlich um, holte einen Holzstock aus ihrer Tasche und ging mit schlagenden Bewegungen auf einen Zeugen zu, der vor der Flucht den Mitangekl. festgehalten hatte. Der Zeuge konnte den Schlägen der Angekl. ausweichen und alarmierte die Polizei. Die Angekl. konnte noch vor Eintreffen der Polizei den Stock zurück in ihre Tasche stecken. Hindert die mögliche Alarmierung der Polizei die Prüfung eines Rücktritts vom Versuch der Körperverletzung mangels Freiwilligkeit?

„Zwar kann das befürchtete alsbaldige Eintreffen der Polizei bei einem – wie ersichtlich hier – **unbeendeten Versuch** die Freiwilligkeit des Rücktritts ausschließen (vgl. BGH, Ur. v. 08.02.2007 – 3 StR 470/06, NStZ 2007, 399 [400]; Beschl. v. 20.11.2013 – 3 StR 325/13, NStZ 2014, 202; v. 26.02.2014 – 4 StR 40/14, NStZ-RR 2014, 171 [172]). Unfreiwillig ist aber auch in solchen Fällen das Nicht-Weiterhandeln nur dann, wenn der Täter sich **auf Grund äußerer Zwänge oder psychischer Hemmungen zur Tatvollendung nicht mehr in der Lage** gesehen hat (BGH, Beschl. v. 26.02.2014 – 4 StR 40/14, NStZ-RR 2014, 171 [172]; vgl. auch Beschl. v. 10.07.2013 – 2 StR 289/13, StV 2014, 336, jew. m.w.N.). Dies setzt voraus, dass der Täter dieses „Hindernis“ wahrnimmt und es seine Willensentschließung zumindest mitbestimmt.

Entsprechende Feststellungen hat die StrK jedoch nicht getroffen. Auch die Ausführungen des LG im Rahmen der Beweiswürdigung belegen weder, dass **tatsächlich die Polizei verständigt** wurde, noch dass die **Angekl. dies – falls es erfolgt sein sollte – bemerkt** hat. Auch dass sie ohne eine von ihr bemerkte Verständigung der Polizei mit deren alsbaldigem Eintreffen rechnete und deshalb von weiteren Schlägen mit dem Holzstock absah, belegen weder die Feststellungen noch die Darlegungen im Rahmen der Beweiswürdigung und kann angesichts des von der StrK geschilderten Geschehensablaufs vom Senat auch nicht dem Gesamtzusammenhang entnommen werden.“ (BGH aaO.)

GG
Art. 3 I, 105 II a

Zulässigkeit einer indirekten Steuer
Kommunale Übernachtungssteuer
(VGH Mannheim in DÖV 2015, 849; Urteil vom 11.06.2015 – 2 S 2555/13)

KommunalR

1. Eine auf private Übernachtungen erhobene kommunale Steuer ist als **örtliche Aufwandsteuer** bei wertender Betrachtung nicht gleichartig mit der Umsatzsteuer, selbst wenn sie – wie die Umsatzsteuer – einen proportionalen Steuermaßstab enthält.
2. Eine Übernachtungssteuer kann nach dem Kommunalabgabengesetz für Baden-Württemberg als **indirekte Steuer** erhoben werden, die den Beherbergungsbetrieb als Schuldner bestimmt (**a.A.** für das nordrhein-westfälische Landesrecht: **OVG NRW**, Urteil vom 23.10.2013 – 14 K 316/13 – juris). Es reicht aus, wenn der Beherbergungsbetrieb die Steuer auf den Übernachtungsgast als den eigentlichen Steuerträger abwälzen kann.
3. Eine **kalkulatorische Abwälzungsmöglichkeit** ist gegeben, wenn der Steuerpflichtige den von ihm gezahlten Betrag in die Kalkulation seiner Selbstkosten einsetzen und hiernach die zur Aufrechterhaltung der Wirtschaft-

lichkeit seines Unternehmens geeigneten Maßnahmen – Preiserhöhung, Umsatzsteigerung oder Senkung der sonstigen Kosten – treffen kann.

4. Einem Beherbergungsbetrieb werden mit den durch die Übernachtungsteuer verbundenen Hauptlasten, die darin bestehen, die **freiwilligen Angaben der Übernachtungsgäste** sowie ggf. Bescheinigungen entgegenzunehmen, höchstens auf Plausibilität zu kontrollieren und anschließend an die Kommune als Steuergläubigerin weiterzuleiten, **keine unverhältnismäßigen Mitwirkungsbeiträge** auferlegt.
 5. Eine Übernachtungssteuersatzung, die bei nicht ausreichend belegten Angaben zu einer beruflich bedingten – und damit steuerfreien – Übernachtung eine **besteuerbare private Übernachtung** zugrunde legt sowie Sanktionsmöglichkeiten für Falschangaben vorsieht und grundsätzlich Kontrollmöglichkeiten eröffnet, enthält **kein strukturelles Vollzugsdefizit** und verstößt damit nicht gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit (Art. 3 I GG).
-

IFG NRW

Informationsfreiheit

VerwaltR BT

§ 6 Satz 1a

Kein Anspruch auf Herausgabe richterlicher Durchwahlnummern

(OVG Münster in NWVBI 2015, 382; Urteil vom 06.05.2015 – 8 A 1943/13)

1. Nach dem Informationsfreiheitsgesetz NRW besteht **kein Anspruch auf Zugang zur vollständigen Telefonliste** eines VG.
 2. Soweit die Telefondaten der Richterinnen und Richter betroffen sind, scheidet der Anspruch jedenfalls am **Schutz öffentlicher Belange** nach § 6 Satz 1a IFG NRW
 3. Das allgemeine Bekanntwerden dieser Durchwahlnummern würde die **Funktionsfähigkeit des Gerichts beeinträchtigen**, weil unmittelbare telefonische Kontaktaufnahmen mit Richtern die gerichtsintern vorgesehene Arbeitsabläufe umgehen und zu einer **nachhaltigen Störung der richterlichen Arbeit** führen könnten.
 4. Der Herausgabe aller – namentlich zugeordneten – Telefonnummern der nichtrichterlichen Gerichtsangehörigen steht der **Schutz personenbezogener Daten** entgegen, solange bzw. soweit diese hierzu nicht ihre Einwilligung erteilt haben.
-

RL 2004/38/EG

Grundsicherungsleistungen für EU-Ausländer

EuropaR

Art. 14, 24

Ausschluss Europarechtskonform

(EuGH in NVwZ 2015, 1517; Urteil vom 15.09.2015 – C-67/14)

Art. 24 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das **Recht der Unionsbürger** und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten **frei zu bewegen und aufzuhalten**, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG und Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1244/2010 der Kommission vom 09.12.2010 geänderten Fassung sind **dahin auszulegen**, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegenstehen, nach der Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten, die sich in der von Art. 14 IV Buchst. b der Richtlinie 2004/38/EG erfassten Situation befinden, vom **Bezug bestimmter „besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen“** i.S.v. Art. 70 II der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, die auch eine Leistung der „Sozialhilfe“ i.S.v. Art. 24 II der Richtlinie 2004/38/EG darstellen, **ausgeschlossen werden**, während Staatsangehörige des betreffenden Mitgliedstaats, die sich in der gleichen Situation befinden, diese Leistungen erhalten.

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 531

Neuer Vortrag im Berufungsverfahren Unechtes Versäumnisurteil

ZivilProzR

(BGH in NJW 2015, 3455; Urteil vom 01.07.2015 – VIII ZR 226/14)

1. Der Anwendung des § 531 II 1 Nr. 1 ZPO steht nicht entgegen, dass die **erstmalig im Berufungsverfahren** erfolgte Geltendmachung eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels in der ersten Instanz **aus Gründen unterblieben** ist, die eine **Nachlässigkeit** im Sinne von § 531 II 1 Nr. 3 ZPO darstellen.
2. Die für die Anwendung des § 531 II 1 Nr. 1 ZPO erforderliche Voraussetzung, dass die **Rechtsansicht des erstinstanzlichen Gerichts zumindest mitursächlich** für die Verlagerung des Parteivorbringens in das Berufungsverfahren geworden ist, ist auch dann erfüllt, wenn der **Beklagte auf die Klage nicht erwidert** und anschließend die „**Flucht in die Säumnis**“ angetreten, das erstinstanzliche Gericht jedoch kein Versäumnisurteil gegen den Beklagten erlassen, sondern die Klage abgewiesen hat.

Hinweis: *Der materiell-rechtliche Teil dieser Entscheidung wurde bereits in der ZA 11/15, S. 6 ff. besprochen*

A. Prüfungswissen: Zulassung neuer Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren

I. Allgemeines

Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel (zum Begriff § 530 ZPO Rn 4) bedürfen für ihre Berücksichtigung der Zulassung durch das Berufungsgericht nach § 531 II ZPO. Das **Präklusionsrecht** und damit auch der grundsätzliche Ausschluss neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsrechtszug findet aber keine Anwendung auf unstrittige Tatsachen. **Unstreitiges** und damit nicht beweisbedürftiges Vorbringen hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung **ohne weiteres** nach § 529 I ZPO zugrunde zu legen (BGHZ 177, 212 = NJW 2008, 3434; BGH NJW 2009, 2532; FamRZ 2010, 636), unabhängig davon, ob bei seiner Berücksichtigung eine Beweisaufnahme erforderlich wird (BGHZ 161, 138 = NJW 2005, 291). Ebenfalls können erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung neu entstandene Angriffs- und Verteidigungsmittel ohne die sich aus § 531 II ZPO ergebenden Beschränkungen in das Berufungsverfahren eingeführt werden (BGH NJW-RR 2010, 1478).

„Neu“ im Sinne des § 531 II ZPO ist ein Angriffs- und Verteidigungsmittel, wenn es **bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht vorgebracht** worden und daher im erstinstanzlichen Urteil gem. § 296a ZPO unberücksichtigt geblieben ist (BGH NJW 2004, 2382).

II. Voraussetzungen für Zulassung

§ 531 II ZPO schließt neue Angriffs- und Verteidigungsmittel grds. aus und macht ihre **ausnahmsweise Zulassung** vom Vorliegen der besonderen in § 531 II 1 Nr. 1–3 ZPO aufgeführten Zulassungsgründe abhängig. Unerheblich ist, ob das Vorbringen die Erledigung des Rechtsstreits verzögert.

1. § 531 II 1 Nr. 1 ZPO

Eine Zulassung hat bei **erkennbar übersehenen oder für unerheblich gehaltenen Gesichtspunkten** zu erfolgen.

Gesichtspunkt ist dabei **jede** für die Entscheidung erhebliche **tatsächliche oder rechtliche Erwägung**. Der Zulassungsgrund trägt dem Gedanken Rechnung, dass das Berufungsgericht eine vom Erstgericht **abweichende Rechtsauffassung** vertritt und es auf dieser Grundlage an einem hinreichenden erstinstanzlichen Parteivortrag fehlt. Zudem sollen die Parteien nicht gezwungen sein, erstinstanzlich

vorsorglich auch solche Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzutragen, die vom Standpunkt des Erstgerichts unerheblich sind (BGH NJW-RR 2004, 927; NJW-RR 2006, 1292).

2. § 531 II 1 Nr. 2 ZPO

Die Bestimmung erfasst die Fälle, in denen eine Partei aufgrund eines **objektiven Verfahrensfehlers des Erstgerichts** Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht vorgebracht hat. Darunter fällt insbesondere der Fall, dass nach § 139 ZPO gebotene Hinweise unterbleiben (BGHZ 158, 295 = NJW 2004, 2152), sei es in Gestalt eines **erforderlichen Hinweises nach § 139 I 2 ZPO** zur Ergänzung und Vervollständigung des Vorbringens (BGH NJW 2005, 2624) oder eines **Hinweises nach § 139 II ZPO**, wenn das Erstgericht seine Entscheidung auf einen von der Partei erkennbar übersehenen Gesichtspunkt stützt (BGH NJW-RR 2005, 213).

Ob ein Hinweis erforderlich ist, beurteilt sich aus der Sicht des Erstrichters, der bei einer fehlerhaften Rechtsauffassung gleichwohl seiner Hinweispflicht genügen muss. Wird ein Hinweis – verfahrensfehlerfrei – auf der Grundlage dieser unzutreffenden Rechtsauffassung erteilt, kann sich daran der Zulassungsgrund des § 531 II 1 Nr. 1 ZPO anschließen. Eine Zulassung nach § 531 II 1 Nr. 2 ZPO hat auch dann zu erfolgen, wenn der Partei verfahrensfehlerhaft Vortrag abgeschnitten wird, so etwa, wenn das Erstgericht vor Ablauf einer eingeräumten Schriftsatzfrist seine Entscheidung erlässt (BGH NJW 2008, 3361).

3. § 531 II 1 Nr. 3 ZPO

Die Bestimmung des § 531 II 1 Nr. 3 ZPO eröffnet die Möglichkeit des Vorbringens neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel auch ohne eine Ursächlichkeit durch das Erstgericht, wenn es nicht auf Nachlässigkeit der Partei beruht.

Nachlässig handelt eine Partei, wenn sie die **tatsächlichen Umstände nicht vorbringt**, deren **Relevanz** für den Rechtsstreit ihr bekannt sind oder bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt **hätten bekannt sein müssen** und zu deren Geltendmachung sie im ersten Rechtszug imstande ist (BGHZ 158, 295 = NJW 2004, 2152; BGH NJW 2006, 152). Für eine Nachlässigkeit reicht auch **einfache Fahrlässigkeit** aus (BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2025; BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2825).

Allerdings dürfen an die Informations- und Substantiierungslast der Partei **keine zu hohen Anforderungen** gestellt werden (BGH NJW 2006, 152). Grundsätzlich müssen der Partei die Umstände bekannt sein (BGH NJW 2003, 200). Es besteht **keine Verpflichtung, unbekannte tatsächliche Umstände zu ermitteln** (BGH NJW-RR 2009, 329). Eine Partei kann davon ausgehen, dass die Gegenseite ihrer prozessualen Wahrheitspflicht nachkommt und hat ohne greifbare Anhaltspunkte keine Veranlassung, die Richtigkeit der ihr unbekannteren Angaben des Gegners in Zweifel zu ziehen oder gegenteilige Ermittlungen anzustellen (BGH VersR 2009, 1683).

Erst nach der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung entstandene Tatsachen oder Angriffs- und Verteidigungsmittel können vorgetragen werden (BGH NJW-RR 2005, 1687), **auch wenn die Partei sie selbst geschaffen hat**, wie etwa die Ausübung von Gestaltungsrechten oder unstreitige Fristsetzungen (BGH NJW 2009, 2532) oder wenn Einwendungen auf eine nachträgliche Abtretung gestützt werden (BGH GRUR 2011, 853). Eine Partei ist ferner **nicht verpflichtet**, Einwendungen gegen ein **gerichtliches Gutachten** mit einem Privatgutachten **zu untermauern** oder sich Sachwissen anzueignen. Ist hierfür eine besondere Sachkunde erforderlich, kann auch in der Berufungsinstanz ein Privatgutachten vorgelegt oder nach Einholung sachverständigen Rates weiter vorgetragen werden (BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2825; BGH NJW 2006, 152; NJW 2007, 1531).

B. Zulassung neuen Vorbringens in der Berufung nach unechtem Versäumnisurteil (vgl. BGH in NJW 2015, 3455)

Fall: Mit schriftlichem Vertrag vom 15./29.05.2012 kaufte der Kl. von dem Bekl. einen gebrauchten, erstmals im Januar 2000 zum Straßenverkehr zugelassenen Pkw V zum Preis von 4.990 €. Der Kaufpreis wurde über einen von dem

Bekl. vermittelten Kredit der S-Bank AG finanziert, wobei der Kl. einen entsprechenden Kreditbetrag in Anspruch nahm.

Anfang September 2012 trat an dem Fahrzeug ein Motorschaden auf. Das LG Berlin die Klage des Kl. auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v 4.990 € (nebst Verzugszinsen) an die kreditgebende Bank (Zug um Zug gegen Abtretung des Anspruchs auf Rückübereignung des an die Bank sicherungsübereigneten Pkws durch unechtes Versäumnisurteil abgewiesen. D

Die hiergegen gerichtete Berufung, mit der der Kl. (unter teilweiser Änderung seines bisherigen Begehrens) Zahlung von 4.690 an die Bank Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs und Abtretung des Anspruchs auf Rückübereignung des Pkw – verlangt hat, hat in der im Wesentlichen Erfolg gehabt, da neues Vorbringen des Bekl. als verspätet zurückgewiesen wurde. Zu Recht?

Der erstmals im Berufungsverfahren erfolgte Sachvortrag des Bekl. zur fehlenden Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs ist ein neues Verteidigungsmittel i.S.d. § 531 II 1 ZPO.

I. Anwendung auf den Fall

Hier kommt eine Zulassung nach § 531 II 1 Nr. 1 ZPO in Betracht. Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren zuzulassen, wenn sie einen rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt betreffen, der von dem Gericht des ersten Rechtszugs erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist.

1. Nachlässigkeit schließt bei § 531 II 1 Nr. 1 ZPO Zulassung nicht aus

*„Entgegen der Auffassung des BerGer. kommt es i.R.d. § 531 II 1 Nr. 1 ZPO nicht darauf an, ob sich der Bekl. auf Grund des **Hinweises des LG zur „weitgehenden Unschlüssigkeit“** der Klage oder auf Grund dessen weiteren Verhaltens hat veranlasst sehen dürfen, **auf das Klagevorbringen gar nicht zu erwidern**. Denn eine Zulassung neuen Vorbringens nach § 531 II 1 Nr. 1 ZPO ist **nicht schon dann ausgeschlossen**, wenn eine Partei Sachvortrag aus Gründen unterlassen hat, die eine **Nachlässigkeit i.S.v. § 531 II 1 Nr. 3 ZPO** darstellt (BGH, NJW-RR 2012, 341 = NZM 2012, 231 Rn. 17 f.; NJW-RR 2015, 1278 = MDR 2015, 536 Rn. 12 = NJW 2015, 3248 Ls.).*

*Das LG hat die **Klage** unabhängig von der Frage, ob ein zum Rücktritt berechtigender Sachmangel aufgetreten ist und ob der Rücktritt wirksam ausgeübt worden ist, für **unschlüssig** beziehungsweise im Hilfsantrag für unzulässig gehalten.“ (BGH aaO.)*

2. Kausalität der Rechtsansicht des LG für Verlagerung des Parteivortrags

*„Weiter setzt die Anwendung des § 531 II 1 Nr. 1 ZPO voraus, dass die Rechtsansicht des erstinstanzlichen Gerichts zumindest **mitursächlich für die Verlagerung des Parteivorbringens in das Berufungsverfahren** geworden ist (st. Rspr.; vgl. BGH, NJW 2011, 3361 Rn. 27; NJW-RR 2012, 341 = NZM 2012, 231 Rn. 19; NJW-RR 2015, 1278 = MDR 2015, 536 Rn. 10, jew. m.w.N.). Diese Voraussetzung ist vorliegend schon deswegen erfüllt, weil das LG dem Bekl. **durch seine Vorgehensweise** die von ihm ersichtlich angestrebte **Möglichkeit genommen hat, durch „Flucht in die Säumnis“** sein bis dahin fehlendes Vorbringen in der Einspruchsschrift (§ 340 ZPO) und damit noch vor Abschluss der ersten Instanz nachzuholen.*

*Das LG hat **nicht** das vom Kl. beantragte Versäumnisurteil gegen den Bekl. (§ 331 I, II ZPO) erlassen, sondern – aus Sicht des BerGer. **rechtsfehlerhaft** – die Klage durch **unechtes Versäumnisurteil** in den Hauptanträgen als unschlüssig und im Hilfsantrag als unzulässig abgewiesen. Wäre das LG **anders verfahren**, hätte der Bekl., dessen in der Verhandlung anwesender Prozessbevollmächtigter nicht zur Sache verhandelt hat, durch **rechtzeitigen Einspruch** gegen das Versäumnisurteil (§§ 338, 339 ZPO) gewährleisten können, dass er seinen **Sachvortrag noch in das Verfahren** erster Instanz hätte **einführen** können. In diesem Fall wäre es zu einer Verlagerung des Sachvortrags des Bekl. in den zweiten Rechtszug nicht gekommen, so dass die Vorgehensweise des LG dafür mitursächlich geworden ist, dass sich der Bekl. erstmals im Berufungsverfahren zur Sache geäußert hat.“ (BGH aaO.)*

3. Ergebnis

Das BerGer. hätte daher das Vorliegen eines Sachmangels nicht allein auf Grundlage des Klägervortrags bejahen dürfen, sondern hätte berücksichtigen müssen, dass der Bekl. das vom Kl. behauptete Auftreten eines Sachmangels innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang (§ 476 BGB) wirksam bestritten hat.

(OLG Hamm in BeckRS 2015, 18649; Urteil vom 20.10.2015 – 28 U 91/15)

1. Die Bestimmung des Erfüllungsortes (§ 29 I ZPO) richtet sich nach dem **materiellen Recht**.
2. Eine ausdrückliche Regelung zum Erfüllungsort bei Vertragsrückabwicklung fehlt.
3. Nach § 269 I BGB richtet sich der Ort für die Leistung nach der von den Parteien **getroffenen Bestimmung** oder nach den **Begleitumständen**, die sich insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses ergeben. Wenn sich insoweit **keine Feststellungen** treffen lassen, bildet der **Wohnsitz des Verkäufers**, der vermeintlich die Rückzahlung des Kaufpreises schuldet, den **maßgeblichen Leistungsort**.
4. Bei einer Rückabwicklung Zug-um-Zug wegen Mangelhaftigkeit ist der **Verkäufer verpflichtet die Kaufsache am Wohnsitz des Käufers abzuholen** und schuldet auch dort die Rückzahlung des Kaufpreises.
5. Erfüllungsort des **Zahlungsanspruchs bei Vertragsrückabwicklung** wegen Mangelhaftigkeit ist daher der **Wohnsitz des Käufers**.

A. Prüfungswissen: Die örtliche Zuständigkeit

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

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

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

I. Ausschließlicher Gerichtsstand

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

Gerichtsstandsvereinbarungen sind **grundsätzlich** nur unter Kaufleuten zulässig, bei

- vermögensrechtlichen Streitigkeiten (§ 40 II ZPO)
- über ein bestimmtes Rechtsverhältnis (§ 40 I ZPO)
- hinsichtlich eines bestimmten oder mindestens bestimmbaren Gerichts
- wenn kein ausschließlicher Gerichtsstand (§ 40 II ZPO) vorliegt.

II. Allgemeiner Gerichtsstand

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

III. Besonderer Gerichtsstand

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

- der **Niederlassung** (§ 21 ZPO),
- des **Erfüllungsortes** (§ 29 ZPO),
- bei **Haustürgeschäften** (§ 29c ZPO)
- der **unerlaubten Handlung** (§ 32 ZPO).

B. Gerichtsstand für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge Zug-um-Zug (vgl. OLG Hamm in BeckRS 2015, 18649)

Fall: Die Parteien streiten über die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über ein Gebrauchtfahrzeug vom Typ Saab 900 Cabriolet.

Dieses Fahrzeug befand sich im Besitz des Beklagten, der in Q wohnt. Q liegt im Gerichtsbezirk des Landgerichts Bottrop. Er bot das Cabriolet im September 2014 über das Internet zum Kauf an. Der Kläger, der in M wohnt, wurde auf das Inserat aufmerksam. Er nahm in Q eine Fahrzeugbesichtigung vor und einigte sich mit dem Beklagten darauf, das Cabriolet zum Preis von 5.650,00 € zu kaufen. Nach entsprechender Barzahlung verbrachte der Kläger das Fahrzeug nach M.

Bei dem Kläger entstand zu Hause nach Durchsicht der Fahrzeugpapiere der Eindruck, dass die im Kaufvertrag vom 07.09.2014 angegebene Gesamtlauflistung: 173.000 km unzutreffend sei und das Fahrzeug tatsächlich eine erheblich höhere Laufleistung aufweise. Noch bevor er die Zulassung des Fahrzeugs auf seinen Namen veranlasst hatte, erklärte der Kläger am 09.09.2014 den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte den Beklagten auf, das Cabriolet bis zum 20.09.2014 in M abzuholen.

Nachdem der Beklagte sich nicht auf eine Rückabwicklung des Kaufvertrags einließ, erhob der Kläger vor dem Landgericht Bielefeld eine Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Der Beklagte rügt die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gerügt und beantragt, den Rechtsstreit an das Landgericht Potsdam zu verweisen. Zu Recht?

Am Sitz des Landgerichts Potsdam hat der Beklagte nach § 13 ZPO seinen **allgemeinen Gerichtsstand**. Dieses wäre für die Klage daher jedenfalls zuständig, sofern kein ausschließlicher Gerichtsstand gegeben ist. Ist allerdings noch ein anderer, **nicht ausschließlicher Gerichtsstand** eröffnet, so obliegt die Wahl zwischen den verschiedenen Gerichtsständen nach § 35 ZPO dem Kläger. Fraglich ist also, ob auch am Landgericht Bielefeld ein Gerichtsstand eröffnet ist. In Betracht kommt hier nach § 29 I ZPO der **Gerichtsstand des Erfüllungsortes**.

*„Nach der Regelung des § 29 I ZPO ist für Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis - auch - das Gericht des Ortes zuständig, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Der insofern **maßgebliche Ort** richtet sich nach dem **materiellen Recht** (BGH NJW 2011, 2056 - juris-Tz. 29).“ (OLG Hamm aaO.)*

Nach dem vom Kläger zur Klagebegründung vorgetragenen Sachverhalt soll ihm gegen den Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises von 5.650,00 € zustehen, weil er wirksam von dem Kaufvertrag über das Saab 900 Cabriolet zurückgetreten sei. Es kommt daher für die Bestimmung des Gerichtsstandes des § 29 ZPO darauf an, an welchem Ort die hier streitige Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises zu erfüllen ist. Hierfür enthält das materielle Recht keine abschließende Regelung.

*„Abzustellen ist vielmehr auf § 269 I BGB. Danach richtet sich der Ort für die Leistung nach der von den Parteien **getroffenen Bestimmung** oder nach den **Begleitumständen**, die sich insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses ergeben. Wenn sich insoweit **keine Feststellungen** treffen lassen, bildet der **Wohnsitz des Verkäufers**, der vermeintlich die Rückzahlung des Kaufpreises schuldet, den **maßgeblichen Leistungsort**.“ (OLG Hamm aaO.)*

Die Parteien haben bei Abschluss des Kaufvertrages zwar keine ausdrückliche Bestimmung getroffen, wie im Falle der **Rückabwicklung** des Vertrages zu verfahren sei. Ihnen kann allerdings der mutmaßliche Wille unterstellt werden, dies **nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen** zu tun. Dabei ergibt sich aus §§ 346, 323, 440, 434, 433 BGB, dass der Käufer selbst bei wirksamer Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts keinen uneingeschränkten Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises hat, sondern dass dieser **Anspruch vom Verkäufer nur Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübergang der Kaufsache zu erfüllen** ist.

*„[Es] steht ... rechtlich außer Frage, dass der **Beklagte als Verkäufer verpflichtet** ist, das - unterstellt: - mangelhafte **Fahrzeug bei dem Kläger in M abzuholen** (Reinking/Eggert Der Autokauf, 12. Aufl. 2014, Rn. 1220). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll der Verkäufer dann auch bei dieser Gelegenheit der Fahrzeugabholung Zug um Zug seine Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises erfüllen.“*

Dieses mutmaßlich auch von den Parteien so gewollte Prozedere spricht dafür, bei der **Rückabwicklung eines Autokaufs** im Rahmen des § 29 I ZPO einen **einheitlichen Gerichtsstand** des Erfüllungsortes dort anzunehmen, wo sich das gekaufte Fahrzeug im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vertragsgemäß befindet - nämlich regelmäßig am **Wohnsitz des Käufers**. Dies entspricht zu Recht der **vorherrschenden Auffassung** (BGH NJW 1983, 1479 - juris-Tz. 14; OLG Schleswig, Urt. 3 U 99/11 vom 04.09.2012; OLG Düsseldorf, Beschl. 22 W 19/13 vom 17.07.2013; OLG Köln DAR 2011, 260; OLG Karlsruhe MDR 2013, 898; OLG Nürnberg, Urt. 2 U 2074/08 vom 20.02.2009; OLG Bamberg ZfSch 2013, 568; OLG München MDR 2014, 450; Palandt/Grüneberg BGB, 74. Aufl. 2015, § 269 Rn. 16; Reinking/Eggert aaO. Rn. 1217f, 1264; Zöller/Vollkommer ZPO, 30. Aufl. 2014; ZPO § 29 Rn. 25 Kaufvertrag).“ (OLG Hamm aaO.)

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass in der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt ist, dass auch die nach § 439 BGB **vom Verkäufer** vorrangig **geschuldete Nacherfüllung** grundsätzlich **an dessen Betriebs- oder Wohnsitz** vorzunehmen ist (BGH NJW 2011, 2278).

„Das lässt aber nicht den Rückschluss zu, dass dort auch die spätere Rückabwicklung des Kaufvertrages zu erfolgen hat. Vielmehr wird sich im Gegenteil das Scheitern der Nacherfüllung als Rücktrittsvoraussetzungen in der Regel erst dann feststellen lassen, wenn der Käufer das Fahrzeug im Anschluss an den Nacherfüllungsversuch wieder zur bestimmungsgemäßen Verwendung zurückerhalten hat.“ (OLG Hamm aaO.)

Auch die Prozessökonomie rechtfertigt es nicht, einen Gerichtsstand am Wohnsitz des Verkäufers zu begründen.

„Abgesehen davon, dass sich der Erfüllungsort i.S.d. § 29 I ZPO - wie dargestellt - nach dem materiellen Recht richtet (BGH NJW 2004, 54 - juris-Tz. 12), müssen auch **nicht bei jeder Rückabwicklungsklage** - wie offenbar das Landgericht meint - **Arglistzeugen** am Wohnort des Verkäufers vernommen werden. Vielmehr richtet sich der erforderliche prozessuale Aufwand nach den Umständen des Einzelfalles. So wird es im Streitfall zur Klärung der relevanten Frage, ob das Saab Cabriolet eine zugesagte Gesamtleistung nicht aufweist, möglicherweise auf die Vernehmung der Vorbesitzer ankommen, die nicht zwangsläufig aus Q kommen müssen. Außerdem wird möglicherweise das Gutachten eines Kfz-Sachverständigen einzuholen sein, bei dem ein Auseinanderfallen des Standorts des zu untersuchenden Fahrzeugs und des Gerichtsortes regelmäßig zu Mehrkosten führt.“ (OLG Hamm aaO.)

Somit ist am Landgericht Bielefeld der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach § 29 I ZPO eröffnet, so dass diese auch zuständig ist und keine Verweisung an das Landgericht Potsdam zu erfolgen hat.

GG

Entkleidung eines Strafgefangenen

VerfassungsR

Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I

Körperliche Durchsuchung

(BVerfG in NJW 2015, 3158; Beschluss vom 05.03.2015 – 2 BvR 746/13)

1. Durchsuchungen, die mit einer **Entkleidung** verbunden sind, stellen einen **schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** dar.
2. **Gesetzeswortlaut, Systematik und Sinn und Zweck** der differenzierten Regelung sprechen dafür, dass maßgebendes Kriterium für das Vorliegen einer Durchsuchung nach § 84 II StVollzG die Entkleidung unter visueller Bewachung durch das Vollzugspersonal ist.
3. Jedenfalls die **explizite visuelle Kontrolle des Körpers** des Gefangenen muss für die Bejahung einer „körperlichen Durchsuchung“ i.S.d. § 84 II StVollzG ausreichen.
4. § 84 II StVollzG ist hinsichtlich des Entkleidungsgrades mindestens dann einschlägig, wenn die **Genitalien des Gefangenen** – unabhängig von der zeitlichen Dauer – **entblößt werden müssen**, da die visuelle Kontrolle dieser Körperteile durch andere eine der schwerwiegendsten mit einer Entkleidung verbundenen Beeinträchtigungen des menschlichen Schamgefühls darstellt.

A. Prüfungswissen: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist eine als **Produkt richterlicher Rechtsfortbildung** den speziellen Freiheitsrechten angenäherte Grundrechtsgarantie. Aus **Art. 2 I GG** haben sich in der Ausdeutung und Handhabung durch das Bundesverfassungsgericht **zwei Grundrechtsgarantien** mit unterschiedlichen Ausprägungen nach Schutzbereich, Wirkungsrichtung und Einschränkungsmöglichkeiten ergeben.

Zum einen die in umfassender Weise verstandene und qualitativ nicht näher eingegrenzte **allgemeine Handlungsfreiheit** und zum anderen das, frühzeitig durch das BVerfGE als unbenanntes Freiheitsrecht begründete **allgemeine Persönlichkeitsrecht** in seinen verschiedenen Ausprägungen, das aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG hergeleitet wird. (BVerfGE, 27, 1 (6); 34, 238 (245 f.); BVerfGE 54, 148 (153); 63, 131 (142 f.).

B. Entkleiden von Strafgefangenen als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (vgl. BVerfG NJW 2015, 3158)

Fall: Die Verfassungsbeschwerde des ehemals strafgefangenen Bf. betrifft dessen vor einer Besuchsdurchführung und einer Zeugenvernehmung durchgeführten Durchsuchung, anlässlich derer er sich vor den Augen von Bediensteten der Justizvollzugsanstalt entkleiden musste. Der Bf. rügt die Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Liegt eine solche vor?

Durch die Durchsuchung des Bf. Zur Kontrolle vor einer Besuchsdurchführung könnte dieser in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht – Art. 2 I i.V.m. 1 I GG – verletzt worden sein.

I. Verfassungsgerichtlicher Prüfungsmaßstab

*„Auslegung und Anwendung einfachen Rechts sind grundsätzlich Aufgabe der Fachgerichte, unterliegen aber der verfassungsrechtlichen Prüfung dahin, ob sie die **Grenzen zur Willkür** überschreiten oder die **Be deutung eines Grundrechts grundsätzlich verkennen** (vgl. BVerfGE 18, 85 [93] = NJW 1964, 1715; BVerfGE 30, 173 [196 f.] = NJW 1971, 1645; BVerfGE 57, 250 [272] = NJW 1981, 1719 = NSTZ 1981, 357; BVerfGE 74, 102 [127] = NJW 1988, 45; st. Rspr.). Der **fachgerichtliche Spielraum** ist insbesondere dann überschritten, wenn das Gericht bei der Gesetzesauslegung und -anwendung in offensichtlich nicht zu rechtfertigender Weise den vom Gesetzgeber gewollten und im Gesetzestext ausgedrückten Sinn des Gesetzes verfehlt (vgl. BVerfGE 86, 59 [64] = NJW 1992, 1675) oder **das zu berücksichtigende Grundrecht völlig unbeachtet gelassen** hat (vgl. BVerfGE 59, 231 [268 f.] = NJW 1982, 1447; BVerfGE 77, 240 [255 f.] = NJW 1988, 325).“* (BVerfG aaO.)

II. Eröffnung des Schutzbereichs**1. Persönlicher Schutzbereich**

Das Grundrecht ist ein Jedermannsrecht, so dass auch der Bf. vom persönlichen Schutzbereich erfasst wird.

2. Sachlicher Schutzbereich

Das Grundrecht gewährleistet den allgemeinen Schutz der Privat- und Intimsphäre. Dies schließt den Schutz vor der Entkleidung im Beisein anderer Personen ein. Der sachliche Schutzbereich ist daher eröffnet.

III. Eingriff in den Schutzbereich

Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare Verhalten durch das die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich gemacht oder erschwert wird.

*„Durchsuchungen, die mit einer **Entkleidung** verbunden sind, stellen einen **schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** dar (vgl. BVerfGK 2, 102 [105] = NJW 2004, 1728), da das Schamgefühl durch die in nacktem Zustand zu duldenen Durchsuchung in besonderem Maße tangiert wird (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 07.03.2005 – 2 Ws 37/05 = BeckRS 2015, 16267). Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber diese Art von Eingriffen in § 84 II und III StVollzG strengeren Voraussetzungen unterworfen als sonstige Durchsuchungen (vgl. § 84 I StVollzG; s. auch BT-Drs. 7/918, 137 f.).“ (BVerfG aaO.)*

IV. Rechtfertigung des Eingriffs in den Schutzbereich

1. Beschränkbarkeit

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Schutzbereich des Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG überhaupt beschränkbar ist. Hier gelten die Regeln des Art. 2 I GG.

Nach Art. 2 I GG verfügt das Grundrecht über die sog. Schrankentrias. Da die Schranken „Rechte anderer“ und „Sittengesetz“ begriffsnotwendig in der Schranke „verfassungsmäßige Ordnung“ enthalten sind und diese alle formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehende Gesetze umfasst, führt dies letztlich zu einem einfachen Gesetzesvorbehalt.

*„Grundrechte dürfen **nur durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes** und nur unter Beachtung des Grundsatzes der **Verhältnismäßigkeit** eingeschränkt werden; dies gilt auch für Gefangene (vgl. BVerfGE 33, 1 [11] = NJW 1972, 811; BVerfGE 89, 315 [322 f.] = NJW 1994, 1401).“ (BVerfG aaO.)*

Allerdings müssen nach der Wesentlichkeitstheorie im normativen Bereich die wesentlichen Entscheidungen durch förmliches Gesetz getroffen werden und dürfen nicht der Exekutive zur Regelung durch Rechtsverordnung oder Satzung überlassen bleiben. "Wesentlich" ist insbesondere das, was für die Ausübung von Grundrechten wesentlich ist.

Der Eingriff wird gestützt auf § 84 StVollzG. Hierbei handelt es sich um ein förmliches Gesetz, das in jedem Fall den Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie genügt, so dass dahinstehen kann, ob untergesetzliches, materielles Recht zur Eingriffsrechtfertigung ausreichen würde.

2. Grenzen der Beschränkbarkeit

Ein Eingriff in Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG ist trotz grundsätzlicher Einschränkung aber nicht ohne jede Grenze möglich. So muss das die Einschränkung zulassende Gesetz ebenso wie die Anwendung im Einzelfall den Anforderungen entsprechen.

a) Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Zunächst muss § 84 StVollzG verfassungsgemäß sein. Hiervon kann ausgegangen werden.

b) Verfassungsmäßigkeit der Einzelmaßnahme

Aber auch die Einzelmaßnahme muss den verfassungsmäßigen Anforderungen, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen.

aa) Ermächtigungsgrundlage

Zunächst stellt sich hier die Frage, ob eine körperliche Durchsuchung nach § 84 II StVollzG vorliegt, die nur unter strengen Voraussetzungen zulässig ist.

„**Gesetzeswortlaut, Systematik und Sinn und Zweck** der differenzierten Regelung sprechen dafür, dass maßgebendes Kriterium für das Vorliegen einer Durchsuchung nach § 84 II StVollzG die Entkleidung unter visueller Bewachung durch das Vollzugspersonal ist. Dafür spricht insbesondere § 84 II 2 StVollzG, der die Durchführung der mit einer Entkleidung verbundenen Durchsuchung **ausschließlich in Gegenwart von Bediensteten des gleichen Geschlechts** gestattet (vgl. BVerfGK 8, 363 [367] = BeckRS 2015, 20014). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass – wenngleich jegliche Entkleidung in Anwesenheit von Justizbediensteten das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Gefangenen berührt – die Norm des § 84 II StVollzG dem Wortlaut nach **ausschließlich die körperliche Durchsuchung**, die mit einer Entkleidung verbunden ist, **umfasst**, während die Regelung in § 84 I StVollzG für die (einfache) Durchsuchung der Gefangenen, ihrer Sachen und der Hafträume einschlägig ist. Sowohl bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der körperlichen Durchsuchung als auch bei der Bestimmung des Entkleidungsgrades, der zu einer Anwendbarkeit des § 84 II StVollzG führt, ist dem vom Gesetzgeber bezweckten Schutz der Intimsphäre der Gefangenen in besonderer Weise Rechnung zu tragen. Dabei kann vorliegend offenbleiben, ob bereits die Entkleidung bei bloßer Anwesenheit eines Justizbediensteten und die nachfolgende Durchsuchung der Sachen eines Gefangenen ohne explizite Inspektion seines nackten Körpers unter § 84 II StVollzG fallen (so Feest/Köhne in Feest/Lesting, StVollzG, 6. Aufl. 2012, § 84 Rn. 5; a.A. Arloth, StVollzG, 3. Aufl. 2011, § 84 Rn. 4) oder es in einem solchen Fall gerade an dem Merkmal der „körperlichen Durchsuchung“ fehlt. Jedenfalls die **explizite visuelle Kontrolle des Körpers** des Gefangenen muss jedoch für die Bejahung einer „körperlichen Durchsuchung“ i.S.d. § 84 II StVollzG ausreichen. Zudem ist § 84 II StVollzG hinsichtlich des Entkleidungsgrades mindestens dann einschlägig, wenn die **Genitalien des Gefangenen** – unabhängig von der zeitlichen Dauer – **entblößt werden müssen**, da die visuelle Kontrolle dieser Körperteile durch andere eine der schwerwiegendsten mit einer Entkleidung verbundenen Beeinträchtigungen des menschlichen Schamgefühls darstellt.

Mit der Annahme, eine **körperliche Durchsuchung** i.S.d. § 84 II StVollzG liege nur dann vor, wenn der Bedienstete der Anstalt nach der Entkleidung den Gefangenen zunächst auffordere, die **Arme zu heben, sich zu bücken, den Mund zu öffnen, sich zu drehen, sich in die Ohren und Nase blicken zu lassen, den Kopf zu senken und die Haare zu schütteln**, hat das LG diesen eindeutigen Sinn der vom Gesetzgeber getroffenen differenzierten, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichteten Regelung verkannt. Auch die Annahme, es handele sich jedenfalls – selbst wenn der Bf. seine **Unterhose herunterziehen müsse und seine unbedeckten Genitalien und seine unbedeckte Rückenansicht kontrolliert** würden – nicht um eine mit Entkleidung verbundene Durchsuchung i.S.v. § 84 II StVollzG, lässt sich mit den dargestellten Grundsätzen nicht vereinbaren und die verfassungsrechtlich gebotene Beachtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Bf. vermissen.“ (BVerfG aaO.)

bb) Vorliegen der formellen Eingriffsvoraussetzungen

Von dem Vorliegen der formellen Rechtmäßigkeitsanforderungen kann ausgegangen werden.

cc) Vorliegen der materiellen Eingriffsvoraussetzungen

Es müssten aber auch die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen und die Entkleidung müsste auf der Rechtsfolgenseite von der Ermächtigung gedeckt und insbesondere verhältnismäßig sein.

Nach § 84 II StVollzG ist es nur bei Gefahr im Verzug oder auf Anordnung des Anstaltsleiters im Einzelfall zulässig, eine mit einer Entkleidung verbundene körperliche Durchsuchung vorzunehmen.

„Die vom LG ebenfalls zur Begründung seiner Entscheidung herangezogenen Umstände, dass weder Unbefugte im Untersuchungsraum anwesend gewesen seien noch Anhaltspunkte dafür bestanden hätten, dass der Bf. **willkürlich oder diskriminierend behandelt** worden sei, sind zwar **notwendige**, jedoch **in keiner Weise hinreichende Voraussetzungen** für die Rechtmäßigkeit der erfolgten Durchsuchung.“ (BVerfG aaO.)

Es fehlen daher schon die Tatbestandsvoraussetzungen für die Maßnahme, so dass der Eingriff nicht gerechtfertigt und folglich verfassungswidrig ist.

V. Ergebnis

Der Bf. wird durch die Maßnahme in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht – Art. 2 I i.V.m. 1 I GG – verletzt.

(OVG Berlin-Bbg. in NVwZ-RR 2015, 804; Teilurteil vom 17.07.2015 – OVG 6 B 61/15)

Verpflichtet das Verwaltungsgericht zur **Gewährung einer Leistung** und verurteilt es im selben Urteil in entsprechender Anwendung des § 113 IV VwGO im Wege der Stufenklage zur **Zahlung dieser Leistung**, ist das Urteil zur Vermeidung einer Umgehung des § 167 II VwGO auch hinsichtlich des Leistungsausspruchs **nur wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar**.

A. Prüfungswissen: Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit im Verwaltungsprozess

Für die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit erklärt § 167 I 1 VwGO die **Regeln der ZPO für entsprechend anwendbar**. Für die Bestimmung des Streitwertes kann die nichtamtliche Streitwerttabelle für die Verwaltungsgerichtsbarkeit herangezogen werden. Hilfsweise ist vom Auffangstreitwert gem. § 52 II GKG von 5.000 Euro auszugehen.

Allerdings ist zu beachten, dass Urteile auf **Anfechtungs- und Verpflichtungsklage** nach § 167 II VwGO **nur wegen der Kosten** für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können.

„Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags, wenn nicht die Klägerin Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.“

oder

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.“

Bei **Leistungsklage**, die auf eine Geldleistung gerichtet sind, ist ohne Beschränkung auf die Kosten für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Ob dies auch gilt, wenn die Leistungsklage auf Vornahme oder Unterlassung einer schlicht-hoheitlichen Handlung gerichtet ist, ist umstritten (vgl. hierzu Schoch/Schneider/Bier/Pietzner, VwGO, 28. EL. 2015, § 167 Rn. 135).

Urteile, die auf Grund einer **Feststellungsklage** ergehen, mit denen also nach § 43 I VwGO das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses oder die Nichtigkeit eines VA festgestellt wird, erzeugen ihre Wirkung schon nach allgemeinen Grundsätzen erst mit ihrer Rechtskraft. Dies gilt auch für die **Fortsetzungsfeststellungsklage**.

B. Vorläufige Vollstreckbarkeit bei Verpflichtungsurteil und Leistungsurteil (vgl. OVG Berlin-Bbg. in NVwZ-RR 2015, 804)

Fall: Mit der Klage begehrte die Kl., eine Religionsgemeinschaft im Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, im Wesentlichen die Zahlung staatlicher Zuschüsse. Das VG hatte der Klage mit am 20.10.2014 verkündetem Urteil überwiegend stattgegeben und den Bekl. u.a. unter den Nrn. 1.a und 2. a des Urteilstenors verpflichtet, der Kl. für das Jahr 2013 einen staatlichen Zuschuss i.H.v. 6.469.900,40 € und für das Jahr 2014 i.H.v. 6.673.702,26 € zu gewähren. Unter den Nrn. 1.b und 2.b des Urteilstenors hat es den Bekl. unter analoger Anwendung des § 113 IV VwGO im Wege der Stufenklage zugleich verurteilt, diese Beträge an die Kl. zu zahlen. Die Kosten des Verfahrens hat es im Verhältnis des Unterliegens bzw. Obsiegens geteilt. Weiter hat es unter Nr. 8 des Urteilstenors ausgesprochen, dass dieses für die Kl. hinsichtlich der Zahlungsbegehren für die Jahre 2013 und 2014 ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar und im Übrigen für die Bet. jeweils wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar sei und insoweit zur Begründung ausgeführt: Das Urteil werde hinsichtlich der Verurteilung des Bekl. zur Zahlung der für die Jahre 2013 und 2014 beziferten staatlichen Zuschüsse auf Antrag der Kl. gem. § 167 I VwGO i.V.m. § 710 ZPO ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt. Gegen das Urteil haben sowohl die Kl. als auch der Bekl. Berufung eingelegt, über die jeweils noch nicht entschieden ist. Am 17.06.2015 hat der Bekl. den vorliegenden Antrag auf Vorabentscheidung gem. § 167 I VwGO i.V.m. § 718 I ZPO gestellt, zu dessen Begründung er ausführt: Für die vorläufige Vollstreckbarkeit der Teilbeträge für die Jahre 2013 und 2014 fehle die Rechtsgrundlage. § 167 II VwGO sei generell auf die allgemeine Leistungsklage anwendbar und würde deshalb auch eine vorläufige Vollstreckbarkeit von Urteilen erfassen, bei denen eine Geldzahlung in Vollziehung einer zuvor titulierten Verurteilung zum Erlass eines Verwaltungsaktes erfolge. Es widerspräche dem Grundsatz der Gewaltenteilung, wenn während eines laufenden Berufungsverfahrens bezüglich eines Urteils, das noch nicht rechtskräftig sei, in hoheitliche Entscheidungen eingegriffen werde. Wird der Antrag Erfolg haben?

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit des Antrags

„Der Antrag des Bekl. ist zulässig. Insbesondere ist er **statthaft**. Gemäß § 718 I ZPO, der über § 167 I 1 VwGO im Verwaltungsprozess entsprechend gilt, ist in der Berufungsinstanz über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf Antrag vorab zu verhandeln und (durch Teilurteil) zu entscheiden. Der Antrag unterliegt **keiner Frist**. Zur Zulässigkeit des Antrags gehört auch die Prüfung der **Zulässigkeit der Berufung**, die im vorliegenden Fall **unproblematisch gegeben** ist. Das VG hat die Berufung in dem angefochtenen Urteil zugelassen, sie wurde (von beiden Bet.) form- und fristgerecht eingelegt.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag ist begründet, wenn das VG die Verurteilung zur Zahlung der Beträge für die Jahre 2013 und 2014 zu Unrecht nicht nur wegen der Kosten und zudem ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt hat.

Nach § 167 II VwGO können Urteile auf Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen nur wegen der Kosten für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Allerdings wurde hier im Wege der Stufenklage zugleich auch zu einer Leistung verurteilt. Fraglich ist, ob dann etwas anderes gelten kann.

„Diese Vorschrift würde umgangen, wenn die Verurteilungen zur Leistung unter Nrn. 1.b und 2.b des angefochtenen Urteils vor Rechtskraft der unter Nrn. 1.a und 2.a ausgesprochenen Verpflichtungen, für die § 167 II VwGO unzweifelhaft gilt, vollstreckbar wäre.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die **Verurteilungen zur Leistung nicht selbstständig** erfolgten, sondern auf einer vom VG angenommenen analogen Anwendbarkeit des § 113 IV VwGO beruhten. Diese Vorschrift sieht in Anfechtungsverfahren vor, dass neben der Aufhebung eines Verwaltungsaktes im gleichen Verfahren auch die Verurteilung zur Leistung zulässig ist, wenn diese verlangt werden kann. Das VG hat angenommen, dass diese Regelung **auf** die von der Kl. erhobenen **Verpflichtungsbegehren entsprechend anzuwenden** ist. Würden vor diesem Hintergrund die Leistungsaussprüche des erstinstanzlichen Urteils für vorläufig vollstreckbar erklärt, wäre die Kl. hier so gestellt, wie wenn auch der auf die Verpflichtungsklage ergangene Teil des Urteils für vorläufig vollstreckbar erklärt worden wäre.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

Sinngemäß müsste dann nicht nur die vorläufige Vollstreckbarkeit der Verpflichtungsaussprüche, sondern darüber hinaus sogar der **Erllass der entsprechenden Bewilligungsbescheide als Rechtsgrund der Leistungen unterstellt** werden.

„Das würde eine **dem klaren Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufende Umgehung** des § 167 II VwGO bedeuten. Die Kl. würde diese Stellung erreichen, weil ein untrennbarer Zusammenhang zwischen der von ihr erhobenen Verpflichtungs- und Leistungsklage(n) besteht. Der Bekl. hätte nämlich nicht zu der begehrten Leistung in Gestalt der Zuwendungen verurteilt werden dürfen, wenn nicht zugleich die Verpflichtungsklage auf Bewilligung dieser Leistungen Erfolg gehabt hätte. Würde mithin der Leistungsanspruch für vorläufig vollstreckbar erklärt, dann würde dies im Ergebnis die Einräumung der vorläufigen Vollstreckbarkeit bezüglich des auf die Verpflichtungsklage(n) ergangenen Teils des erstinstanzlichen Urteils bedeuten. Der zweite Schritt (Vollstreckung der Leistung) würde vor dem ersten Schritt (Vollstreckbarkeit der Verpflichtung) erfolgen. Das ist nach § 167 II VwGO aber nicht möglich. Hinzu kommt, dass die Regelung des § 113 IV VwGO der Prozessökonomie dient. Ohne diese Vorschrift könnte die Leistungsklage erst nach Rechtskraft des Verpflichtungsurteils mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden. Es würde deshalb eine nicht gerechtfertigte Verselbstständigung des Leistungsausspruchs bedeuten, wenn er dazu noch für sich allein für sofort vollstreckbar erklärt werden könnte (vgl. VGH Kassel, NVwZ 1987, 517 – zur wortgleichen Fassung des damaligen § 113 III VwGO im Anfechtungsfall).

Eine unzulässige Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Sachentscheidung des VG (vgl. dazu: OVG Münster, Urt. v. 12.03.1979 – VI A 2777/78, OVG Mül. 34, 85; VGH Kassel, NVwZ 1987, 517) im Hinblick auf die analoge Anwendung des § 113 IV VwGO liegt hierin nicht. Ob das VG diese Vorschrift entsprechend anwenden durfte, wird Gegenstand des Berufungsverfahrens sein.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

III. Ergebnis

Das Urteil ist hinsichtlich des Ausspruchs über die vorläufige Vollstreckbarkeit in Nr. 8 seines Tenors dahin zu ändern, dass es für den jeweiligen Vollstreckungsgläubiger wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar ist.

Zur Begründung der Antragsbefugnis eines Antragstellers gem. § 47 II 1 VwGO genügt es, dass seine **Grundstücke im räumlichen Geltungsbereich einer Zielfestlegung** mit der Wirkung des § 35 III 2 Hs. 1 BauGB liegen.

A. Prüfungswissen: Das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO

I. Zulässigkeit

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

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

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

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

5. **Vorverfahren**

Ein Vorverfahren findet nicht statt

6. **Frist, § 47 II 1 VwGO**

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

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

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

II. Begründetheit

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

B. Antragsbefugnis im Verfahren gegen Regionalplan (vgl. BVerwG in NVwZ 2015, 1540)

Fall: Der Ast. ist Eigentümer von Grundstücken im bauplanungsrechtlichen Außenbereich. Seine Normenkontrolle wendet sich gegen den als Satzung erlassenen Regionalplan des Ag., soweit seine Grundstücke in Vorbehaltsgebiete für die Landwirtschaft (Plansatz 3.2.2) und für Landschaftsentwicklung (Plansatz 3.2.4) sowie in Vorranggebiete für den Regionalen Grünzug Abschnitt G 20 (Plansatz 3.1.1) einbezogen worden sind. Der VGH hat den Normenkontrollantrag wegen fehlender Antragsbefugnis als unzulässig abgewiesen. Zu Recht?

Der Antrag ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art, sofern keine Sonderzuweisungen eingreifen. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zugehören. Hier wird um einen Regionalplan gestritten, der nach § 12 X LplG BW als Satzung erlassen wird. Diese Regelung berechtigt ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt, so dass es sich zweifellos um öffentliches Recht handelt. Da hier auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten (Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit) ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet,

II. Zuständiges Gericht

Für Normenkontrollverfahren ist nach § 47 I VwGO das OVG zuständig.

III. Statthaftigkeit des Antrags

Das Normenkontrollverfahren ist nach § 47 I Nr. 1 VwGO statthaft gegen Satzungen nach dem BauGB sowie nach § 47 I Nr. 2 VwGO auch gegen sonstige Satzung, wenn das Landesrecht dies bestimmt.

„Der Normenkontrollantrag ist gem. § 47 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 4 AGVwGO BW statthaft. Der vom Ast. angegriffene Regionalplan ist nach § 12 X LplG BW als Satzung festgestellt worden. Seine Festlegungen – Grundsätze und Ziele der Raumordnung – sind damit Rechtsvorschriften im formellen Sinn. Das genügt, um die Statthaftigkeit einer Normenkontrolle gem. § 47 I Nr. 2 VwGO, die landesrechtlich gem. § 4 AGVwGO BW eröffnet ist, zu begründen. Denn zu den von § 47 I Nr. 2 VwGO erfassten Rechtsvorschriften gehören „zweifelsfrei Satzungen und Rechtsverordnungen“ (BVerwGE 119, 217 [220] = NVwZ 2004, 614). Ziele der Raumordnung sind darüber hinaus auch nach ihrem materiell-rechtlichen Gehalt eine Rechtsvorschrift. Dass nicht förmlich als Rechtsverordnung oder Satzung beschlossene Grundsätze der Raumordnung keine Rechtsvorschriften i.S.d. § 47 I Nr. 2 VwGO sind, ist angesichts der hier vorliegenden förmlichen Festsetzung durch Satzung ohne Bedeutung (BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 176 = NVwZ 2009, 1226 Rn. 8).“ (BVerwG aaO.)

IV. Antragsbefugnis

Nach § 47 II 1 VwGO kann den Antrag 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.

1. Ausweisung von Vorbehaltsgebieten

Der Ast. Wendet sich gegen die in der Satzung festgelegten Grundsätze der Raumordnung, die für seine Grundstücke Vorbehaltsgebiete für die Landwirtschaft (Plansatz 3.2.2) und Landschaftsentwicklung (Plansatz 3.2.4) ausweisen. Fraglich ist, ob diesbezügliche eine Rechtsverletzung in Betracht kommt.

*„Grundsätze der Raumordnung enthalten Vorgaben für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen (§ 3 Nr. 3 ROG 1998/§ 3 I Nr. 3 ROG 2008). Sie sind bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen in der Abwägung oder bei der Ermessensausübung nach Maßgabe der dafür geltenden Vorschriften zu „berücksichtigen“ (§ 4 II ROG 1998/§ 4 I 1 Hs. 2 ROG 2008). Dies gilt auch für Vorbehaltsgebiete. Gemäß § 7 IV 1 Nr. 2 ROG 1998/§ 8 VII 1 Nr. 2 ROG 2008 sind **Vorbehaltsgebiete** Gebiete, in denen bestimmten **raumbedeutsamen Funktionen oder Nutzungen** bei der Abwägung mit konkurrierenden raumbedeutsamen Nutzungen besonderes Gewicht beigemessen werden soll oder beizumessen ist. Der Gesetzgeber ordnet Vorbehaltsgebiete den Grundsätzen und nicht den Zielen der Raumordnung zu (BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 176 = NVwZ 2009, 1226 Rn. 9). **Vorbehaltsgebiete wirken als Gewichtungsvorgaben** auf nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen ein und dürfen – anders als Ziele der Raumordnung – durch öffentliche oder private Belange von höherem Gewicht überwunden werden (BVerwGE 118, 33 [47 f.] = NVwZ 2003, 738). Die in der Festlegung eines Vorbehaltsgebiets enthaltene Vorgabe, den im Raumordnungsplan bestimmten Funktionen oder Nutzungen **bei der Abwägung ein besonderes Gewicht beizumessen**, ist zwar geeignet, die gemeindliche Planungshoheit einzuschränken; das gilt in geringerem Ausmaß auch für sonstige Grundsätze der Raumordnung. Sie sind – wie bereits dargelegt – bei nachfolgenden Abwägungsentscheidungen jedenfalls zu berücksichtigen. Auch dies ist eine Rechtspflicht; sie erweitert die in die Abwägung einzustellenden Belange. Ob der raumbedeutsamen Funktion oder Nutzung in einem Vorbehaltsgebiet der **Vorrang gegenüber anderen Belangen** zukommt,*

*hängt von der konkreten Planungssituation ab. Das gilt ebenso für die Frage der Gewichtung, die sich nicht abstrakt im Voraus bestimmen lässt. Der Ast. kann daher **nicht geltend machen**, bereits durch die **Festlegung der Grundsätze** i.S.v. § 47 II 1 VwGO **in seinen Rechten verletzt** zu werden. Dass die Grundsätze der Raumordnung in künftigen Entscheidungen zu berücksichtigen sind, ist auch keine Anwendung dieser Grundsätze i.S.d. § 47 II 1 VwGO.*

*Der Ast. wird hierdurch **nicht rechtsschutzlos** gestellt, da ihm die **Möglichkeit einer inzidenten Kontrolle** verbleibt. Wird das besondere Gewicht der im Raumordnungsplan bestimmten Funktion oder der Nutzung bei der Entscheidung über die Zulassung eines Vorhabens berücksichtigt, kann im Rahmen der gerichtlichen **Überprüfung der Zulassungsentscheidung als Vorfrage geprüft** werden, ob die Festlegung des Vorbehaltsgebiets wirksam ist. Gleiches gilt, wenn über die Wirksamkeit eines Bebauungsplans mit Blick auf Vorgaben in Form eines Vorbehaltsgebiets zu entscheiden ist.“ (BVerwG aaO.)*

Der Ast. ist folglich nicht antragsbefugt, soweit er sich gegen Grundsätze der Raumordnung wendet, die für seine Grundstücke Vorbehaltsgebiete für die Landwirtschaft (Plansatz 3.2.2) und Landschaftsentwicklung (Plansatz 3.2.4) ausweisen. Es ist von vornherein ausgeschlossen, dass diese Ausweisung Rechte des Ast. verletzt.

2. Einbeziehung der Grundstücke des Ast. in die Zielfestlegung „Regionaler Grünzug“

Eine mögliche Rechtsverletzung könnte aber in der Einbeziehung der Grundstücke des Ast. in die Zielfestlegung „Regionaler Grünzug“ liegen. Vorliegend kommt eine Verletzung des durch Art. 14 I GG geschützten Eigentums für die Grundstücke in Betracht sein, für welche der Regionalplan als Ziel der Raumordnung den Regionalen Grünzug ausweist. Mit dieser Zielfestlegung könnte der Regionalplan unmittelbar Inhalt und Schranken des Eigentums i.S.v. Art. 14 I 2 GG gestalten.

*„Nach § 35 III 2 Hs. 1 BauGB dürfen raumbedeutsame Vorhaben **Zielen der Raumordnung nicht widersprechen**. Nach der im Schrifttum mittlerweile vorherrschenden Meinung (Mitschang/Reidt in Batis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 35 Rn. 106; Rieger in Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 156; Jäde in Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB, 7. Aufl. 2013, § 35 Rn. 242; Hendler, NuR 2004, 485 [488]) hat sich diese Vorschrift zu einer echten Raumordnungsklausel entwickelt, welche den **raumordnungsrechtlichen Zielfestlegungen nach dem Raumordnungsgesetz 1998 strikte Verbindlichkeit** verleiht. Die Auslegung des § 35 III 2 BauGB bestätigt, dass sich die Norm zu einer **echten Raumordnungsklausel** entwickelt hat, die nachfolgende Planungsträger bindet.*

*Mit der Festsetzung eines Ziels der Raumordnung wird bewirkt, dass der Bau eines raumbedeutsamen Vorhabens, das im Widerspruch zu diesem Ziel steht, unzulässig ist (§ 35 III 2 Hs. 1 BauGB). Eine **nachvollziehende Abwägung scheidet aus**. Die **Festlegung eines Ziels** der Raumordnung nach dem Raumordnungsgesetz 1998 **beschränkt** damit für ein Grundstück im Außenbereich die generell mit ihm verbundenen **Nutzungsbefugnisse** und **wirkt als Inhalts- und Schrankenbestimmung** des Eigentums (vgl. auch Kment, NVwZ 2003, 1047 [1049]; für den Bebauungsplan BVerwGE 134, 355 = NVwZ-RR 2010, 304 Rn. 13 m.w.N.).“ (BVerwG aaO.) (BVerwG aaO.)*

Hinsichtlich dieser Zielfestlegung ist eine Antragsbefugnis nach § 47 II 1 VwGO somit gegeben.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Dem Antrag dürfte aber auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

*„Das Erfordernis eines Rechtsschutzbedürfnisses soll nur verhindern, dass Gerichte in eine Normprüfung eintreten, deren **Ergebnis für den Ast. wertlos** ist. Es ist aber **nicht erforderlich**, dass die begehrte Erklärung einer Norm als unwirksam **unmittelbar zum eigentlichen Rechtsschutzziel** führt (BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 156, S. 87 = NVwZ 2002, 1126 = NJW 2002, 3346 Ls.). Der Ast. möchte erkennbar verhindern, dass die Möglichkeit einer Ausweisung seiner Grundstücke als Wohnbauflächen an § 1 IV BauGB scheitert. Dies reicht aus, um sein Rechtsschutzbedürfnis zu begründen.“ (BVerwG aaO.)*

Kurzauslese II

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

GKG **Auswechslung des Klagegrundes bei Klageänderung** **KostenR**
§ 39 **Streitwertaddition**

(OLG Celle in MDR 2015, 912; Beschluss vom 09.06.2015 – 2 W 132/15)

„Der Senat hält an seiner Ansicht fest, dass wenn der Kläger im Wege der Klageänderung den Klaggrund für einen Zahlungsanspruch im Laufe einer Instanz auswechselt, die **Werte des ursprünglichen und des wirtschaftlich nicht identischen neuen Streitgegenstandes** bei der Wertfestsetzung für das gerichtliche Verfahren **zu addieren** sind. Die angefochtene Entscheidung, die sich anstatt sich sachlich mit der streiterheblichen Rechtsfrage auseinanderzusetzen darauf reduziert, darauf hinzuweisen, einer vermeintlich herrschenden Meinung zu folgen, vermag in Ermangelung jeglicher Begründung demgegenüber nicht zu überzeugen.

§ 39 I GKG bestimmt, dass **in demselben Verfahren und in demselben Rechtszug die Werte mehrerer Streitgegenstände zusammengerechnet** werden, soweit nichts anderes bestimmt ist. Die Klägerin hat im Streitfall mit der ursprünglichen Klage Zahlung von Miete bzw. Nutzungsentschädigung für den Zeitraum April 2009 bis Dezember 2009 einschließlich in Höhe von 12.653,92 € geltend gemacht. Im Schriftsatz vom 14.05.2012 hat sie den Antrag hinsichtlich der geltend gemachten Verzugszinsen modifiziert und hinsichtlich des in der Hauptsache weiterhin der Höhe nach geltend gemachten Zahlungsanspruchs ausgeführt, für den Zeitraum ab Oktober 2009 stehe ihr ein Anspruch auf Zahlung von insgesamt 2.371,20 € zu und für das Jahr 2010 ein Anspruch auf Zahlung von 10.104 € (12 Monate à 842 €) zu. Danach hat die Klägerin in demselben Verfahren und in demselben Rechtszug Streitgegenstände im Gesamtwert von 22.757,92 € geltend gemacht, die nach § 39 GKG zusammengerechnet werden.“ (OLG Celle aaO.)

ZPO **Verjährungshemmung durch Demnächst-Zustellung** **ZivilVerfR**
§§ 115 III, 167 **Gescheiterte Prozessfinanzierung**

(BGH in NJW 2015, 3101; Urteil vom 03.09.2015 – III ZR 66/14)

- Die Zusage eines leistungsfähigen und leistungsbereiten Dritten, einen beabsichtigten Prozess zu finanzieren, stellt verwertbares Vermögen im Sinne von § 115 III ZPO in Verbindung mit § 90 I SGB XII dar und beseitigt die Bedürftigkeit des Antragstellers im Prozesskostenhilfeverfahren.
- Im Rahmen der Prüfung der Verjährungshemmung nach § 204 I Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 167 ZPO ist bei der Beurteilung der Frage, ob die dem Kläger zuzurechnende Verzögerung der Zustellung der Klageschrift noch als geringfügig anzusehen ist, auf die Zeitspanne abzustellen, um die sich der ohnehin erforderliche Zeitraum für die Zustellung der Klage als Folge der Nachlässigkeit des Klägers verzögert hat.
- Dem Zustellungsveranlasser zuzurechnende Verzögerungen von bis zu 14 Tagen sind regelmäßig geringfügig und deshalb hinzunehmen.
- Die Zustellung einer Klage erfolgt noch „demnächst“, wenn der Kläger innerhalb von 14 Tagen nach Zugang der Gerichtskostenanforderung und Ablauf einer angemessenen Erledigungsfrist einen Prozesskostenhilfeantrag stellt, sofern sich nach Zugang der Vorschussrechnung ergibt, dass eine zunächst zuverlässig zugesagte Prozessfinanzierung durch einen Dritten nicht zu Stande kommt.

WEG **Begriff der Wohnungseigentumssache** **ZivilProzR**
§ 43 **Zuständigkeit**

(BGH in IMR 2015, 386; Beschluss vom 11.06.2015 – V ZB 78/13)

- Der **Streit über die sachenrechtlichen Grundlagen der Wohnungseigentümergeinschaft** gehört nicht zu den Wohnungseigentumssachen nach § 43 Nr. 1 WEG; er ist vielmehr eine **allgemeine Zivilsache**.
- Dafür macht es keinen Unterschied, ob **abstrakt über den Inhalt des Sondereigentums** gestritten wird oder über die sich **aus dem Sondereigentum ergebenden Ansprüche**.

Fall: Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Der Kläger verlangt von dem Beklagten die Räumung und Herausgabe des näher bezeichneten größeren Teils eines Raums im Keller der Anlage, der ihm nach seiner Ansicht in der Teilungserklärung in diesem Umfang mit seinem Sondereigentum als Abstellraum zugewiesen ist, Verschaffung eines dauerhaften Zugangs zu diesem Raum sowie Zahlung von 600 € Nutzungsentgelt für den Zeitraum von Januar bis Dezember 2008 nebst Zinsen. Der Beklagte beansprucht den gesamten Raum für sich und gewährt dem Kläger keinen Zugang. Das Amtsgericht hat den Beklagten mit diesem am 02.11.2012 zugestelltem Urteil unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Räumung und Herausgabe des beanspruchten Teils des Kellerraums sowie zur Zahlung des Nutzungsentgelts nebst Zinsen verurteilt. Dagegen hat der Beklagte bei dem Landgericht Wiesbaden mit am 30.11.2012 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt. Das Landgericht Wiesbaden hat die Berufung mangels fristgerechter Einlegung bei dem für Wohnungseigentumssachen zuständigen Landgericht Frankfurt am Main durch dem Beklagten am 08.03.2013 zugestellten Beschluss als unzulässig verworfen.

Das Landgericht Wiesbaden hält sich für unzuständig, weil es sich bei dem Streit über die Zuordnung des Abstellraums im Keller der Wohnungseigentumsanlage eine um Wohnungseigentumssache im Sinne von § 43 Nr. 1 WEG handele. Hierfür sei nach § 72 II GVG das Landgericht Frankfurt am Main als das für den Sitz des Oberlandesgerichts zuständige Landgericht zuständig. Trifft dies zu?

Fraglich ist, ob es sich bei dem Streit über den Gegenstand und Umfang eines Sondereigentums um eine Wohnungseigentumssache im Sinne von § 43 Nr. 1 WEG handelt. Zu den Wohnungseigentumssachen gehören nach dieser Vorschrift **Streitigkeiten über die sich aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und aus der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums ergebenden Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander**. Hier streiten die Parteien nicht um die Ausübung ihrer Rechte aus dem Sondereigentum oder um die Nutzung des Gemeinschaftseigentums, sondern darüber, ob der streitige Teil des Kellers im Sondereigentum des Klägers oder in dem des Beklagten steht.

„Der Streit über die sachenrechtlichen Grundlagen der Wohnungseigentümergeinschaft gehört nach der Rechtsprechung des Senats nicht zu den Wohnungseigentumssachen nach § 43 Nr. 1 WEG; er ist vielmehr eine **allgemeine Zivilsache** (Urteile vom 30.06.1995 - V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 164 f., vom 26.10.2012 - V ZR 57/12, ZfIR 2013, 377 Rn. 8 und vom 19.12.2013 - V ZR 96/13, ZfIR 2014, 255 Rn. 6). Dafür macht es keinen Unterschied, ob **abstrakt über den Inhalt des Sondereigentums gestritten wird oder über die sich aus dem Sondereigentum ergebenden Ansprüche** (Urteil vom 30.06.1995 - V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 164 f.). Diese Rechtsprechung hat fast einhellige Zustimmung gefunden (KG, NJW-RR 2002, 590; OLG Köln, ZWE 2011, 222; OLG Stuttgart, OLGR 2001, 295, 296; Bamberger/Roth/Scheel, BGB, 3. Aufl., § 43 WEG Rn. 11; Klein in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 43 Rn. 55; Erman/Grziwotz, BGB, 14. Aufl., § 43 WEG Rn. 3; Jenni-Ben/Suilmann, WEG, 4. Aufl., § 43 Rn. 11; JurisPK/Reichel-Scherer, BGB, 7. Aufl., § 43 WEG Rn. 21; MüKo-BGB/Engelhardt, 6. Aufl., § 43 WEG Rn. 6; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 11. Aufl., § 43 Rn. 56; NK-BGB/Heinemann, 2. Aufl., § 43 WEG Rn. 3; Riecke/Schmid/Abraemenko, WEG, 4. Aufl., § 43 Rn. 10; Sauren, WEG, 6. Aufl., § 43 Rn. 7; Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 43 Rn. 9 f. - Stichwort sachenrechtliche Grundlagen; Staudinger/Wenzel, BGB [2005], § 43 WEG Rn. 20; Greiner, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., Rn. 1732; aM: Timme/Elzer, WEG, 2. Aufl., § 43 Rn. 139 - Stichwort: sachenrechtliche Grundlagen; Weitnauer/Mansel, WEG 9. Aufl., § 43 Rn. 8 II). Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung, die Anlass geben könnten, die Rechtsprechung zu überdenken, haben sich auch nach der Umstellung des Verfahrens in Wohnungseigentumssachen auf das Verfahren nach der Zivilprozessordnung und nach der Verlagerung der Rechtsmittelzuständigkeit auf die in § 72 II GVG bezeichneten Landgerichte nicht ergeben.“ (BGH aaO.)

ZPO
§§ 565, 514 II 1

Plötzliche Krankheit des Prozessbevollmächtigten Anforderungen an unverschuldete Säumnis

ZivilVerfR

(BGH in BeckRS 2015, 17085; Urteil vom 24.09.2015 – IX ZR 207/14)

Fall: Auf den 13.06.2014, 12.00 Uhr war ein Einspruchstermin im Berufungsverfahren anberaumt. Trotz ordnungsgemäßer Ladung erschien niemand. Auf Antrag des Beklagten hat das Berufungsgericht daraufhin den Einspruch der Klägerin durch im Termin verkündetes zweites Versäumnisurteil verworfen. Hiergegen richtet sich die Berufung.

Die Klägerin trägt vor, ihre Prozessbevollmächtigte habe bereits unter Übelkeit und Durchfall gelitten, als sie am 13.06.2014 um 10.15 Uhr mit ihrem Pkw von ihrer Wohnung in Köln in Richtung ihrer Kanzlei in Mülheim an der Ruhr aufgebrochen sei. Gegen 10.45 Uhr habe sich ihr Gesundheitszustand schnell und durchgreifend verschlechtert. Daher habe sie nach Eintreffen in den Kanzleiräumen gegen 11.30 Uhr sogleich die Waschräume aufsuchen müssen. Nach Eintritt einer geringfügigen Besserung habe sie sich in die unterhalb ihrer Kanzlei gelegene Arztpraxis begeben. Da sie über kein Büropersonal verfüge und die Prozessakte nicht in die Arztpraxis mitgenommen habe, sei es ihr nicht möglich gewesen, das Berufungsgericht selbst oder durch eine Arzthelferin von ihrer Erkrankung zu unterrichten. Ihr am Terminstag ortsabwesender Bürokollege hätte den Termin vor dem Berufungsgericht auch im Fall eines Anrufs um 11.30 Uhr, als sie sich in ärztliche Behandlung begeben konnte, nicht mehr rechtzeitig wahrnehmen können. Erst gegen 14.00 Uhr habe sie ein Schreiben an das Oberlandesgericht Düsseldorf aufsetzen und mit dem ihre Verhandlungsunfähigkeit bescheinigenden ärztlichen Attest per Fax versenden können.

I. Revision gegen zweites Versäumnisurteil

„Gegen ein **zweites Versäumnisurteil** eines Berufungsgerichts findet die **Revision ohne Zulassung** gemäß § 565 S. 1, § 514 II 1 ZPO statt (BGH, Beschluss vom 03.03.2008 - II ZR 251/06, WM 2008, 1231 Rn. 3 m.w.N.). Die Zulässigkeit des Rechtsmittels setzt jedoch die **schlüssige Darlegung** voraus, dass **kein Fall der schuldhaften Versäumung** vorgelegen habe (vgl. BGH, Urteil vom 19.11.1998 - IX ZR 152/98, NJW 1999, 724; vom 03.11.2005 - I ZR 53/05, NJW 2006, 448 Rn. 12; Beschluss vom 12.03.2013 - VIII ZB 42/12, nv Rn. 5). Die Verschuldensfrage richtet sich hierbei nach den gleichen **Grundsätzen wie bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** (vgl. BGH, Urteil vom 22.03.2007 - IX ZR 100/06, NJW 2007, 2047 Rn. 6; vom 25.11.2008 - VI ZR 317/07, NJW 2009, 687 Rn. 11). Bei dieser Bewertung ist das Revisionsgericht nicht an den Informationsstand gebunden, über den das Berufungsgericht bei Erlass seiner Entscheidung verfügte (BGH, Urteil vom 25.11.2008, aaO.).“ (BGH aaO.)

II. Unverschuldete Säumnis

Es kann unterstellt werden, dass die Prozessbevollmächtigte der Klägerin am 13.06.2014 erkrankungsbedingt nicht zu der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf anreisen konnte. Fraglich ist jedoch, ob dieser Umstand für die Annahme genügt, die Prozessbevollmächtigte habe den Termin unverschuldet versäumt.

„Eine schuldhafte Säumnis liegt regelmäßig auch dann vor, wenn ein Prozessbevollmächtigter, **der kurzfristig und nicht vorhersehbar an der Wahrnehmung eines Termins gehindert** ist, nicht das ihm Mögliche und Zumutbare getan hat, um dem **Gericht rechtzeitig seine Verhinderung mitzuteilen** und hierdurch eine **Vertagung zu ermöglichen** (vgl. BGH, Urteil vom 19.11.1998, aaO.; vom 03.11.2005, aaO. Rn. 14; Stein/Jonas/Althammer, ZPO, 22. Aufl., § 514 Rn. 9; Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 514 Rn. 9). Bereits aus dem dargelegten zeitlichen Ablauf ergibt sich, dass es der Prozessbevollmächtigten der Klägerin **nicht unmöglich oder unzumutbar** gewesen ist, das **Berufungsgericht rechtzeitig telefonisch** über ihre krankheitsbedingte Verhandlungsunfähigkeit selbst in Kenntnis zu setzen oder über ihren Bürokollegen **informieren zu lassen**.

Die **rasche Verschlechterung** der bereits am Morgen des 13.06.2014 bestehenden Krankheitssymptome trat ausweislich des klägerischen Vortrags gegen **10.45 Uhr** auf, als die Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Autobahn A 3 von Köln in Richtung Mülheim an der Ruhr befuhr. Dass die Prozessbevollmächtigte zu diesem Zeitpunkt noch davon ausging, rechtzeitig um 12.00 Uhr das Berufungsgericht erreichen zu können, hat die Klägerin nicht vorgetragen. Angesichts der **dargelegten erheblichen Übelkeit**, unter der sie zu dieser Uhrzeit litt, und in Anbetracht der - zulässigerweise - **knapp kalkulierten Fahrzeit**, durfte die Prozessbevollmächtigte der Klägerin auch nicht berechtigterweise darauf vertrauen, die nicht unerhebliche Restfahrstrecke bis zu Beginn der Terminsstunde überhaupt oder zumindest ohne nennenswerte Verzögerungen absolvieren zu können. Bereits zu diesem Zeitpunkt hätte es der **gebotenen anwaltlichen Sorgfalt** entsprochen, die **erforderlichen Vorkehrungen zu treffen**,

um die im konkret vorhersehbaren Fall einer Säumnis im Einspruchstermin drohenden, schwerwiegenden Nachteile von der Mandantin abzuwenden. Hierzu wäre eine **telefonische Kontaktaufnahme zu dem Berufungsgericht** oder ein mit der Bitte um Weiterleitung des Verhinderungsgrundes verbundener Anruf bei dem Bürokollegen erforderlich, aber auch ausreichend gewesen. Ein solches Telefonat entweder über ein **vorhandenes Mobiltelefon oder aber ein öffentliches Telefon** zu führen, war der Prozessbevollmächtigten der Klägerin trotz der vorgetragenen schweren Übelkeit zumutbar. Regelmäßig ist der für einen einzigen Telefonanruf anzusetzende Kraftaufwand geringer zu bewerten als die mit einem nicht unerheblichen Maß an Aufmerksamkeit und Konzentration verbundene 45-minütige Fahrt mit dem Pkw auf einer vielbefahrenen Straße, welche die Prozessbevollmächtigte auch noch nach Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes absolvieren konnte. Hierbei oblag es der Prozessbevollmächtigten der Klägerin aus anwaltlicher Vorsicht, die für eine Kontaktaufnahme zum Berufungsgericht erforderlichen Nummern oder aber die Telefonnummer ihres Bürokollegen angesichts des engen Zeitplans und der stets bestehenden Möglichkeit auch verkehrsbedingter Verzögerungen verfügbar zu halten.

Spätestens jedoch vor dem Aufsuchen der Arztpraxis war es der Prozessbevollmächtigten möglich und zumutbar, das Berufungsgericht oder ihren Bürokollegen aus ihren mit **Telefon und Faxgerät ausgestatteten Kanzleiräumen** zu kontaktieren. Nach ihrem Vortrag begab sich die Prozessbevollmächtigte der Klägerin gegen 11.30 Uhr und damit rechtzeitig vor dem angesetzten Verhandlungstermin in die unterhalb ihrer Kanzlei gelegenen Praxisräume. Zu diesem Zeitpunkt war eine - wenn auch nur vorübergehende - Besserung ihrer Beschwerden eingetreten, so dass es für die Prozessbevollmächtigte der Klägerin nur eine **geringe und damit zumutbare Anstrengung** bedeutet hätte, ihre **Verhandlungsunfähigkeit telefonisch oder per Fax mitzuteilen**. Dass ihr Bürokollege auch im Fall eines Anrufs um 11.30 Uhr nicht mehr rechtzeitig den Termin hätte wahrnehmen können, entband die Prozessbevollmächtigte der Klägerin insoweit nicht von ihrer Pflicht, eine Vertagung des Verhandlungstermins durch das Berufungsgericht zu ermöglichen. Dieses Anliegen hätte auch ihr ortsabwesender Bürokollege an das Berufungsgericht telefonisch oder per Fax weiterleiten können.“ (BGH aaO.)

StPO

Einstellung des Ermittlungsverfahrens Anfechtung durch Verletzten

StrafverfR

§§ 153 I, 153a, 170 II, 172 II 3, 376

(OLG Karlsruhe in BeckRS 2015, 16452; Urteil vom 24.08.2015 – 2 VAs 19-21/15)

Fall: Der auf § 23 EGGVG oder Art. 19 IV i.V.m. § 153 I 1 analog StPO gestützte Antrag richtet sich gegen die nachfolgenden Verfügungen der Staatsanwaltschaft Heidelberg. Diese hat aufgrund der Strafanzeigen des Antragstellers folgende Entscheidungen getroffen:

- a) Das auf Strafanzeige vom 25.07.2014 (Beschuldigte: D. H. und A. H.) eingeleitete Ermittlungsverfahren 140 Js 15952/14 wurde durch Verfügung vom 30.09.2014 gemäß § 153 I StPO eingestellt; hinsichtlich möglicher Ordnungswidrigkeiten wurde das Verfahren an die Verwaltungsbehörde abgegeben. Die hiergegen erhobene Beschwerde des Antragstellers wurde - als Dienstaufsichtsbeschwerde - mit Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft Karlsruhe vom 31.10.2014 - Zs 1974/14 - als unbegründet zurückgewiesen.
- b) Das auf Strafanzeige vom 26.10.2014 (Beschuldigte: D. H. und A. H.) eingeleitete Ermittlungsverfahren 140 Js 26670/14 wurde durch Verfügung vom 15.12.2014 mangels Vorliegens des öffentlichen Interesses i.S.d. § 376 StPO unter Verweisung auf den Privatklageweg eingestellt; hinsichtlich möglicher Ordnungswidrigkeiten wurde das Verfahren an die Verwaltungsbehörde abgegeben. Die hiergegen erhobene Beschwerde des Antragstellers wurde - als Dienstaufsichtsbeschwerde - mit Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft Karlsruhe vom 19.01.2015 - 6 Zs 78/15 - als unbegründet zurückgewiesen.
- c) Das auf Strafanzeige vom 27.04.2015 (Beschuldigter: D. H.) eingeleitete Ermittlungsverfahren 140 Js 9138/15 wurde durch Verfügung vom 26.05.2015 gemäß § 153 I StPO eingestellt; hinsichtlich möglicher Ordnungswidrigkeiten wurde das Verfahren an die Verwaltungsbehörde abgegeben.

Sämtlichen Strafanzeigen liegen Beschuldigungen im Nachbarschaftsverhältnis - die Beschuldigten wohnen im Nachbarhaus -, insbesondere Hausfriedensbruch, Beleidigung, Lärmbelästigung u.s.w., zugrunde.

I. Anfechtungsmöglichkeiten des Verletzten

„Eine **Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft** nach § 153 StPO (Verfügung vom 30.09.2014 und 27.04.2015) bzw. § 170 II StPO i.V.m. mit einer Verweisung auf den Privatklageweg (Verfügung vom 15.12.2014) kann zwar **vom möglichen Verletzten nicht im Wege eines Antrags im Klageerzwingungsverfahren angefochten** werden (§ 172 II 3 StPO). Dieser Ausschluss einer Anfechtungsmöglichkeit steht in Übereinstimmung mit § 153 II 4 StPO im Fall eines gerichtlichen Einstellungsbeschlusses - außer beim Fehlen einer prozessualen Voraussetzung für den Angeschuldigten und die Staatsanwaltschaft (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 153 Rn. 34) -, was auch für einen Nebenkläger gilt (§ 400 II 2 StPO). Daher kommen für den Anzeigerstatter bzw. Verletzten bei solchen Einstellungsverfügungen nur die **Gegenvorstellung oder Dienstaufsichtsbeschwerde** in Betracht (SK-StPO/Weßlau, 4. Aufl., § 153 Rn. 64). Dies gilt auch dann, wenn der Anzeigerstatter die Verneinung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft (§ 376 StPO) für unrichtig hält (KK-Moldenhauer, StPO, § 172 Rn. 39).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts **gebietet auch Art. 19 IV 1 GG keine Anfechtungsmöglichkeit**. Ein Verstoß gegen Art. 19 IV 1 GG setzte nämlich eine im Interesse des Einzelnen gewährte Rechtsposition voraus; nur zum Schutz derartiger Rechtspositionen ist der Rechtsweg verfassungsrechtlich garantiert (BVerfGE 83, 182 [194]). Dabei genügt die Verletzung bloßer Interessen nicht; entscheidend ist, ob die **einschlägige Norm dem Schutz des Betroffenen zu dienen bestimmt** ist, d.h. ob sie einen derartigen Schutz bezweckt und nicht lediglich zur Folge hat. Eine solche Rechtsposition des Antragstellers, deren Verletzung er gemäß Art. 19 IV 1 GG im Rechtsweg geltend machen könnte, ist nicht gegeben. **§ 153 StPO bezweckt nicht den Schutz des durch die Straftat Verletzten** (BVerfG NStZ 2002, 211 zur vergleichbaren Rechtslage bei § 153a StPO). Eine Verletzung von Rechten des durch die Straftat Verletzten scheidet grundsätzlich auch aus, wenn es um die **Beurteilung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung** durch die Staatsanwaltschaft geht (BVerfG 51, 176 [187] zu § 232 I 1 StGB a.F. [§ 230 I 1 StGB n. F.]). Daher ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, dass der Gesetzgeber ein solches Interesse bei Verfahrenseinstellungen nicht mit einer das Klageerzwingungsverfahren eröffnenden Wirkung gewichtet hat (BVerfG NStZ, aaO. zu § 153a StPO). Mithin ist es verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden, dass eine gerichtliche Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO durch den Nebenkläger einer Anfechtung entzogen ist, zumal das Grundgesetz grundsätzlich **keinen Anspruch auf Strafverfolgung eines Dritten durch den Staat** kennt (BVerfG NJW 1995, 317; vgl. auch BGHSt 47, 270 - juris Rn. 6). Dies kann nur bei erheblichen Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die sexuelle Selbstbestimmung und die Freiheit der Person, bei Straftaten gegen Opfer, die sich in einem besonderen Obhuts-

verhältnis zur öffentlichen Hand befinden sowie bei Delikten von Amtsträgern in Betracht kommen (BVerfG EuGRZ 2015, 429 - juris Rn. 17). Diese engen Voraussetzungen sind vorliegend ersichtlich nicht gegeben.

Schließlich liegen unter Berücksichtigung des der Staatsanwaltschaft eröffneten besonders weiten Beurteilungsspielraums (BVerfG, NStZ, aaO. juris Rn. 15) auch **keine willkürlichen Entscheidungen** vor (vgl. auch Nr. 229 I 1, Nr. 233 Satz 1, Nr. 234 I 1 RiStBV).“ (OLG Karlsruhe aaO.)

II. Antrag auf gerichtliche Entscheidung

„Ungeachtet des Ausschlusses einer Anfechtungsmöglichkeit in Bezug auf die getroffenen Entscheidungen, ist auch ein **Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 I EGGVG nicht zulässig**. Sieht das Gesetz nämlich die Anfechtung einer Maßnahme vor, ist der Antrag nach § 23 I EGGVG auch dann ausgeschlossen, wenn diese **Regelung bewusst nicht alle Fälle erfasst** (Senat, Beschlüsse vom 19.03.2015 - 2 VAs 19/14 - und vom 17.07.2015 - 2 VAs 16/14; OLG Frankfurt ZInsO 2009, 242; Meyer-Goßner/Schmitt, aaO. EGGVG § 23 Rn. 12). Vorliegend steht einem Verletzten grundsätzlich die Möglichkeit eines Antrags im Klageerzwingungsverfahren offen, welcher lediglich bei bestimmten Tatvorwürfen (Privatklagedelikte) und Einstellungsentscheidungen (u.a. § 153 StPO) ausgeschlossen ist.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

StGB
§ 230

Besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung Anklage wegen gefährlicher Körperverletzung

StrafVerfR

(BGH in StV 2015, 699; Beschluss vom 07.05.2015 – 2 StR 108/15)

Umfasst die Anklage nur den Vorwurf einer gefährlichen Körperverletzung, kann darin keine Bejahung eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung auch wegen einer einfachen Körperverletzung für den Fall gesehen werden, dass das Gericht nicht von einer qualifizierten Tat ausgeht.

GG
Art. 103 I

Grundsatz der Aktenwahrheit und -vollständigkeit Entfernung von schuldpruch- oder rechtsfolgenrelevante Schriftstücken

StrafVerfR

(OLG Köln in StV 2015, 677; Beschluss vom 27.02.2015 – 1 RBs 56/15)

In Bezug auf die gerichtliche Aktenführung verbietet es der **Grundsatz des rechtlichen Gehörs**, Schriftstücke, aus denen sich **schuldpruch- oder rechtsfolgenrelevante Umstände** ergeben können, den Akten fernzuhalten oder sie aus der Akte wieder zu entfernen.

Fall: Dem Vorbringen der Betr., mit dem eine Versagung des rechtlichen Gehörs geltend gemacht wird liegt folgendes, von dem Verteidiger in der Form des § 344 II 2 StPO vorgetragenes und durch den Akteninhalt bestätigtes Verfahrensgeschehen zugrunde:

Das AG hatte zur Frage der ordnungsgemäßen Messung ein schriftliches Sachverständigengutachten des Sachverständigen D. (E Automobil GmbH) eingeholt, das das Sachverständigenbüro mit Schreiben v. 18.07.2014 übersandte. In diesem Schreiben heißt es:

„Wie am 18.07.2014 mit Ihnen telefonisch besprochen, senden wir Ihnen zu obigen Aktenzeichen eine neue Rechnung zur Kenntnisnahme, die Differenz zur vorherigen Rechnung wird Ihnen selbstverständlich zurückerstattet. Weiterhin ist das korrigierte Gutachten zum Austausch 2-fach beigefügt, die Anlagen dazu bleiben unverändert und sind – daher nicht enthalten. Wir bedauern den Vorfall und bitten für die Unannehmlichkeiten um Entschuldigung.“

Weiter findet sich in der Akte einen Vermerk der Justizamtsinspektorin T v. 18.07.2014, der wie folgt lautet:

„Vermerk:

In dem Bußgeldverfahren gegen C rief Büro E an und erklärte Folgendes:

Sowohl das Gutachten als auch die Rechnung sind fehlerhaft. Neues Gutachten und Rechnung wird übersandt. Durchschrift an den Verteidiger habe ich aus der Post raus geholt.

Überweisung ist allerdings schon raus.“

Der Verteidiger rügte nach Ergehen des Urteils die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Zu Recht?

„Diese Verfahrensweise des AG verletzt den **Anspruch der Betroffenen auf Gewährung rechtlichen Gehörs**. Dieser Grundsatz verpflichtet das Gericht – soweit hier von Interesse –, die Äußerungsmöglichkeiten des Betr. namentlich sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt zu sichern und ihm die Möglichkeit einzuräumen, sich zu **Rechtsfragen zu äußern, Anträge zu stellen und Ausführungen zu machen** (BVerfGE 63, 332 [337] = NJW 1983, 2763 [2764] SenE v. 24.03.2000 – Ss 134/00 – SenE v. 16.03.2001 – Ss 77/01 Z SenE v. 26.01.2007 – 82 Ss-OWi 7/07 –)

Was speziell die Aktenführung und -einsicht angeht, verbietet es der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, Schriftstücke, aus denen sich schuldpruch- oder rechtsfolgenrelevante Umstände ergeben können, den Akten fernzuhalten. **Was für das Verfahren geschaffen worden ist, darf der Akteneinsicht nicht entzogen werden** (so ausdrücklich: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl. 2014, § 147 Rn. 14).

Der Senat vermag – was bereits im Verfahren über die Zulassung der Rechtsbeschwerde zu klären ist (SenE v. 20.01.2011 -111-1 RBs 316/10 –; SenE v. 28.03.2011 – 111-1 RBs 66/11 –; SenE v. 15.04.2014 – 111-1 RBs 89/14 –; OLG Düsseldorf NJW 1999, 2130; Göhler, OWiG, 16. Aufl., § 80 Rn. 16c) – letztlich nicht auszuschließen, dass das angefochtene Urteil auf der Gehörsverletzung beruht (zur Beruhensprüfung bei der Verletzung des rechtlichen Gehörs vgl. ausdrücklich BVerfG NJW 1991, 2811 – bei Juris Tz. 21). Ein Beruhen des Urteils auf der Gehörsverletzung könnte (nur dann) ausgeschlossen werden, wenn das zunächst zur Akte gelangte „falsche“ Gutachten eine andere als die streitgegenständliche Messung betroffen hätte. Das ist aber nach den durch die zulässig erhobene Verfahrensrüge veranlassten freibeweislichen Ermittlungen des Senats nicht der Fall (vgl. zu den Ermittlungsmöglichkeiten im Freibeweisverfahren BGH NStZ 1993, 349; BGH StraFo 2011, 314 = StV 2012, 3). Vielmehr betraf es nach der eingeholten fermündlichen Auskunft der E die Messung v. 17.05.2013, 21:18 Uhr in K. Auch wenn seitens der E insoweit – ohne die Möglichkeit näherer Eingrenzung – (nur) von im Hinblick auf Schreibfehler vorzunehmende Korrekturen die Rede war, war doch das

„falsche“ Gutachten im vorbezeichneten Sinne für das vorliegende Verfahren geschaffen und unterlag daher dem Akteneinsichtsrecht des Verteidigers.“ (OLG Köln aaO.)

EMRK
Art. 3, 6 I, 35 I, 41

**Angeklagte im Metallkäfig
Verstoß gegen das Folterverbot**

EMRK

(EGMR in NJW 2015, 3423; Urteil vom 17.07.2015 – 32541/08, 43441/08)

Der Gerichtshof hat wiederholt festgestellt, dass Art. 3 EMRK einen der **wichtigsten Grundwerte der demokratischen Gesellschaft** schützt. Er verbietet in absoluten Worten **Folter und unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe** unabhängig von den Umständen und dem Verhalten des Opfers.

1. Eine Behandlung ist **erniedrigend** i.S.v. Art. 3 EMRK, wenn sie eine **Person demütigt oder herabsetzt**, es an Achtung für ihre Menschenwürde fehlen lässt oder sie herabsetzt oder im Opfer Gefühle der Angst, Beklemmung oder Unterlegenheit erweckt, geeignet, den moralischen oder körperlichen Widerstand zu brechen.
2. Eine Behandlung ist **nur erniedrigend**, wenn das zugefügte Leid oder die Herabwürdigung **über das hinausgeht, was unvermeidbar** mit einer bestimmten Form gerechtfertigter Behandlung verbunden ist.
3. Auch **Zwangsmaßnahmen** wie das **Anlegen von Handschellen** werfen normalerweise keine Frage nach Art. 3 EMRK auf, wenn sie im Zusammenhang mit einer rechtmäßigen Festnahme oder Haft vorgenommen werden und **nicht mit Gewalt oder öffentlichem Aufsehen verbunden** sind, die über das hinausgehen, was unter den Umständen des Falls vernünftigerweise als notwendig angesehen werden kann. Dabei ist zum Beispiel von Bedeutung, ob zu erwarten ist, dass sich der Betroffene der Festnahme widersetzt oder versucht, zu fliehen, Verletzungen oder materiellen Schaden zuzufügen oder Beweise zu unterdrücken.
4. **Ordnung und Sicherheit im Gerichtssaal von größter Bedeutung** und für eine angemessene Justizverwaltung unabdingbar sind. Die **Mittel zur Gewährleistung** von Ordnung und Sicherheit dürfen aber **keine Zwangsmaßnahmen** sein, die wegen ihrer Härte oder ihrer Natur in den Anwendungsbereich von Art. 3 EMRK fallen. Denn diese **Vorschrift verbietet**, wie der Gerichtshof wiederholt ausgesprochen hat, **Folter und unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe absolut**, so dass es **keine Rechtfertigung** für eine solche Behandlung geben kann.
5. In Russland wird regelmäßig jeder Verdächtige oder Angeklagte in Untersuchungshaft im Gerichtssaal in einen Metallkäfig gesetzt. Es gibt **keine überzeugenden Gründe**, dass es unter den heutigen Bedingungen unabdingbar ist, Angeklagte in einem Käfig unterzubringen, um sie körperlich in Schranken zu halten, ihre Flucht zu verhindern, mit ungebührlichem oder aggressiven Verhalten fertig zu werden oder sie vor Aggressionen von außen zu schützen. Deswegen kann die fortgesetzte Praxis **kaum anders als ein Mittel verstanden** werden, den **Eingesperrten herabzusetzen und zu erniedrigen**. Die **Absicht**, den während des Gerichtsverfahrens in einem Käfig eingesperrten Angeklagten herabzusetzen und ihn zu entwürdigen, ist danach **offensichtlich**.
6. Unabhängig von den besonderen Umständen des Falls gilt, dass Kern der Konvention die Achtung der Menschenwürde ist und dass ihr Ziel und Zweck als ein Instrument zum Schutz Einzelner verlangen, die in ihr enthaltenen Vorschriften so auszulegen und anzuwenden, dass die Garantien praktisch und wirksam sind. Während des Gerichtsverfahrens **Personen in Metallkäfigen einzusperren**, ist **wegen der objektiv erniedrigenden Art unvereinbar mit den Anforderungen an ein zivilisiertes Verhalten**, das Kennzeichen einer demokratischen Gesellschaft ist und eine Verletzung der Menschenwürde, die gegen Art. 3 EMRK verstößt.

VwGO
§ 124 a IV 4

Fristverlängerungsantrag

VerwProzR

Nicht verlängerbare Frist für Begründung des Berufungszulassungsantrags

(OVG Bremen in NJW 2015, 2678; Beschluss vom 28.05.2015 – 1 LA 64/15)

1. Stellt der Prozessbevollmächtigte eines Beteiligten **am letzten Tag der Frist zur Begründung eines Antrags auf Zulassung der Berufung** einen Antrag auf Verlängerung dieser Frist, obwohl sie nicht verlängerbar ist, kann er nicht damit rechnen, dass das Gericht ihn auf diesen Rechtsirrtum noch am selben Tag hinweist oder jedenfalls über den (unzulässigen) Verlängerungsantrag am selben Tag entscheidet und ihm diese Entscheidung sofort zur Kenntnis gibt.
2. Ein **unverschuldetes Fristversäumnis**, das eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand begründet, liegt insoweit **nicht** vor.

Fall: Das VG Bremen hat eine Klage auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgewiesen; die Berufung hat es nicht zugelassen. Die Rechtsmittelbelehrung enthält den Hinweis, dass gegen das Urteil die Zulassung der Berufung beantragt werden kann. Das Urteil ist der Prozessbevollmächtigten des Kl. am 05.03.2015 zugestellt worden. Am 26.03.2015 hat der Kl. einen Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt.

Am 05.05.2015 hat die Prozessbevollmächtigte des Kl. mit dem um 12.54 Uhr per Fax beim OVG eingegangenen Schriftsatz beantragt, „die Frist zur Begründung der Berufung um zwei Wochen“ wegen starker Arbeitsüberlastung zu verlängern. Hinweise auf die am selben Tag ablaufende Frist zur Begründung des Zulassungsantrags enthält das Schreiben nicht. Der zuständige Berichterstatter erhielt von ihm Kenntnis am Morgen des 06.05.2015. Mit Schreiben vom selben Tag wies er den Kl. darauf hin, dass ein Berufungsverfahren nicht anhängig und die nicht verlängerbare Frist zur Begründung des Zulassungsantrags abgelaufen ist.

Die Prozessbevollmächtigte des Kl. hat mit Schriftsatz vom 08.05.2015 einen Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt, den sie darauf stützt, der Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist sei als Antrag auf Verlängerung der Frist zur Begründung des Zulassungsantrags auszulegen gewesen. Zwar sei die Frist nicht verlängerbar. Sie habe aber damit rechnen können, dass ihr Verlängerungsantrag sofort dem zuständigen Richter vorgelegt werde, der sie auf dieses weitere offensichtliche Versehen entweder telefonisch oder per Telefax vor Ablauf der Frist hinweise. Mit Schriftsatz ebenfalls vom 08.05.2015 hat der Kl. den Antrag auf Zulassung der Berufung begründet. Besteht ein Anspruch auf Wiedereinsetzung?

Ein Anspruch auf Wiedereinsetzung nach § 60 I VwGO besteht nur, wenn der Kl. unverschuldet an der Einhaltung der Frist für die Begründung des Berufungszulassungsantrags gehindert war.

„Bei dem Irrtum der Prozessbevollmächtigten über die Nichtverlängerbarkeit der Frist zur Begründung des Zulassungsantrags handelt es sich um einen Rechtsirrtum. **Mangelnde Rechtskenntnis** stellt in aller Regel **kein unverschuldetes Hindernis** i.S.d. § 60 I VwGO dar (st. Rspr. des BVerwG, vgl. z.B. BVerwG, NVwZ-RR 2010, 36 m.w.N.). Die Prozessbevollmächtigte des Kl. hätte wissen müssen, dass es sich bei der Frist des § 124 a IV 4 VwGO um eine gesetzliche Frist handelt, die nicht verlängert werden kann.

Die Prozessbevollmächtigte des Kl. kann sich nicht darauf berufen, ihr **Verschulden** sei deshalb **unbeachtlich**, weil das Gericht sie noch innerhalb des 05.05.2015 auf ihren Fehler hätte hinweisen müssen. Aus der Fürsorgepflicht der Gerichte folgt **keine generelle Verpflichtung zur sofortigen Prüfung von Eingängen auf bevorstehende Fristabläufe und diesbezügliche Rechtsirrtümer der Beteiligten**. Für die Beachtung der einschlägigen Verfahrensregelungen sind vielmehr grundsätzlich die Verfahrensbeteiligten und deren Prozessbevollmächtigte verantwortlich (OVG Münster, Beschl. v. 10.01.2013 – 6 A 2539/12). Dies gilt für das vorliegende Verfahren im besonderen Maße, weil der Fristverlängerungsantrag keinen Hinweis auf einen Fristablauf am selben Tag und die Notwendigkeit einer sofortigen Vorlage beim zuständigen Richter enthielt.

Die Prozessbevollmächtigte des Kl. kann sich zuletzt auch nicht darauf berufen, dass das Gericht über den (unzulässigen) Fristverlängerungsantrag **noch am selben Tag hätte entscheiden und diese Entscheidung ihr gegenüber hätte bekanntgeben müssen**, so dass ihr noch ausreichend Zeit verblieben wäre, eine Zulassungsbegründung zu erstellen. Ein Prozessbevollmächtigter kann nicht erwarten, dass ein **im Verlauf des letzten Tages einer Frist per Fax eingelegerter Antrag** auf Fristverlängerung noch am selben Tag durch das Gericht entschieden wird (BVerwG, Beschl. v. 19.01.2010 – 8 B 124/09 zur – ebenfalls nicht verlängerbaren – Frist des § 133 III 1 VwGO; a.A. OVG Bautzen, Beschl. v. 17.08.2009 – 5 A 97/09).“ (OVG Bremen aaO.)

VwGO
§ 146.

Beschwerde gegen einstweilige Anordnung Ausschluss bei befristeter Untersagung

VerwProzR

(VGH Mannheim in DÖV 2015, 1024; Beschluss vom 24.08.2015 – 9 S 1418/15)

Die Beschwerde gegen einen Beschluss, mit dem im Wege der **einstweiligen Anordnung** eine Untersagung für einen schon bei der Beschwerdeerhebung **verstrichenen Zeitraum** ausgesprochen wurde, ist grundsätzlich mangels Rechtsschutzinteresses **unzulässig**.

„Die Beschwerde ist unzulässig, weil die Antragsgegnerin **kein erkennbares Rechtsschutzinteresse** daran hat, die **im Wege der einstweiligen Anordnung ausgesprochene Untersagung** für den - schon bei der Beschwerdeerhebung (07.07.2015) verstrichenen - Zeitraum bis zum 30.06.2015 sowie die damit für den Fall der Zuwiderhandlung verbundene Ordnungsgeldandrohung aufheben zu lassen. Aufgrund der **immanenten zeitlichen Begrenzung** entfaltet die einstweilige Anordnung seit dem 01.07.2015 **keine Ge- oder Verbotswirkung** mehr. Die Antragsgegnerin ist von ihr nicht mehr beschwert (vgl. Meyer-Ladewig/Rudisile, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 28. EL 2015, § 146Rn. 4 i.V.m. Vorb. § 124 Rn. 39 ff.).

In der Sache könnte es der Antragsgegnerin somit allenfalls darum gehen, die (**vergangenheitsbezogene**) Feststellung zu erwirken, dass die einstweilige Anordnung mit dem vom Verwaltungsgericht formulierten Inhalt zu Unrecht ergangen ist. Allein zu diesem Zweck ist indes das Beschwerdeverfahren nicht eröffnet, selbst wenn die Antragsgegnerin für die Zukunft - etwa auch wegen möglicher Wiederholungsfälle - an einer obergerichtlichen Klärung bestimmter Rechtsfragen interessiert sein mag.“ (VGH Mannheim, aaO.)

VwGO
§ 124 a IV 4

Anforderungen an Rechtsmittelbelehrung Keine Pflicht zur Belehrung über die vor dem OVG zur Vertretung befugten Personen

VerwProzR

(BVerwG in DÖV 2015, 1024; Beschluss vom 31.08.2015 – 2 B 61.14)

1. Die Rechtsmittelbelehrung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils ist **nicht deshalb fehlerhaft** i.S.v. § 58 I VwGO, weil sie im Hinblick auf den Vertretungszwang vor dem Oberverwaltungsgericht **nicht ausdrücklich die zur Vertretung befugten Personen benennt**, sondern insoweit allein auf die gesetzliche Regelung in § 67 II 1, 2 Nr. 3 bis 7 VwGO verweist.
2. Die **im Zivilprozess geltende Regelung** über die Belehrung über den Anwaltszwang (§ 232 ZPO i.d.F. des Gesetzes vom 05.12.2012, BGBl I S. 2418) findet mit Blick auf den abschließenden Charakter von § 58 I VwGO und die differenzierte Vertretungsmöglichkeit gem. § 67 IV 3 ff. VwGO **im Verwaltungsprozess keine Anwendung**.

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Skamel:** Verfahrensaussetzung bei Prozessaufrechnung mit rechtshängiger Gegenforderung (in: NJW 2015, 2460)

Dass der Beklagte mit einer anderweitig rechtshängigen Forderung aufrechnen kann, ist nahezu allgemein anerkannt. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Prozess, in dem die Forderung eingeklagt ist, oder der Prozess, in dem die Forderung zur Aufrechnung gestellt wird, ausgesetzt werden kann, ist dagegen umstritten. Vor dem Hintergrund einer aktuellen Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. untersucht der Beitrag die diskutierten Lösungsvorschläge und verdeutlicht Zweckmäßigkeitskriterien.

2. **Hoffmann/Schneider:** Die Rücksendung der Ware als Widerrufserklärung (in: NJW 2015, 2529)

Seit dem Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes zur Verbraucherrechte-Richtlinie wird verbreitet angenommen, die kommentarlose Rücksendung der Ware sei nicht mehr als Widerrufserklärung anzusehen. Der Beitrag zeigt auf, dass diese Auffassung im Wesentlichen auf einer Äußerung in den Gesetzgebungsmaterialien beruht, die ein Fehlverständnis der zu Grunde liegenden Richtlinie wiedergibt. Die kommentarlose Rücksendung der Ware ist richtigerweise weiterhin in den meisten Fällen eindeutig als Widerrufserklärung auszulegen.

3. **Sittard/Rawe:** Der Mindestlohn und das BVerfG (in: NJW 2015, 2695)

Bereits wenige Monate nach seinem Inkrafttreten stand für das MiLoG die erste verfassungsrechtliche Härteprüfung an. Diese hat das MiLoG überstanden, weil das BVerfG die ersten unmittelbar gegen das Gesetz gerichteten Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen hat. Das heißt jedoch noch lange nicht, dass Karlsruhe dem MiLoG „seinen Segen erteilt“ hat; gerade im Hinblick auf die (angeblich) uneingeschränkte Mindestlohngeltung im grenzüberschreitenden Verkehr zeigt sich das BVerfG durchaus kritisch und wirft mehrere verfassungs- und europarechtliche Fragen auf. Im Folgenden sollen die drei aktuellen Entscheidungen der 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG zum Mindestlohn einer kurzen Analyse unterzogen werden

4. **Zscheschack/Brücher:** Die „begleitete Räumung“ bei Suizidankündigungen in der Räumungsvollstreckung (in: ZMR 2015, 745)

Suizidankündigungen im Rahmen von Räumungsvollstreckungen sind ständige Praxis der Vollstreckungsgerichte und Beschwerdekammern. Derartige Fälle, die von beiden Parteien mit hohem Nachdruck betrieben werden, stellen die Gerichte immer wieder vor tatsächlich und rechtlich schwierige Fragestellungen. Im Folgenden soll aus der Sicht der Praxis ein Überblick über die Probleme gegeben und ein Lösungsansatz unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung zu diesem Themenkreis aufgezeigt werden.

5. **Woitkewitsch:** Vertragswiderruf – Wertersatz und Nutzungsentschädigung bei fehlerhafter Belehrung (in: MDR 2015, 1157)

Nach Abschluss eines Verbrauchervertrags steht dem Kunden regelmäßig ein zweiwöchiges Widerrufsrecht zu (§ 355 BGB). Bei Abschluss eines Fernabsatz-, Haustür- oder kreditfinanzierten Geschäfts ist der Verbraucher auf seine gesetzlichen Rechte hinzuweisen. Wird der Verbraucher fehlerhaft belehrt, kann er den bereits vollzogenen Vertrag unter Umständen noch nach Jahren widerrufen. Insbesondere in diesen Altfällen stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Kunde für den zwischenzeitlichen Gebrauch der zurück zu gewährenden Sache Wert- oder Nutzungsersatz schuldet. Hierbei ist zu beachten, dass das Deutsche Verbraucherrecht durch das VerbrRRL-UG umfassend modifiziert wurde.

II. Strafrecht

1. **Böhm:** Die strafrechtliche Abwesenheitsverhandlung im Berufungsverfahren (in: NJW 2015, 3132)

Die im Juli 2015 eingeführten Vorschriften zur Änderung der StPO und des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen werden die Rechtspraxis vor allem im Hinblick auf die nunmehr

mögliche Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens in der Berufungshauptverhandlung erheblich beeinflussen. Die in § 329 II StPO insoweit vorgesehene Möglichkeit der Vertretung des Angeklagten durch einen Verteidiger trägt jedoch der Rechtsprechung des EGMR nur teilweise Rechnung. Es bedarf daher einer konventionsfreundlichen Auslegung, wonach eine solche Vertretung nur dann ausscheidet, wenn die Anwesenheit des Angeklagten zur Wahrheitsfindung wirklich unerlässlich ist.

2. Warg: Der Begriff der Akte und ihre Vorlage im Strafverfahren (in: NJW 2015, 3195)

Akten sind ein entscheidendes Handwerkszeug von Behörden und Gerichten und das wesentliche Instrument, um das Ob und Wie ihrer Tätigkeit zu dokumentieren. Es ist daher erstaunlich, dass Gesetzgeber und Rechtsprechung es bislang für wenig dringlich erachtet haben, der großen Tragweite des Aktenbegriffs durch eine saubere (Legal-)Definition Rechnung zu tragen.

Ohne Akten (egal, ob elektronisch, konventionell in Papierform oder als Hybridakte) ist das Handeln der Staatsgewalten kaum nachweisbar. Man scheint diesen Umstand augenzwinkernd mit dem Bonmot „Quod non est in actis, non est in mundo!“ hinzunehmen und damit indirekt zu akzeptieren, dass es die Akteure in Behörden und Gerichten selbst in der Hand hätten zu bestimmen, was Aktenbestandteil und damit Ausdruck, Beleg und Verantwortung des eigenen Tuns sein soll. Dabei ist es gerade im Strafverfahren angesichts der Bedeutung, die die schriftlich niedergelegten Beweismittel für ein faires und transparentes Verfahren haben, ein Manko, dass weder die StPO noch andere Vorschriften (mit Ausnahme des § 46 II BDSG) definieren, was „Akte“ ist bzw. zu ihrem Inhalt zählt – und was gerade nicht. Auch Verwaltungsbehörden müssen wissen, welche Unterlagen sie als beweiserhebliche „Akten“ im Straf- bzw. Verwaltungsstreitverfahren vorlegen müssen oder im Fall überwiegender Staatswohlbelange sperren können. Schließlich ist eine Beschreibung der Akte und ihres notwendigen Inhalts unverzichtbar, um den Umfang der (anwaltlichen) Akteneinsicht festlegen zu können (§ 147 StPO, § 29 VwVfG). Der Beitrag plädiert für einen materiellen Aktenbegriff und dessen Anwendung in der Verfahrenspraxis.

3. Wessing: Strafrechtliche Risiken des Insolvenzverwalters beim Umgang mit Geldwäschesachverhalten (in: NZI 2015, 913)

Die Strafbarkeitsrisiken für Insolvenzverwalter sind vielfältig. Neben klassischen Delikten wie Untreue (§ 266 StGB), Bankrott (§ 283 StGB) und Betrug (§ 263 StGB) stehen steuerstrafrechtliche Probleme oder eine Strafbarkeit wegen Nichtabführens von Arbeitnehmerbeiträgen im Raum (§ 266 a StGB; allg. zu den Strafbarkeitsrisiken des Insolvenzverwalters s. Richter, NZI 2002, 121; ebenfalls Wessing, NZI 2003, 1). Häufig ergeben sich die Strafbarkeitsrisiken dabei spiegelbildlich zu denjenigen, die mit dem Betrieb des schuldnerischen Unternehmens einhergehen. Ein bislang wenig erörtertes Problem stellen hierbei Verfehlungen im Umgang mit Geldwäschesachverhalten dar. Deren Bedeutung hat auf Grund der in den letzten Jahren stetig wachsenden Dynamik der internationalen Geldwäschebekämpfung zugenommen und auch vor dem deutschen Strafrecht nicht halt gemacht. Die maßgebliche strafrechtliche Vorschrift, § 261 StGB, wird im Hinblick auf die internationalen Vorgaben speziell des EU-Rechts als teilharmonisierte Strafbestimmung verstanden und im Folgenden auf ihre Anwendbarkeit auf typisches Verwalterhandeln hin untersucht.

III. Öffentliches Recht

1. Müller-Bernhardt: Vorbereitung und Ablauf der mündlichen Verhandlung (in: NWVBI 2015, 361)

Die mündliche Verhandlung bildet den Mittelpunkt des Prozesses. Sie erfüllt zum einen wichtige rechtsstaatliche Funktionen, wenn man etwa an die Öffentlichkeit denkt. Sie gewährleistet zum anderen – wie das Bundesverwaltungsgericht es betont – dass die gerichtliche Entscheidung das Ergebnis eines diskursiven Prozesses zwischen Gericht und den Beteiligten sein soll. Für die Parteien erfüllt die mündliche Verhandlung aber nicht nur wichtige kommunikative Funktionen; sie vermag darüber hinaus die Rechtsfindung für sie erfahrbar und transparent zu machen. Sie trägt damit entscheidend auch zur Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen bei und ist deswegen von besonderer Bedeutung auch für die Außenwirkung der gerichtlichen Tätigkeit und der Justiz allgemein.

Das sind hohe Ansprüche. Sie können mit einer nur auf die Vermeidung von Verfahrensfehlern abzielenden Verhandlungsführung noch nicht erreicht werden.

2. Schulte-Trux: Zulassung der Berufung – Zulassungsquoten und Darlegungsanforderungen (in: NWVBI 2015, 364)

Nachdem es mehr als 50 Jahre lang eine Selbstverständlichkeit war, dass im Verwaltungsstreitverfahren Berufung eingelegt werden konnte, ohne dass dies von einer Zulassung abhängig war, hat der Gesetzgeber bekanntlich 1997 mit dem 6. VwGO-Änderungsgesetz das Zulassungsverfahren auch

schon für die Berufungsinstanz eingeführt. Seitdem kann das Berufungsgericht ohne ausdrückliche Zulassung der Berufung seine Rechtsschutzkompetenz nicht ausüben

3. **Scheidler:** Die neue Befreiungsvorschrift des § 246 X BauGB und ihr Verhältnis zu § 31 II BauGB (in: NVWZ 2015, 1406)

Um einen bauplanungsrechtlichen Beitrag zur Bewältigung der stark angestiegenen Zuwanderung von Flüchtlingen nach Deutschland zu leisten, hat der Gesetzgeber mit dem am 26.11.2014 in Kraft getretenen Flüchtlingsunterbringungs-Maßnahmengesetz die neue Befreiungsvorschrift des § 246 X BauGB geschaffen, die es – zeitlich befristet bis 31.12.2019 – ermöglicht, in Gewerbegebieten für Flüchtlingsunterkünfte Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans auszusprechen. Die Norm wirft eine Reihe von Fragen auf, zu denen inzwischen erste obergerichtliche Entscheidungen vorliegen, so auch im Hinblick auf das Verhältnis des § 246 X BauGB zur Befreiungsvorschrift des § 31 II BauGB.

4. **Reich:** Die Rückzahlung beamtenrechtlicher Fortbildungskosten (in: DÖV 2015, 957)

Die Fortbildung der Beamtinnen und Beamten dient der Verbesserung ihrer dienstlichen Leistung. Doch auch die Beamtin und der Beamte können ein Interesse am Besuch einer Fortbildungsveranstaltung haben, weil ihre Eignung erhöht wird und sie damit hier oder andernorts eine höhere Besoldung erreichen. Deshalb geht der Beitrag der Frage nach, ob von einer Beamtin oder einem Beamten mit oder ohne entsprechende Dienstvereinbarung die Erstattung der Fortbildungskosten verlangt werden kann, wenn sie nach ihrer eigenen Entscheidung vorzeitig ausscheiden.

5. **Herberger:** Öffentlich-rechtliche Probleme von Facebook-Partys (in: VBIBW 2015, 445)

Im Anschluss an eine kurze empirische Betrachtung zum Phänomen Facebook-Partys werden die juristischen Aspekte des Umgangs damit behandelt, soweit sie dem öffentlichen Recht angehören. Dabei wird zwischen den verschiedenen Phasen einer solchen Party differenziert. Die jeweiligen polizeilichen Reaktionsmöglichkeiten werden aufgezeigt und analysiert. Eine besondere rechtliche Problematik ergibt sich daraus, dass die Teilnehmerinnen und Teilnehmer an solchen Partys oft minderjährig sind und streitig ist, ob ein Minderjähriger tauglicher Adressat eines Kostenbescheids sein kann. Abschließend wird dafür plädiert, dass die Polizei IT-gestützte Analysen einsetzt, um automationsgestützt bevorstehende öffentliche Facebook-Partys zu erkennen und darauf zu reagieren.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare / Steuerberater

1. **Schillhorn:** Vorbereitung und Ablauf der mündlichen Verhandlung – aus anwaltlicher Sicht (in: NWVBI 2015, 362)

Die Tätigkeit des Anwaltes im verwaltungsgerichtlichen Verfahren beginnt deutlich vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung, häufig bereits während des Verwaltungsverfahrens, jedenfalls aber vor Erhebung der Klage. Die intensivste Befassung des Anwalts mit der Sach- und Rechtslage findet noch vor Erhebung der Klage statt. Der Anwalt hat den Sachverhalt zu ermitteln und zu erarbeiten sowie die Rechtslage zu prüfen, damit eine Einschätzung über die voraussichtlichen Erfolgsaussichten der Klage abgegeben werden kann. Der nächste wesentliche Schritt der anwaltlichen Befassung im verwaltungsrechtlichen Verfahren ist die Klagebegründung. Nach Auswertung der Verwaltungsvorgänge stellt diese das Kernstück der anwaltlichen Tätigkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren dar.

2. **Johlen:** Die Zulassung der Berufung aus anwaltlicher Sicht (in: NWVBI 2015, 366)

Den zum 01.01.1997 erfolgten Fortfall der zulassungsfreien Berufung hat die Anwaltschaft als eine erhebliche Einschränkung des Rechtsschutzes empfunden. Ihre Folgen wurden allerdings durch die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte gemildert, soweit diese aus dem Zulassungsverfahren ein „kleines Berufungsverfahren“ gemacht haben. Manche Entscheidungen, in denen ein Zulassungsantrag abgelehnt wurde, lesen sich wie „kleine Berufungsurteile“, in denen die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung mit den im Zulassungsverfahren zur Verfügung stehenden Erkenntnismitteln überprüft und bestätigt wurde. Die Nähe zum Berufungsverfahren wird auch dadurch gefördert, dass im Zulassungsverfahren neues Vorbringen, sofern es sich auf den dem erstinstanzlichen Urteil zugrundeliegenden Streitgegenstand bezieht, zulässig ist, Ermessenserwägung nachgeschoben werden können, eine Änderung der Sach- und Rechtslage, z.B. durch den Erlass einer neuen Satzung, berücksichtigt werden muss und auch eine Anfechtung möglich ist, wenn ihretwegen die Richtigkeit des den Leistungsbescheid bestätigenden Urteils angezweifelt werden kann. Wurde eine Untätigkeitsklage erhoben, so kann ein Ablehnungsbescheid, der nach dem klageabweisenden Urteil erging, in das Zulassungsverfahren eingeführt werden.

Zulassung dürfte auch Fortsetzungsfeststellungsantrag sein, wenn sich das Verfahren nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils erledigt hat, z.B. durch den Erlass einer Veränderungssperre, die der Verpflichtungsklage den Boden entzieht.

Gleichwohl: Das Zulassungsverfahren bleibt ein „kleines Berufungsverfahren“, das die Qualität eines voll ausgebildeten Rechtsmittels mit den Möglichkeiten einer Beweisaufnahme und einer mündlichen Verhandlung nicht erreicht. Bemerkenswert ist auch, dass im Gesetzgebungsverfahren der Fortfall der zulassungsfreien Berufung u.a. damit begründet wurde, dass ja dem Verwaltungsprozess ein zweistufiges Verwaltungsverfahren mit Überprüfung der Ausgangsentscheidung durch die Widerspruchsbehörde vorangegangen sei, man sich also mit der Berufung sozusagen schon in einer dritten Instanz befinde. Das war allerdings ein Scheinargument; denn das Widerspruchsverfahren hat sich in der Praxis als ernstzunehmende Rechtsmittelinstanz nicht bewährt. Es ist inzwischen auch weitgehend weggefallen, ohne dass deswegen über die Wiedereinführung der zulassungsfreien Berufung nachgedacht würde.

3. Müller: Elektronische Datenträger als Anlagen notarieller Urkunden? (in: NJW 2015, 3271)

Mitunter wird bei Beurkundungen der Wunsch an den Notar herangetragen, einen elektronischen Datenträger als Anlage zur Urkunde zu nehmen. Das ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Der Beitrag geht dem beurkundungsrechtlich nach und beschäftigt sich auch mit der bisher kaum erörterten Frage, ob bzw. wie dann Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften erstellt werden können. Er schließt mit der Empfehlung, den elektronischen Datenträger stattdessen in notarielle Verwahrung zu geben.

4. Kilian/Rimkus: Der elektronische Rechtsverkehr mit den Gerichten: Besonderes elektronisches Anwaltspostfach ante portas (in: BRAK-Mitt. 2015, 216)

Mit Wirkung zum 01.01.2016 ändert sich der Zugang zum elektronischen Rechtsverkehr. Die Kommunikation zwischen Justiz und Rechtsanwälten wird nach dem Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten über das besondere elektronische Anwaltspostfach erfolgen. Für Notare wird das besondere elektronische Notarpostfach zur Verfügung stehen. Der folgende Beitrag skizziert die neuen gesetzlichen Bedingungen und beleuchtet auf der Grundlage einer aktuellen Befragung durch das Soldan Institut, wie die Anwaltschaft auf die kommende Entwicklung vorbereitet ist.

Inzidentprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen

Im Zusammenhang mit der verwaltungsprozessualen Anfechtungsklage kann die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsvorschrift erforderlich werden. Wichtig dabei ist, den richtigen Aufbau zu wählen und die Probleme im richtigen Kontext anzusprechen.

A. Zulässigkeit der Klage

- I. Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I VwGO
- II. Klageart gem. § 42 I VwGO
- III. Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO
- IV. Vorverfahren gem. § 68 ff. VwGO, sofern erforderlich
- V. Klagefrist gem. § 74 VwGO
- VI. richtiger Klagegegner gem. § 78 I Nr. 2 u.U. i.V.m. AGVwGO des jeweiligen Landes
Regelungen finden sich in § 8 II VwGG Bbg; § 14 II GOrgG MV; § 8 II AG VwGO Nds; § 5 II AG VwGO NW; § 17 II AG VwGO SL; § 8 II AG VwGO Sachs; § 6 II AG VwGO SH

B. Begründetheit der Klage, § 113 I 1 VwGO

I. Rechtswidrigkeit des VA

1. Ermächtigungsgrundlage (tauglich wenn wirksam)

a) formelle Verfassungsmäßigkeit

- aa) Gesetzgebungskompetenz, Art. 70 ff. GG
- bb) Gesetzgebungsverfahren
 - (1) Initiativrecht, Art. 76 GG
 - (2) Entschließung des Bundestages, Art. 76 GG, § 78 GOBT
 - (3) Zuleitung an den Bundesrat, Art. 77 GG
 - (4) Gegenzeichnung, Art. 82 I, 58 GG
 - (5) Ausfertigung u. Verkündung durch den Bundespräsidenten, Art. 82 I GG

b) materielle Verfassungsmäßigkeit (Vereinbarkeit der Ermächtigungsgrundlage mit den Grundrechten)

- aa) Schutzbereich
 - (1) persönlicher Schutzbereich
 - (2) öffentlicher Schutzbereich
- bb) Eingriff in den Schutzbereich
- cc) Rechtfertigung des Eingriffs
 - (1) Beschränkbarkeit des Grundrechts
 - (a) Gesetzesvorbehalt
 - (b) verfassungsimmanente Schranken
 - (2) Verhältnismäßigkeit der Beschränkung
- dd) Zitiergebot
- ee) Bestimmtheitsgebot
- ff) Rückwirkungsverbot

2. formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes

- a) Zuständigkeit
- b) Form
- c) Verfahren

3. materielle Rechtmäßigkeit

- a) Vorliegen der Tatbestandvoraussetzungen
- b) Falls keine gebundene Entscheidung: **Ermessen**

Berücksichtigung der wertsetzenden Bedeutung der Grundrechte über die Wechselwirkungstheorie bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und bei der Ermessensausübung.

II. Rechtsverletzung

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

REFERENDARPRÜFUNG

STRAFRECHT

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

Land: NRW	Prüfer (mit Titel usw.) Ri'in LG.	Tag d. mündl. Prüfung 02.09.2015
----------------------------	--	---

Zur Person:

Frau Ri'in W. ist eine junge Richterin am Landgericht Bielefeld und prüft in Sachen Strafrecht. Sie kann aber bekanntlich ermaßen auch mal in die Weiten des Zivilrechts abschweifen oder auch öffentliches Recht prüfen.

Frau Ri'in W. legt Wert auf Definitionen. Bei Problemschwerpunkten erwartet sie dann aber auch eine genaue Auseinandersetzung mit dem Problem anhand von Argumentation und Stellungnahme. Sie legt auch sehr viel Wert auf eine eigene Meinung. Sie pocht aber so lange auf ein Thema, bis dieses zu ihrer Zufriedenheit gelöst wurde.

Zur Prüfung:

A will F töten und beauftragt gegen Geld B&C, die nur zusagen, weil der jeweils andere auch mitmacht.

F sollte auf seinem allabendlichen Wanderweg durch den Wald hinterrücks erschossen werden. F wählt für den Weg immer 2 Wege aus und damit er auch auf jeden Fall erwischt wird sollten B und C sich jeweils getrennt an die Wege stellen.

Während des Wartens auf F bekommt B Gewissensbisse und geht nach Hause, ohne C davon in Kenntnis zu setzen. F geht dann den Weg an dem B gewartet hätte. Am Weg des C kommt O daher, der eine Baskenmütze trägt, wie von A vorhergesagt. C erschießt O hinterrücks.

Strafbarkeit A,B,C?

Frau Ri'in W. ging nun der Reihe nach und fragte erst für C das Delikt Mord ab, wobei wir kurz auf den unbeachtlichen Error in Persona und die Mordmerkmale zu sprechen kamen. Dafür waren exakte Definitionen gefragt und sehr sauberes Subsumieren.

Anschließend kamen wir auf A zu sprechen und zum Problem der Teilnahme oder Mittäterschaft. Ich sollte dann versuchen eine Abgrenzung vorzunehmen. Jedoch hatte ich das Gefühl, dass keine einzige Abgrenzung, oder Theorie oder Definition ihren Geschmack traf.

Wir sprachen uns dann alle für eine Mittäterschaft des A aus, was Frau Ri'in W. überhaupt nicht gefiel- sie wollte auf eine Anstiftung hinaus. Sodann kamen wir auf eine Verschiebung nach §28 zu sprechen. Hier wollte sie eine genaue Differenzierung hören.

Im Endeffekt lässt sich sagen, dass eine Prüfung bei Frau Ri'in W. wohl flüssig laufen kann, wenn die Prüflinge das sehen, was auch die Prüferin im Fall sieht.

Viel Erfolg!

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

ASSESSORPRÜFUNG

ZIVILRECHT

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

Land: Baden-Württemberg	Prüfer (mit Titel usw.) Ri BGH O.	Tag d. mündl. Prüfung 23.10.2015
--	--	---

Zur Person:

Von Herrn Ri BGH O. gab es leider noch nicht so viele Protokolle. Er ist ein freundlicher und aufmerksamer Prüfer. Auch während den anderen Prüfungen hat er fleißig mitgeschrieben und sich Notizen gemacht. Seine Fragen waren teilweise etwas verwirrend, was vielleicht auch daran lag, dass unsere Prüfung sehr zäh verlaufen ist. Er gab uns lange genug die Möglichkeit über unsere Antworten nachzudenken und diese evtl. zu korrigieren. Er verharrte nicht lange bei jemand. Wenn man das passende Stichwort gegeben hat ging es meistens zum nächsten Kandidaten. Seine Notengebung empfand ich als wohlwollend, da wir uns auch alle etwas schwer getan haben. Mit Herrn Offenloch hat man ein gutes Los gezogen, obwohl sein Fall thematisch anspruchsvoll war.

Zur Prüfung:

Zu Beginn der Prüfung wurde uns folgender Fall geschildert (BGH Urteil vom 30.10.2009 – V ZR 253/08), welcher aus Sicht des Gerichts zu prüfen war: Kläger war ein Bayernfan und Inhaber einer Dauerkarte. Beklagte war der MSV Duisburg. Nach einem Auswärtsspiel des FCB beim MSV kam es nach dem Spiel zu einer Auseinandersetzung der Fans. Hierbei wurden auch Personen verletzt. Gegen den Kläger hat die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren eingeleitet was aber nach § 153 StPO eingestellt wurde. Der MSV hat gegen den Kläger aufgrund dieses Vorfalls ein bundesweites Stadionverbot verhängt. Der Kläger gibt zwar zu der Ultraszene anzugehören, von ihm gingen aber keine Gewalttätigkeiten aus.

Der Kläger erhob Klage gegen den MSV auf Aufhebung des Stadionverbotes. Nach Ablauf der Frist des Stadionverbots stellte der Kläger seine Klage um festzustellen, dass das Stadionverbot rechtswidrig war.

Zu prüfen war die Zulässigkeit und Begründetheit der Klage.

In der Zulässigkeit sollten wir besonders auf das Feststellungsinteresse und die Klageänderung eingehen.

Die Begründetheit lief ziemlich zäh, weil wir uns mit der Anspruchsgrundlage schwer taten. Hierbei war insbesondere auf das Hausrecht einzugehen. Ebenso darauf wie es überhaupt dazu kommen kann, dass der MSV überhaupt ein bundesweites Stadionverbot aussprechen kann. Es wurde auch die mittelbare Wirkung der Grundrechte diskutiert.

Das war auch der einzige Fall den wir bekamen, weil die Zeit dann schon rum war.

Viel Erfolg!

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

Prüfungsstoff im Mündlichen



